

LES NOUVELLES APPROCHES DU DROIT INTERNATIONAL

Lucie Delabie

Special Issue, March 2016

Théories et réalités du droit international au XXI^{ème} siècle

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1067700ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1067700ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Delabie, L. (2016). LES NOUVELLES APPROCHES DU DROIT INTERNATIONAL. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 57–77.
<https://doi.org/10.7202/1067700ar>

Article abstract

To define “New Approaches to International Law” is at first glance a gamble, considering the eclectic nature of this doctrinal tendency. First associated with its Harvard members, this project grew in the 1990s into various forms outside of the American continent. What is its state in 2014? To what extent this unstable coalition of researchers, whose identity frontiers have evolved, kept their promise to reinvent the discipline of international law? Through the integration of the deconstruction method in the analysis of international law, its members undeniably renewed its understanding from an interdisciplinary perspective. They demonstrated how law couldn’t be understood without considering its inherent indeterminacy, and thus proposed a very stimulating critical analysis of the relations between legal rules, the neutrality of which is considered an illusion. But, through incessant deconstruction, and in spite of their self-criticism, it seems that they did not succeed in fully having their voices heard within doctrine. At times qualified as nihilists, tenants of the “New Approaches”, through emphasising the impossible neutrality of legal rules, invite to a constant reinterpretation of such rules and, in a subsequent manner, to a form of manipulation of law by political decision-makers. However, this does not question the significant contribution of the movement to a better understanding of the foundations of own discipline.

LES NOUVELLES APPROCHES DU DROIT INTERNATIONAL

*Lucie Delabie**

Définir ce que sont les « Nouvelles approches du droit international » relève à première vue de la gageure compte tenu de l'éclectisme de cette tendance doctrinale. D'abord associé aux membres de Harvard, ce projet a pris son essor dans les années 1990 et s'est diffusé sous des formes variées en dehors du continent américain. Mais qu'en est-il en 2014 ? Dans quelle mesure cette coalition instable de chercheurs, dont les frontières identitaires ont évolué, ont tenu leur promesse de réinvention de la discipline du droit international ? En intégrant la méthode déconstructiviste dans l'analyse du droit international, ses membres ont incontestablement renouvelé la compréhension de celui-ci dans une perspective interdisciplinaire. Ils montrent que l'on ne peut comprendre le droit sans tenir compte de l'indétermination qui lui est inhérente et proposent ainsi une lecture critique très stimulante dans l'appréhension des rapports entre les règles juridiques, dont la neutralité est selon eux illusion. Mais, à force de déconstruction, et en dépit de leur propre autocritique, il semble qu'ils ne parviennent pas à faire pleinement entendre leur voix au sein de la doctrine. Parfois qualifiés de nihilistes, les partisans des « Nouvelles approches », en mettant l'accent sur l'impossible neutralité des règles juridiques, invitent à une réinterprétation constante de celles-ci et, de manière subséquente, à une forme d'instrumentalisation du droit par les décideurs politiques. Cela ne remet toutefois pas en cause l'apport significatif de ce mouvement à une meilleure compréhension des fondements de notre discipline.

To define "New Approaches to International Law" is at first glance a gamble, considering the eclectic nature of this doctrinal tendency. First associated with its Harvard members, this project grew in the 1990s into various forms outside of the American continent. What is its state in 2014? To what extent this unstable coalition of researchers, whose identity frontiers have evolved, kept their promise to reinvent the discipline of international law? Through the integration of the deconstruction method in the analysis of international law, its members undeniably renewed its understanding from an interdisciplinary perspective. They demonstrated how law couldn't be understood without considering its inherent indetermination, and thus proposed a very stimulating critical analysis of the relations between legal rules, the neutrality of which is considered an illusion. But, through incessant deconstruction, and in spite of their self-criticism, it seems that they did not succeed in fully having their voices heard within doctrine. At times qualified as nihilists, tenants of the "New Approaches", through emphasising the impossible neutrality of legal rules, invite to a constant reinterpretation of such rules and, in a subsequent manner, to a form of manipulation of law by political decision-makers. However, this does not question the significant contribution of the movement to a better understanding of the foundations of own discipline.

Definir lo que son los " Nuevos enfoques del derecho internacional" muestra a primera vista una apuesta teniendo en cuenta el eclecticismo de esta tendencia doctrinal. Primero asociado con los miembros de Harvard, este proyecto tomó el vuelvo en los años 1990 y se difundió bajo formas variadas aparte del continente americano. ¿ Pero qué es en 2014? ¿ En cuál medida esta coalición inestable de investigadores, cuyas fronteras identitarias evolucionaron, cumplieron su promesa de réinvention de la disciplina del derecho internacional? Integrando el método déconstructivista en el análisis del derecho internacional, sus miembros indiscutiblemente renovaron la comprensión de éste en una perspectiva interdisciplinaria. Muestran que no se puede comprender el derecho sin tener en cuenta la indeterminación que le es inherente y proponen así una lectura crítica muy estimulante en la aprensión de los relaciones entre las reglas jurídicas, cuya neutralidad es según ellos ilusión. Pero, a fuerza de derribo, y a pesar de su propia autocrítica, parece que no llegan a dejar plenamente oír su voz en el seno de la doctrina. A veces cualificados de nihilistas, los partidarios de los " Nuevos enfoques", poniendo el énfasis sobre la imposible neutralidad de las reglas jurídicas, invitan a un réinterprétation constante de éstos y, de manera subsiguiente, a una forma de instrumentalización del derecho por los responsables políticos. Esto no pone no obstante en causa la aportación significativa de este movimiento por una mejor comprensión de los fundamentos de nuestra disciplina.

* Professeure de droit public, Membre du Laboratoire Curapp, Université de Picardie Jules Verne Amiens

« Les nouvelles approches du droit international sont mortes »¹. Une telle affirmation sur la disparition d'un mouvement doctrinal reconnu dans le champ disciplinaire interpelle le lecteur, et plus encore le contributeur chargé d'en présenter les caractéristiques. Personne parmi les internationalistes ne semble d'ailleurs plus s'auto-identifier comme appartenant aux *New Approaches to International Law (NAIL)* – aussi nommées « nouvelles approches », « nouvelles approches du droit international ». Est-ce à dire qu'il est sans intérêt d'étudier cette approche du droit international ? Non, bien au contraire. Ce serait ignorer l'influence qu'ont exercé, et que continuent d'exercer les *NAIL* sur l'analyse théorique de la discipline du droit international.

Si elle ne doit pas masquer cette influence, la difficulté à définir les contours exacts de cette tendance doctrinale n'en n'est pas moins réelle. Elle tient d'abord à la question de savoir si, par l'emploi du terme « approches », il est fait référence à une école. S'agit-il plutôt d'une théorie ? D'un mouvement doctrinal ? Beaucoup d'auteurs définissent plutôt les *NAIL* comme un « projet disciplinaire »². Une chose est certaine : à défaut d'une structure organisationnelle formelle, de *bulletins*, de conférences régulières, les *NAIL* n'ont jamais été un « mouvement » intellectuel au sens classique du terme. Comme l'a très bien suggéré David Kennedy, l'un des initiateurs des *NAIL*, il s'agit moins d'un mouvement d'idées que d'un « effort pour encourager des nouvelles recherches, tenir des conférences, écrire différemment »³. Elles consistent plutôt en un rassemblement de sensibilités communes⁴, même si, pour certains auteurs, les *NAIL* sont une véritable « tradition »⁵ au sein de la doctrine internationaliste.

Ce constat invite à une deuxième question au regard de l'emploi du qualificatif « nouvelles » utilisé pour identifier le mouvement et qui laisse à penser que les *NAIL* sont une tendance doctrinale récente parmi les internationalistes. Quelles sont les frontières temporelles de ces approches ? En réalité, elles sont nées d'une conférence à Essex dans le Massachusetts, en 1993⁶. Par ailleurs, leur fin a été décrétée en 1997 dans une manifestation organisée à Harvard et intitulée « *Fin des*

¹ Akbar Rasulov, « New Approaches to International Law: Images of a Genealogy » dans José María Beneyto et David Kennedy, dir, *New Approaches to International Law – The European and the American Experiences*, La Haye, TMC Asser, 2012 aux pp 151-152 [Rasulov] ; voir également Mark Tushnet, « Survey Article: Critical Legal Theory (without Modifiers) in the United States » (2005) 13:1 *Journal of Political Philosophy* 99.

² David Kennedy, « When Renewal Repeats: Thinking Against the Box » (2000) 32:2 *NYUJ Int'l L & Pol* 335 à la p 489 [Kennedy, « Thinking Against the Box »].

³ *Ibid.*

⁴ Thomas Skouteris, « Fin des *NAIL* : New Approaches to International Law and its Impact on Contemporary International Legal Scholarship » (1997) 10:3 *Leiden J Int'l L* 415 à la p 417 [Skouteris].

⁵ John D. Haskell, « Hugo Grotius in the Contemporary Memory of International Law: Secularism, Liberalism, and the Politics of Restatement and Denial » dans José María Beneyto et David Kennedy, dir, *New Approaches to International Law – The European and the American Experiences*, La Haye, TMC Asser, 2012 à la p 123 [Haskell]. L'auteur qualifie les nouvelles approches de « réseau d'intellectuels ».

⁶ David Kennedy et Chris Tennant, « New Approaches to International Law : A Bibliography » (1994) 35:2 *Harv Int'l LJ* 417 à la p 417 [Kennedy et Tennant].

NAIL : a celebration »⁷. Cette identification temporelle apparemment claire doit toutefois être nuancée. D'abord, l'introduction de l'approche critique qui caractérise ce mouvement est perceptible dès les années 1980. Plusieurs des auteurs affiliés aux *NAIL* ont développé une telle approche dès cette époque, s'inspirant d'ailleurs directement d'un courant critique de droit interne américain, les *Critical Legal Studies (CLS)*⁸. Ensuite, la fin proclamée des « nouvelles approches » en 1997 n'a pas signé la fin des travaux scientifiques de ses partisans, même si ces derniers ne se définissent plus explicitement comme des membres des *NAIL*. L'ouvrage publié en 2012 sous la direction de David Kennedy et de José María Beneyto, intitulé « *New Approaches to International Law : the European and the American Experiences* » en témoigne. Il contribue même à se demander dans quelle mesure il existe un renouveau des « nouvelles approches ». Le titre du livre invite à cet égard à préciser d'où viennent les *NAIL*. Les principaux travaux associés à cette tendance ont été publiés par des auteurs d'origine américaine, ayant étudié ou enseignant aux États-Unis. La richesse et la diversité du débat intellectuel américain⁹, ancré dans le *Legal Realism*, a largement contribué à l'essor de ce mouvement outre-Atlantique. En remettant en cause la pensée juridique classique du XIX^e siècle qui prédominait dans les institutions juridiques américaines jusqu'en 1930¹⁰, en proposant une approche inductive du droit avec l'objectif d'obtenir le meilleur résultat possible pour la société dans son ensemble, les réalistes ont inspiré une grande majorité de juristes américains, internistes et internationalistes. Les réalistes défendent le positivisme, mais il s'agit d'un « positivisme pragmatique », menant à une vision instrumentale de la règle de droit. Depuis lors, la culture juridique américaine se caractérise d'abord par la reconnaissance de l'indétermination du droit, la promotion d'une analyse sociologique du droit, l'importance accordée à l'étude des rapports entre la décision politique et la règle juridique. Ce sont ces orientations qui ont guidé les premiers partisans des *NAIL*, pour la plupart membres de l'Université de Harvard où ils ont étudié et/ou enseigné. Parmi eux, on peut citer Arnulf Becker, David J. Bederman,

⁷ Skouteris, *supra* note 4 à la p 417.

⁸ La bibliographie proposée par David Kennedy et Chris Tennant renvoie notamment à plusieurs écrits de David Kennedy dans les années 1980. Kennedy et Tennant, *supra* note 6 ; Sur les *CLS*, voir Michel Rosenfeld, « Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy and the Temptations of the New Legal Formalism » (1990) 11 *Cardozo L Rev* 1211 à la p 1211 ; James Boyle, *Critical Legal Studies*, Dartmouth, Dartmouth Publishing Company, 1992 ; Roberto Mangabeira Unger, « The Critical Legal Studies Movement » (1983) 96 *Harv L Rev* 561 aux pp 561-75 ; Voir également la première partie de cette contribution sur la présentation de ce courant.

⁹ Jean-Pierre Cot, « Tableau de la pensée juridique américaine » (2006) 110:3 *RGDIP* à la p 538 [Cot] ; voir aussi Lucie Delabie, *Les approches américaines du droit international : entre unité et diversité*, Paris, Pedone, 2010 aux pp 19 et s [Delabie].

¹⁰ Ce classicisme est marqué par deux critères principaux. D'abord, l'idée selon laquelle il convient d'éviter toute intervention de l'État dans la sphère privée. Ensuite, il se caractérise par un raisonnement judiciaire particulier, le précédent. Les réalistes nient le rôle déterminant de la règle de droit dans la solution des conflits de droit et affirment que le droit n'est rien d'autre que ce que le juge décide dans chaque cas particulier, c'est-à-dire un ensemble de précédents ou de décisions. Voir William W Fisher, Morton J Horwitz et Thomas A Reed, *American Legal Realism*, Oxford, Oxford University Press, 1993, introduction ; Sur le réalisme et son influence au sein de la doctrine internationaliste, voir Delabie, *supra* note 9 aux pp 79 et s ; Voir les propos de Rémi Bachand dans David Kennedy, *Nouvelles approches sur le droit international*, Paris, Pedone, Coll. Doctrine(s), 2009 à la p 10 [Bachand].

Nathaniel Berman, Hilary Charlesworth et David Kennedy. L'approche critique défendue par les *NAIL* ne se limite toutefois pas au continent américain. En témoigne la recension bibliographique proposée en 1994 par Chris Tennant et David Kennedy, au sein de laquelle sont mentionnés les écrits d'auteurs européens qui défendent, dès les années 1980, une « théorie du droit international critique »¹¹, comme Martti Koskenniemi – dont David Kennedy se dit l'élève – mais aussi Philipp Allot¹², ou encore les auteurs proches des théories marxistes et de l'école de Reims¹³. Peuvent également y être associés les écrits d'Olivier De Schutter¹⁴ ou d'Olivier Corten¹⁵. Les affiliations entre auteurs européens et américains sont évidentes même si elles ne doivent pas masquer les différences qui peuvent exister dans les approches critiques développées de part et d'autre de l'Atlantique¹⁶.

En dehors de ces considérations géographiques, l'éclectisme des « nouvelles approches du droit international » est également dû à la diversité des positions défendues au sein même du mouvement. On peut en effet y distinguer divers courants, parmi lesquels les *crits* ou *International critical legal studies*¹⁷, les féministes et les *Third World Approaches to International Law (TWAIL)*. Tandis que les premiers s'intéressent à l'analyse du discours du droit international et envisagent celui-ci comme une forme de langage, les féministes s'interrogent plutôt sur la manière dont les règles ou les pratiques juridiques peuvent affecter le statut des femmes et sur le degré de prise en considération de leurs préoccupations dans la création des normes juridiques¹⁸. À l'image des *NAIL*, le féminisme n'est pas limité aux frontières des États-Unis, mais regroupe aussi des chercheuses australiennes, anglaises comme

¹¹ Rasulov, *supra* note 1 à la p 160 ; Également affirmé dans Kennedy et Tennant, *supra* note 6 aux pp 417 et s.

¹² Kennedy et Tennant, *supra* note 6.

¹³ Monique Chemillier-Gendreau, « Contribution of the Reims School to the Debate on the Critical Analysis of International Law: Assessment and Limits » (2011) 22:3 *EJIL* 649 aux pp 649-61.

¹⁴ Olivier De Schutter, « Les *Critical Legal Studies* au pays du droit international public » (1992) 22:1 *Droit et société* 585 aux pp 585-05 [De Schutter].

¹⁵ Olivier Corten, « Formalization and Deformalization as Narratives of the Law of War », dans José María Beneyto et David Kennedy, *New Approaches to International Law – The European and the American Experiences*, La Haye, TMC Asser, 2012 à la p 254 [Corten]. Olivier Corten lui-même propose une approche sociologique du droit international, s'intéresse à la fonction de légitimation du droit international, se demandant comment et pourquoi le droit international est utilisé. L'auteur affirme qu'un positivisme critique est concevable, prenant acte de l'indétermination du droit et s'interrogeant sur les facteurs permettant d'expliquer son interprétation ou son évolution. Voir les propos d'Olivier Corten dans le présent ouvrage. Voir notamment Olivier Corten et Barbara Delcourt, *Droit, légitimation et politique extérieur : l'Europe et la guerre du Kosovo*, Bruxelles, Bruylant, 2000; Olivier Corten, *Le discours du droit international, pour un positivisme critique*, Paris, Pedone, 2009.

¹⁶ À propos du nouveau courant et de l'Europe, voir Outi Korhonen, « Innovative International Law Approaches and the European Condition » dans José María Beneyto et David Kennedy, dir, *New Approaches to International Law – The European and the American Experiences*, La Haye, TMC Asser, 2012 à la p 202; Kennedy et Tennant, *supra* note 6 à la p 419.

¹⁷ Voir la bibliographie proposée par Kennedy et Tennant, *supra* note 6 à la p 417. Voir également Martti Koskenniemi, « Letter to the editors of the Symposium » (1999) 93 *AJIL* 351 à la p 352.

¹⁸ L'une des représentantes les plus connues de ce mouvement est Patricia J Williams, professeure de droit à *Columbia University*. On peut également citer Karen Engle, professeure de droit à la *University of Texas School of Law*, Annelise Riles, professeure de droit à Cornell ou encore Catharine Mac Kinnon, professeure à la *Michigan Law School*.

Christine Chinkin¹⁹, ou encore canadiennes comme Karen Knop, même si toutes sont très proches du milieu universitaire américain²⁰. Les partisans des *TWAIL*, apparues à la fin des années 1990 dans la continuité des *Racial Studies* (ou *Critical Race Theory*)²¹, s'interrogent plus particulièrement sur l'influence continue du projet colonial sur l'ordre mondial²².

Cette multitude de points de vues et de méthodes au sein des « nouvelles approches du droit international » rend délicate l'opération de délimitation des frontières de ce mouvement²³. Pourtant, les *NAIL* se présentent aussi comme un « *new stream* », un nouveau courant unitaire au sein de la doctrine internationaliste, constitué de « chercheurs universitaires unis par un engagement critique radical et éclectique, une remise en cause des approches fondamentales de la science juridique »²⁴. L'idée commune à l'ensemble de ces auteurs est de repenser les approches traditionnelles de la discipline ; leur objectif peut être défini comme suit : « *challenging the dominant intellectual style or assumptions of their field* »²⁵. Encore faut-il préciser ce que sont les approches traditionnelles de la discipline. Elles incluent certes le positivisme juridique²⁶ et le *jusnaturalisme*. Mais les partisans des *NAIL* dénoncent surtout le mélange de *Legal Realism*, *institution building*, de pragmatisme, de fonctionnalisme – qui a caractérisé la doctrine internationaliste américaine au cours des années 1960 et 1970. En effet, les années 1950 ont été marquées, outre-Atlantique, par un dépassement de l'opposition entre positivisme et *jusnaturalisme*, afin de faire primer, dans une optique pragmatique, l'analyse des aspects fonctionnels du droit international, l'étude du processus institutionnel. Cette orientation doctrinale, typiquement américaine, vise alors à répondre aux critiques des réalistes politiques tels Hans Morgenthau pour qui le positivisme juridique conduirait à une forme d'idéalisme. Pour faire face à ces arguments, la majorité des juristes américains a

¹⁹ Christine Chinkin, professeure à la *London School of Economics*, a suivi des études de droit à Londres et à Yale avant de faire une thèse à l'Université de Sidney. Elle est professeure affiliée à la *Michigan University*.

²⁰ Hilary Charlesworth est professeure de droit à l'*Australian National University*. Elle travaille en collaboration avec Christine Chinkin, professeure de droit international à la *London School of Economics* et professeure affiliée à la *Michigan Law School*. Voir notamment Hilary Charlesworth et Christine Chinkin, *The Boundaries of International Law: a Feminist Analysis*, Manchester, Manchester University Press, 2000. Bien qu'étant Australienne, Hilary Charlesworth a été très influencée par le milieu internationaliste américain lors de ses années passées à Harvard dans les années 1980. Elle y a suivi les enseignements d'Abram Chayes et découvert le mouvement féministe. Elle précise d'ailleurs que cela a été un véritable choc. Hilary Charlesworth, « International Law: a view from the Antipodes » dans Emmanuelle Jouannet, Hélène Ruiz Fabri et Jean-Marc Sorel, *Regards d'une génération de juristes sur le Droit International*, Paris, Pedone, 2008 à la p 164 [Charlesworth].

²¹ Parmi les premiers partisans du courant « *Critical Race Theory* », on peut également citer Derick Bell et Richard Delgado.

²² Sur les *TWAIL*, voir *infra*.

²³ La bibliographie des *NAIL* proposée en 1994 par David Kennedy et Chris Tennant en est une bonne illustration. Kennedy et Tennant, *supra* note 6.

²⁴ David Kennedy, « Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship » (1986) 21:2 *New Eng L Rev* 209 à la p 209 [Kennedy, « Critical Theory »].

²⁵ Kennedy et Tennant, *supra* note 6 aux pp 417-418.

²⁶ Pour Olivier Corten, le droit formel est compris comme permettant une nette distinction entre morale, politique ou droit. Il s'agit aussi d'un droit rationnel dans le sens où l'on veut prévoir les résultats de son application.

proposé de nouvelles méthodes d'analyse du droit international. Certains ont défendu une approche « *policy-oriented* », à l'instar de Myres S. McDougal qui en est l'un des principaux représentants ; d'autres, comme Wolfgang Friedmann, Detlev Vagts, ont privilégié une approche « *process oriented* »²⁷. Dans un cas comme dans l'autre, c'est une conception utilitariste²⁸ et une approche libérale du droit international qui ont prévalu. Les *NAIL*, dont les principaux représentants sont familiers des États-Unis, apparaissent précisément comme un mouvement d'opposition, de rébellion²⁹ contre cette tendance libérale. Ils reprochent plus largement à leurs collègues « libéraux » la vision utopiste selon laquelle le droit pourrait représenter un élément de contrainte sur la politique internationale. Selon David Kennedy, cela conduit au sacrifice de l'image intellectuelle et de la cohérence du droit international³⁰. La discipline se dissout alors dans un enthousiasme défensif et dans un scepticisme corrosif. Selon cet auteur, il est impossible de défendre une identité juridique professionnelle. Le juriste doit au contraire accepter son identité comme étant moins juridique, plus sociale et plus morale par nature. On retrouve des critiques similaires chez d'autres auteurs affiliés aux *NAIL*, comme Nathaniel Berman³¹, Antony Carty, Martti Koskeniemi et bien d'autres³². Pour tous ces auteurs, l'affirmation selon laquelle la rationalité du droit est un moyen de régulation des conduites étatiques est erronée³³.

Reste à déterminer dans quelle mesure cette coalition instable de chercheurs, dont les frontières identitaires ont évolué au fil des ans, ont tenu leur promesse de réinvention de la discipline du droit international. La lecture critique du droit international impulsée par les *NAIL* et fondée sur l'indétermination du droit constitue une contribution non négligeable au renouvellement disciplinaire (I). Toutefois, la position radicale adoptée par ses partisans a pu restreindre son influence au sein de la doctrine, au point de s'interroger sur la capacité d'un renouveau des « nouvelles approches » (II).

²⁷ Delabie, *supra* note 9 aux pp 145 et s et aux pp 191 et s.

²⁸ Les internationalistes américains s'éloignent définitivement d'une conception du droit international comme un ensemble normatif neutre. C'est l'image du « droit-outil » qui devient un élément central de l'analyse scientifique. Delabie, *supra* note 9 aux pp 162 et s.

²⁹ Rasulov, *supra* note 1 à la p 159.

³⁰ Sur l'opposition de David Kennedy au libéralisme, voir Nigel Purvis, « Critical Legal Studies in Public International Law » (1991) 32:1 *Harv Int'l L J* aux pp 92 et s [Purvis]; David Kennedy, « The Politics of the Invisible College: International Governance and the Politics of Expertise » (2001) 5 *Eur HRL Rev* 463 aux pp 478, 480.

³¹ L'auteur s'est penché sur l'échec du droit international libéral lors d'un symposium sur le thème « *Liberalism, Cosmopolitanism and the Foundation of International Law* », organisé par l'*ASIL* en novembre 2006.

³² Rappelé à juste titre par Hilary Charlesworth en 1992 lors de la conférence annuelle de l'*American Society of International Law*. Hilary Charlesworth et J Shand Watson, « Subversive Trends in the Jurisprudence of International Law » (1992) 86 *ASIL Proceedings of the 86th annual meeting* à la p 130 [Charlesworth].

³³ Sur la remise en cause de la priorité accordée à une approche rationnelle du droit international, voir par exemple Charlesworth, *supra* note 20 à la p 162.

I. La contribution des *NAIL* au renouvellement disciplinaire par l'affirmation radicale de l'indétermination du droit

Par l'introduction de la méthode déconstructiviste issue de la philosophie (A), les « nouvelles approches » mettent fin à l'image d'un droit neutre. Il s'agit au contraire de souligner que celui-ci est nécessairement le véhicule de valeurs subjectives irréconciliables. Ce faisant, les auteurs affiliés à ce mouvement remettent en cause les canons classiques du positivisme en affirmant que le droit n'est pas rationnel et que la prétention à l'objectivité n'est qu'illusion (B). En soulignant l'importance des valeurs sous-jacentes à la structure du droit international – sans pour autant fonder, comme les jusnaturalistes ce droit sur la nature des choses – les membres des *NAIL* proposent une véritable « voie alternative » et constituent une force de proposition pour une nouvelle définition de la discipline.

A. L'introduction de la méthode déconstructiviste dans l'analyse du droit international

L'originalité du mouvement tient à l'introduction dans l'analyse juridique de la méthode déconstructiviste issue de la philosophie pour appréhender le droit. Ce phénomène résulte plus largement d'un jeu d'influences entre les traditions culturelles et philosophiques européenne et américaine. Ainsi perçoit-on aisément, à la lecture des travaux des *NAIL*, l'empreinte laissée par le poststructuralisme et par la méthode déconstructiviste qui lui est associée, dans la tradition juridique américaine. Les travaux de Jacques Derrida, qui ont eu un large succès aux États-Unis, sont à cet égard très précieux. Pour cet auteur,

la déconstruction [...] ne signifie pas “détruire” mais “défaire” en analysant les différentes couches d'une structure pour savoir comment elle a été construite. Tout ce qui n'est pas naturel a une structure et a été construit ; et la déconstruction est dans une certaine mesure une façon d'analyser la structure. La déconstruction permet de mettre l'accent sur l'histoire de la construction et sur les différentes couches qui ont bâti cette construction³⁴.

Les juristes américains, dès les années 1980, cherchent à expliquer le droit à partir de cette analyse déconstructiviste du discours juridique, en s'appuyant sur les travaux de Derrida³⁵. Ce dernier a d'ailleurs étroitement travaillé avec les membres des *CLS*³⁶, associés à l'essor du militantisme juridique, en particulier à la *Harvard Law School*. Ses partisans se présentent comme une gauche juridique institutionnalisée aux États-Unis. Ils se définissent comme un

³⁴ Affirmation de Derrida dans *Deconstruction : a trialogue in Jerusalem* (1986), citée par Françoise Michaut, *supra* note 45 à la p 292. Cette approche permet de révéler que les abstractions intellectuelles sont nécessairement construites sur une idéologie dominante qui incorpore des prémisses politiques ; Voir Purvis, *supra* note 30 à la p 123.

³⁵ Janne Elizabeth Nijman, *The Concept of International Legal Personality – An Inquiry into the History and Theory of International Law*, La Haye, TMC Asser Press, 2004 aux pp 389-90.

³⁶ L'auteur a reconnu ses rapports étroits avec les membres du courant critique en 1989 lors d'une Conférence organisée à la *Cardozo School of Law*, dans Jacques Derrida, *Force de loi*, Paris, Galilée, 1994 à la p 9.

mouvement intellectuel américain [...] qui cherche à comprendre et à critiquer les phénomènes juridiques en faisant appel, d'une manière éclectique, entre autres perspectives théoriques, aux façons de voir du réalisme juridique, du marxisme, du féminisme et du structuralisme³⁷.

Ainsi, les membres des *CLS* – dont Jack M. Balkin³⁸, Duncan Kennedy³⁹, Roberto M. Unger⁴⁰, Mark G. Kelman⁴¹ – sont les premiers à assurer l'introduction du déconstructivisme dans l'analyse du droit. Ce faisant, ils en arrivent à la conclusion selon laquelle le système juridique doit être défini, non pas comme un ensemble de règles cohérent, mais comme un ensemble de tensions et d'oppositions⁴². Pour ces auteurs, les décisions de justice ne sont pas fondées sur l'application de principes préétablis et les règles juridiques ne sont pas déterminées⁴³. La réception de cette approche est d'autant plus aisée aux États-Unis que la tradition juridique est ancrée dans le réalisme juridique, né dans les années 1930 et devenu le paradigme dominant de la tradition américaine⁴⁴. D'ailleurs, les *legal realists* pratiquaient, sans la nommer, la méthode déconstructiviste⁴⁵ pour affirmer les limites du positivisme analytique qui prévalaient jusqu'alors dans l'analyse du droit.

En toute logique, l'analyse scientifique du droit international a été influencée par le *Legal Realism*, la déconstruction et les *CLS*. Les premiers porte-voix de ces méthodes dans l'analyse du droit international sont les partisans des « nouvelles approches du droit international ». C'est en particulier le cas des internationalistes américains qui, proches de leurs collègues internistes affiliés au mouvement *crits* et à des auteurs comme Jacques Derrida et Michel Foucault⁴⁶, ont directement contribué à

³⁷ André-Jean Arnaud, dir, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd, Paris, LGDJ, 1993 à la p 133.

³⁸ Jack M. Balkin, « Deconstructive Practice and Legal Theory » (1987) 96:4 *Yale LJ* 743 à la p 743 [Balkin].

³⁹ Duncan Kennedy et Karl E Klare, « A Bibliography of Critical Legal Studies » (1984) 94:2 *Yale LJ* 461 aux pp 461-490.

⁴⁰ Roberto Mangabeira Unger, « The Critical Legal Studies Movement » (1983) 96 *Harv L Rev* 561 à la p 563.

⁴¹ Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

⁴² James Boyle, *Critical Legal Studies*, Dartmouth, Dartmouth Publishing Company, 1992 à la p xv.

⁴³ Michel Rosenfeld, « Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy and the Temptations of the New Legal Formalism » (1990) 11 *Cardozo L Rev* à la p 1211; Jack M Balkin résume bien en quoi la déconstruction – en tant que technique et non en tant que critique – peut être utile aux juristes. Selon lui, l'intérêt est triple. Tout d'abord, la méthode déconstructiviste représente un instrument de critique des doctrines juridiques existantes. Ensuite, elle permet de montrer que les arguments juridiques sont nécessairement influencés par des idéologies sous-jacentes qui peuvent servir, par exemple, à réformer les institutions. Enfin, la déconstruction permet une appréciation critique des interprétations conventionnelles des textes juridiques existants. Voir Balkin, *supra* note 38.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Françoise Michaut, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2000 à la p 8. Les *CLS* ont d'ailleurs des perspectives proches du réalisme juridique. Selon Jack M. Balkin, bon nombre de juristes favorables à l'application de la technique de la déconstruction dans l'examen du raisonnement juridique s'appuient sur les travaux des réalistes. Voir Balkin, *supra* note 38.

⁴⁶ Anne Orford, « A Jurisprudence of the Limit » dans Anne Orford, dir, *International Law and its Others*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 aux pp 7 et s; Voir ci-dessus les propos introductifs.

l'introduction de la méthode déconstructiviste au sein de la doctrine. David Kennedy, proche de Duncan Kennedy, qu'il présente comme son « ami et mentor »⁴⁷ emploie précisément ces méthodes dans son analyse du droit international. S'appuyant également sur les propositions de Jacques Derrida et Ferdinand de Saussure, il considère le droit international comme un discours, à savoir un système d'arguments interdépendants dans lequel la valeur de chaque argument résulte seulement de la présence simultanée des autres⁴⁸. Dans ses écrits sur les approches de la gouvernance au XXI^e siècle, l'auteur affirme que le défi de la gouvernance ne consiste pas à mener les politiques au droit, mais plutôt à s'assurer que le droit reste le langage dans lequel s'écrit la gouvernance⁴⁹. Aussi propose-t-il de changer le point de vue dans l'analyse du droit en se demandant notamment en quoi le droit et la régulation peuvent être des facteurs négatifs pour la gouvernance, contribuant notamment à la reproduction de la pauvreté⁵⁰. Côté européen, Martti Koskenniemi, affirme explicitement s'être inspiré des *crits* et renvoie aux travaux de David Kennedy et de Duncan Kennedy pour proposer une définition du droit international comme un « jeu de langage »⁵¹.

De la même manière, les féministes s'appuient sur la méthode de la déconstruction et le poststructuralisme dans l'analyse de la structure du droit international pour en révéler le caractère biaisé et mettre en exergue les préjugés du droit. Selon ces auteures, c'est précisément la théorie libérale qui est à l'origine de l'inégalité entre les sexes en droit international⁵². Aussi s'interrogent-elles sur la manière dont les règles ou pratiques juridiques affectent le statut des femmes ainsi que sur le degré de prise en considération des préoccupations des femmes dans la création des normes. C'est encore une fois l'objectivité et la rationalité du droit comme moyen de régulation des conduites étatiques qui, à partir de la méthode déconstructiviste, sont remises en cause⁵³.

De leur côté, les auteurs s'intéressant au postcolonialisme, comme Nathaniel Berman, tendent à montrer, à partir de la déconstruction, que la structure du droit international – les institutions, les pratiques juridiques – est conditionnée par les valeurs postcoloniales. Le droit international est envisagé également comme forme de langage, sans être considéré comme un simple outil de communication. Le discours peut plus précisément être un masque au refoulement⁵⁴. Pour ce faire, Nathaniel

⁴⁷ Remerciements adressés par David Kennedy à Martti Koskenniemi dans son livre intitulé *Of War and Law*, Princeton, Princeton University Press, 2006 à la p ix [Kennedy, *Of War and Law*].

⁴⁸ Ferdinand de Saussure, linguiste structuraliste, considère le « langage comme un ensemble de termes interdépendants dans lequel la valeur de chaque terme résulte seulement de la présence des autres » dans son ouvrage *Cours de linguistique générale*. Cité par Deborah Z. Cass, « Navigating the Newstream: Recent Critical Scholarship in International Law » (1996) 65 *Nordic J Int'l L* 341 à la p 372 [Cass].

⁴⁹ María Beneyto et David Kennedy, *New Approaches to International Law – The European and the American Experiences*, La Haye, TMC Asser, 2012 à la p xi [Beneyto et Kennedy].

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 à la p vi [Koskenniemi].

⁵² Charlesworth, *supra* note 32 à la p 130.

⁵³ Voir également Charlesworth, *supra* note 20 à la p 162.

⁵⁴ Propos introductifs d'Emmanuelle Jouannet dans Nathaniel Berman, *Passions et ambivalences: le colonialisme, le nationalisme et le droit international*, Paris, Pedone, 2008 à la p 18 [Berman].

Berman s'appuie sur la psychanalyse, dont le terme même d'« ambivalence » est issu. L'idée principale réside dans le fait que chaque concept juridique est conditionné par son opposé (colonisateur/colonisé ; nationalisme/internationalisme)⁵⁵. Comme les déconstructivistes, la rationalité du droit est ici considérée comme un mythe servant à conforter le pouvoir.

La conséquence directe de ces lectures du droit international fondées sur la déconstruction de sa structure est l'utilisation par les juristes d'outils interdisciplinaires issus de la sociologie, de la théorie du droit, de l'économie⁵⁶, de l'histoire, afin d'étudier les problèmes liés à la gouvernance mondiale, au développement, à l'expertise professionnelle. Au-delà de la diversité, on décèle une caractéristique commune aux *NAIL* :

a critical sensibility that examines international law from a wide range of intellectual strands : philosophy, political theory, sociology, anthropology, cultural and women's studies and so on in order to reassess its meaning, contemporary relevance and future role⁵⁷.

Qu'ils mettent l'accent sur les inégalités entre les hommes et les femmes sous-jacentes à la structure du droit international ou bien sur la subjectivité du discours juridique, tous insistent sur l'importance de la dimension sociologique, historique, philosophique du droit international. Ce faisant, ils contribuent à une redéfinition de l'objet droit international.

La lecture ainsi proposée par les « nouvelles approches » n'est toutefois pas entièrement nouvelle. Déjà dans les années 1980, Charles Chaumont, prenant appui sur le structuralisme, affirme que l'explication du phénomène juridique ne saurait se trouver exclusivement dans le droit lui-même⁵⁸. Les membres de l'école de Reims, dont il est le principal représentant, soulignent d'ailleurs que le droit international doit être appréhendé en relation directe avec ses déterminants historiques, politiques, économiques ou culturels. Dans cette optique, l'objectif est de parvenir à une désacralisation du droit⁵⁹. Ces travaux s'inscrivent clairement dans la perspective d'une approche critique, suggérant que le droit est emprunt de contradictions primitives, notamment au travers de concepts comme le raisonnable, l'équitable, qui laissent une marge d'interprétation aux acteurs⁶⁰. Une différence avec les *NAIL*

⁵⁵ Nathaniel Berman, « Book reviews. The Paradoxes of Legitimacy: Case Studies in International Legal Modernism » (1991) 32 *Harv Int'l L J* aux pp 583-595.

⁵⁶ Cette volonté se manifeste dans la bibliographie proposée par Kennedy et Tennant, *supra* note 6 à la p 421.

⁵⁷ Martti Koskenniemi, « Preface » (1996) 65 *Nordic J Int'l L* 337 à la p 340.

⁵⁸ Charles Chaumont, « Méthode d'analyse du droit international » (1975) 1 *Rev BDI* 32 aux pp 32 et s. Sur Charles Chaumont, voir « La pensée juridique de Charles Chaumont » (2004) 37 *Rev BDI* aux pp 259-89.

⁵⁹ Pierre Klein, « Jean Salmon et l'école de Reims » dans *Droit du pouvoir, pouvoir du droit – Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007 aux pp 19 et s.

⁶⁰ Entendue comme « approche doctrinale du droit international caractérisée par un souci de dépasser le formalisme juridique au profit d'une mise en relations du phénomène juridique avec la réalité sociale, et en particulier avec la contradiction qui la caractérise ». Jean Salmon, dir, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001 à la p 290.

demeure néanmoins, en ce que la lecture de l'école de Reims reste une démarche positiviste. N'est du droit international que la norme juridique posée, résultant d'un accord entre États. Les « nouvelles approches » vont plus loin : rien n'est « posé » *a priori* ; ou du moins même « posé », la signification de la norme n'est pas définie. Le droit est conçu comme le produit des rapports de force et comme le langage du pouvoir.

Qu'il s'agisse d'appréhender la structure interne du droit international par un examen du discours juridique ou qu'il s'agisse de mettre en lumière les objectifs politiques sous-jacents à la structure externe du droit international – l'impérialisme, le néo-colonialisme, le sexisme ou encore le racisme – ce « *New Stream* » disciplinaire entend révéler l'impossible neutralité des règles juridiques⁶¹.

B. L'indétermination du droit international, véhicule de valeurs subjectives irréconciliables

La déconstruction du droit international – qu'il s'agisse du discours ou des institutions – conduit les partisans des « nouvelles approches » à affirmer que la neutralité du raisonnement juridique est illusion⁶². Une tendance générale se dessine alors autour de l'idée que les règles de droit ne peuvent être neutres, que le discours juridique n'est pas pleinement objectif et que l'on ne peut ignorer les valeurs qui le sous-tendent. L'indétermination est au centre des nouvelles approches critiques⁶³. Il ne s'agit pas seulement de l'indétermination des règles de droit, comme l'avaient déjà souligné les *legal realists*, mais de la structure du droit elle-même⁶⁴.

Par conséquent, les partisans des *NAIL* défendent l'idée que le droit international est davantage un engagement politique ou un choix professionnel qu'un ensemble de normes. Ce n'est pas tant la légalité de telle ou telle situation qui importe dans l'analyse, mais l'argumentation juridique déployée par les acteurs en place pour rendre compte de telle ou telle situation politique. Cela suppose une redéfinition de l'identité du juriste et de sa responsabilité dans le raisonnement juridique avancé et dans l'interprétation juridique proposée⁶⁵. David Kennedy affirme lui-même qu'il envisage le droit international comme une série de performances professionnelles plutôt que comme un ensemble d'idées, de règles et d'institutions. Son principal message aux membres de la doctrine internationaliste est par conséquent le suivant : « il faut s'engager »⁶⁶. Dans cette perspective, il dresse une cartographie du lexique

⁶¹ Cot, *supra* note 9 à la p 587. Dans tous les cas, il est mis en exergue le caractère socialement construit du droit.

⁶² De Schutter, *supra* note 14 à la p 604.

⁶³ Rémi Bachand, « La critique en droit international : Réflexions autour des livres de Koskenniemi, Anghie et Miéville » (2006) 19 RQDI à la p 11 [Bachand].

⁶⁴ Sur l'influence du réalisme juridique chez les internationalistes proches des nouvelles approches du droit international, voir Berman, *supra* note 54 aux pp 60, 65.

⁶⁵ Voir Outi Korhonen, « New International Law: Silence, Defence or Deliverance? » (1996) 7 EJIL 1 aux pp 1-28.

⁶⁶ Voir notamment David Kennedy, « Law and the Political Economy of the World » (2013) 26:1 Leiden J Int'l L aux pp 7-48.

professionnel et repense les instruments intellectuels de la discipline⁶⁷. Loin du formalisme et d'une définition classique du droit international, il s'intéresse également au discours juridique international relatif aux rapports entre la guerre et le droit, affirmant : « *the law of force today is a professional discourse of sharp distinctions and broad standards* »⁶⁸. Il montre ainsi comment, en privilégiant les standards vagues aux règles juridiques absolues, le vocabulaire du droit international humanitaire et celui de la Charte des Nations Unies peuvent devenir un moyen de justification à des interventions militaires. Il souligne l'ambivalence inhérente au droit international et à l'application qui en est faite. Sa position est bien résumée dans l'emploi qu'il fait de l'expression « *lawfare* », renvoyant à l'idée d'utiliser le droit comme un moyen de « bataille ». David Kennedy applique également cette idée au domaine plus particulier des droits de la personne. Selon lui, cantonner ces droits à un sens précis empêche les activistes de droits de la personne de parvenir à leurs buts⁶⁹. Opérant une distinction entre l'idée « droits de l'homme » et la chose « droits de l'homme », il montre comment se produit l'instrumentalisation du droit dans ce domaine non seulement par l'entremise des États qui usent et abusent du droit international humanitaire pour justifier leurs actions, mais aussi par l'attitude des humanitaires qui agissent par calcul politique.

Les *crits* ne sont pas les seuls à mettre en avant l'indétermination du droit. Les partisans des *TWAIL*, adoptant une position similaire, révèlent les valeurs sous-jacentes au droit international⁷⁰. L'un de ses principaux représentants, Antony Anghie⁷¹, s'interroge plus particulièrement sur l'influence continue du projet colonial sur l'ordre mondial⁷². Contrairement à ses prédécesseurs – représentants du mouvement *Racial Studies* –, cet auteur se place du point de vue des individus et non des États, et étudie la contribution du droit international à la constitution de la relation de pouvoir entre l'Occident et le Tiers-Monde et qu'il s'est plus précisément construit pour l'Europe⁷³. En ressortent l'affirmation du rôle central de la colonisation dans la construction du droit international, la critique des rapports entre enjeux identitaires et

⁶⁷ Kennedy, « Thinking Against the Box », *supra* note 2 à la p 337.

⁶⁸ Kennedy, *Of War and Law*, *supra* note 47 aux pp 166, 169.

⁶⁹ Le titre même de son livre, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, est révélateur des paradoxes inhérents au droit international et des limites de l'expertise qu'il entend souligner. David Kennedy, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

⁷⁰ Pour un aperçu du mouvement *TWAIL*, voir Anthony Anghie et al, *The Third World and International Order: Law, Politics, and Globalization*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2003; Voir également Anthony Anghie, « LatCrit and TWAIL » (2012) 42:2 *Cal W Int'l LJ* aux pp 311-19; Mark Toufayan et al, dir, *Droit international et nouvelles approches sur le Tiers Monde : entre répétition et renouveau*, Société de Législation Comparée, coll. UMR de droit comparé, 2013 à la p 38 [Toufayan et al].

⁷¹ Professeur à la *Utah University*, Antony Anghie est l'auteur d'une thèse sur les rapports entre le colonialisme et l'élaboration du droit international, réalisée à Harvard en 1994 sous la direction de David Kennedy et publiée en 2005 sous le titre *Imperialism, Sovereignty and Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

⁷² David Kennedy, « TWAIL Conference: Keynote Address » (2007) *International Community Law Review* à la p 334 [Kennedy, « TWAIL »].

⁷³ Martin Gallié, « Les théories tiers-mondistes du droit international (TWAIL) : Un renouvellement ? » (2008) 39:1 *Études internationales* aux pp 17-38; Également Kennedy, « TWAIL », *supra* note 72.

la libéralisation des échanges⁷⁴. Il faut, selon l'auteur, avoir conscience du rôle que peut jouer le droit international dans l'impérialisme, l'exclusion et la violence. À cet égard, une théorie formaliste peut protéger contre l'impérialisme, mais peut aussi favoriser l'impérialisme⁷⁵. Pour les partisans des *TWAIL*, le droit n'est qu'un outil qui perpétue un système hiérarchique au service d'une minorité d'États⁷⁶.

Cette révélation de l'indétermination du droit incite au dépassement d'une approche positiviste du droit international dans sa caractéristique première, à savoir la rationalité et le formalisme. La critique consistant à affirmer l'absence de neutralité du droit n'est pas seulement issue des *NAIL*, ni même des États-Unis. Gérard Cahin, professeur à l'Université Panthéon-Assas, s'interroge notamment, dès les années 1980 sur le mythe du caractère objectif et rationnel du droit. Selon lui, « le droit est avant tout un fait de langage et les normes juridiques “des systèmes de signes qui ordonnent par des systèmes de communication et d'échange des rapports sociaux” ». L'article dont est issue cette affirmation est d'ailleurs intégré à la bibliographie proposée en 1994 par Tenant et Kennedy⁷⁷. Dans une optique similaire, Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat rappellent dans leur manuel de droit international public que le positivisme volontariste repose sur certaines fictions opératoires et contribue à une idéologie paradoxale de la neutralité du droit⁷⁸. On pourrait également prendre exemple sur les travaux d'Olivier Corten, professeur à l'Université libre de Bruxelles, qui se dit lui-même familier de la définition du droit international telle que proposée par David Kennedy et qui s'inscrit contre le formalisme excessif dans l'analyse du droit⁷⁹. Une nuance importante doit toutefois être apportée à ce parallèle entre les partisans des *NAIL* et les auteurs européens favorables à une approche critique. En Europe, en effet, le réalisme et l'approche sociologique sont utilisés comme « méthode », sans que l'on assiste à une remise en cause fondamentale de l'analyse du droit « posé ». Tel n'est pas le cas dans l'approche adoptée par les *NAIL*, pour qui l'absence de neutralité du droit conduit à une forme de nihilisme, posture d'ailleurs critiquée par une partie de la doctrine internationaliste.

De l'indétermination et de la subjectivité mises en avant par les auteurs critiques découle l'idée selon laquelle la discipline ne peut être caractérisée que par le pluralisme. En effet, il n'existerait pas un droit international, mais des droits internationaux variables selon la culture juridique propre à chaque acteur international. Chaque société possède sa manière de penser et de réfléchir sur la nature de la juridicité. Quelque soit l'axe privilégié parmi les « nouvelles approches », la culture est au cœur du raisonnement suivi par les auteurs critiques. Les diverses

⁷⁴ Selon David Kennedy, l'une des idées principales des *TWAIL* réside dans l'affirmation selon laquelle le droit international a été construit pour l'Europe. *Ibid.*

⁷⁵ Charlesworth, *supra* note 20. Parmi les partisans des *TWAIL*, on peut citer B S Chimni, R P Anand, A Anghie, Karen Mickelson, J T Gathii et O Okafor.

⁷⁶ Mohammed Bedjaoui, « Propos introductifs : Les “TWAIL” et le sort des études juridiques postcoloniales », dans Toufayan et al, *supra* note 70 à la p 86.

⁷⁷ Gérard Cahin, « Apport du concept de mythification aux méthodes d'analyse du droit international » dans *Mélanges offerts à Charles Chaumont, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, méthodes d'analyse du droit international*, Paris, Pedone, 1984 à la p 89.

⁷⁸ Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2012 à la p 8.

⁷⁹ Corten, *supra* note 15 à la p 253.

définitions de la culture sont d'ailleurs essentielles pour comprendre comment le droit international s'est constitué. Parmi les féministes, Rosemary Coombe souligne que la culture jusqu'alors prise en compte dans l'examen du droit international est le fruit des seules valeurs occidentales. Or, selon elle, il faudrait tenir compte des spécificités culturelles dans l'application du droit international. De son côté, Annelise Riles, fondant principalement ses travaux sur l'anthropologie, considère plutôt que le droit international ne se base pas sur la culture, mais qu'il est la culture⁸⁰. Cette position est également reprise par certains auteurs critiques qui se sont intéressés au postcolonialisme comme Antony Anghie, ou encore David Kennedy qui insiste sur la diversité des approches du droit international selon les traditions juridiques de chaque pays. Selon lui, chaque internationaliste a sa propre vision du droit international qui dépend de sa formation, de sa culture, de sa spécialité⁸¹.

Ces nouvelles approches contribuent à aborder, au sein des réflexions doctrinales, le problème de la tension constante en droit international entre le pluralisme qui doit caractériser une société et ses valeurs communes. La question fondamentale est alors de savoir comment concilier ces deux intérêts contradictoires. C'est ce à quoi la méthode de déconstruction répond en partie, dans la mesure où elle permet de trouver un équilibre entre le moi et l'autre⁸².

Nombreux sont les internationalistes qui reconnaissent les apports de l'analyse critique du droit international en particulier en ce qu'elle a permis de réintégrer dans l'étude du droit international des perspectives qui étaient jusqu'alors exclues de l'examen de notre discipline en insistant sur les questions raciales, sociales et politiques. Les tenants de cette approche invitent à une réécriture de l'histoire de la configuration doctrinale et incitent les internationalistes à redéfinir leur rôle dans la lutte pour un ordre international plus juste⁸³. La volonté du mouvement critique de faire prendre conscience aux internationalistes que la subjectivité inhérente à toute analyse juridique est nécessairement biaisée contribue à distinguer raison contextuelle et rationalité objective et incitent les juristes à accepter une connaissance critique⁸⁴. En soulignant l'indétermination des structures du droit international à partir d'une méthode déconstructiviste issue de la linguistique et de la philosophie poststructuraliste, les membres de ce mouvement participent ainsi au renouvellement disciplinaire. En révélant les valeurs qui sous-tendent les règles de droit international, les *NAIL* offrent une vision neuve et stimulante de la discipline du droit international.

Mais, s'il est certain que l'on ne peut affirmer la pleine objectivité du droit international – même en tant que positiviste –, on peut se demander dans quelle mesure la fusion droit-politique-valeurs sociales ne crée pas un risque de dilution de la discipline dans le politique. Propose-t-on alors encore une analyse scientifique du droit international ? Quel objet étudie-t-on véritablement ? Ce sont autant

⁸⁰ Annelise Riles, « Aspiration and Control: International Legal Rhetoric and the Essentialization of Culture » (1993) 106:3 *Harv L Rev* 723 à la p 723.

⁸¹ Kennedy, « Thinking Against the Box », *supra* note 2 à la p 337.

⁸² Cass, *supra* note 48 aux pp 372, 377.

⁸³ Purvis, *supra* note 30 à la p 122.

⁸⁴ *Ibid* à la p 120.

d'interrogations auxquelles ont dû faire face les partisans des *NAIL* et qui explique la position ambivalente qui est la leur au sein de la doctrine internationaliste – entre marginalisation et renouveau.

II. L'influence diffuse des nouvelles approches, entre marginalisation et renouveau

S'il contribue au renouvellement de la lecture du droit international, le radicalisme auquel conduit le *New Stream* en fait un mouvement minoritaire, au risque même de mener à sa destruction (A). L'une des principales raisons de cette marginalisation réside dans l'incapacité des *NAIL* à dépasser la subjectivité du droit international qu'ils mettent en avant et qui renforce l'approche instrumentale du droit international (B). Parfois qualifiés de « nihilistes », les partisans des « nouvelles approches » ont toutefois exercé, et continuent d'exercer une influence sur la doctrine internationaliste, en particulier en Europe, contribuant ainsi au renouveau du mouvement (C).

A. La place marginale du « *new stream* »

La marginalisation des approches critiques du droit international réside en premier lieu dans le fait que ses partisans forment un ensemble d'auteurs éloignés de la pratique. Exclus du milieu politique et décisionnel, ils constituent d'abord un « réseau d'intellectuels »⁸⁵. Seul David Kennedy pourrait être cité comme faisant figure d'exception⁸⁶. Ce constat vaut pour les *crits*, mais aussi pour les autres courants, notamment les *TWAIL*, principalement perçus comme un mouvement intellectuel dont les membres n'ont pas de rôle significatif dans l'établissement de programmes politiques, ou dans la participation aux processus décisionnels au sein des instances gouvernementales⁸⁷. Cet éloignement de la pratique et de l'action politique est une critique récurrente à l'encontre des *NAIL*, en particulier aux États-Unis, où les liens entre praticiens et chercheurs sont forts⁸⁸. Outre le positionnement principalement académique des membres des « nouvelles approches », les analyses qu'ils proposent sont elles-mêmes critiquées pour leur éloignement de la réalité internationale. Reprenant les travaux de David Kennedy, Philip R. Trimble souligne par exemple que celui-ci ne tient pas suffisamment compte du contexte politique et historique du droit international. Pour cet auteur, ses propositions sont déconnectées

⁸⁵ Haskell, *supra* note 5 à la p 123.

⁸⁶ David Kennedy est avocat et consultant. Il a exercé notamment ses activités au sein des Nations Unies, la Commission européenne, la Fondation Qatar, l'entreprise Cleary, Gottlieb, Steen and Hamilton à Bruxelles (domaine du droit des concentrations, du droit des sociétés). Il a également été désigné en 2011 comme *Foreign Advisor* de la Commission vérité et réconciliation de la Thaïlande, et est membre de la Commission asiatique Paix et réconciliation.

⁸⁷ Kennedy, « *TWAIL* », *supra* note 72 à la p 342.

⁸⁸ Delabie, *supra* note 9 à la p 18.

du monde réel de la politique internationale⁸⁹. Les partisans des *NAIL* eux-mêmes admettent cette limite inhérente à leur position. Le scepticisme envers le caractère déterminé du droit international tel qu'il ressort des analyses des *NAIL* prive en effet ces derniers de faire des propositions normatives pour résoudre les problèmes juridiques concrets.

Hormis les difficultés liées à cette absence de liens avec la pratique du droit, les partisans des « nouvelles approches » sont sous-représentés au plan universitaire et dans les débats doctrinaux, ce qu'ils reconnaissent d'ailleurs eux-mêmes. Nathaniel Berman, bien qu'étant membre du comité éditorial de l'*American Journal of International Law (A.J.I.L.)*, rappelle par exemple la faible place consacrée aux voix dissidentes dans la politique éditoriale de cette revue scientifique de premier plan en droit international⁹⁰. De même, David J. Bederman, à l'occasion du centenaire de l'*American Society of International Law (A.S.I.L.)* en 2006, soulignait que les représentants de l'approche critique étaient peu présents dans les pages de l'*A.J.I.L.*⁹¹. Certes, l'*A.S.I.L.* leur donne régulièrement l'opportunité d'intervenir dans le cadre de panels mis en place lors des conférences annuelles. On peut donner à titre d'exemple la discussion autour du livre de David Kennedy, *Dark sides of virtue*, lors de la conférence de 2006⁹². Par ailleurs, le mouvement féministe est de mieux en mieux représenté et prend de l'ampleur. Un groupe d'intérêt intitulé « *women in international law* » a notamment été créé au sein de l'*A.S.I.L.*, réunissant plus de 600 membres, ce qui en fait l'un des groupes d'intérêts les plus importants au sein de cette société savante⁹³. Toutefois, la représentativité des mouvements minoritaires reste limitée aux instances et aux structures institutionnelles dont l'objet est de promouvoir la discipline du droit international. Dès lors que l'on consulte la liste des enseignements offerts par les *law schools* on ne peut que noter la place très réduite faite aux tenants de ces approches⁹⁴.

La position minoritaire des *NAIL*, tant dans la pratique qu'au sein de la doctrine est renforcée par les ambivalences et l'instabilité internes au mouvement. L'on se trouve en effet face à « une coalition instable des chercheurs universitaires »⁹⁵, dont la diversité des méthodes ainsi que les tensions internes au mouvement contribuent à la marginalisation des idées qu'ils défendent. Tel est le cas des *TWAIL*, dont la création remonte à une première conférence organisée en 1998 à

⁸⁹ Phillip R. Trimble, « Review: International Law, World Order, and Critical Legal Studies » (1990) 42:3 *Stan L Rev* 811 à la p 823 [Trimble].

⁹⁰ Propos de Nathaniel Berman lors d'un entretien à la Law School de Brooklyn, décembre 2006.

⁹¹ David J. Bederman, « Appraising a Century of Scholarship in the American Journal of International Law » (2006) 100 *AJIL* à la p 60.

⁹² Voir American Society of International Law (ASIL), Proceedings of the 100th annual meeting (March 29-April 1, 2006) aux pp 125-27.

⁹³ A.S.I.L., « Women in International Law », en ligne: American Society of International Law <<http://www.asil.org/community/women-international-law>>. Le groupe fait partie des cinq groupes d'intérêts comprenant le plus grand nombre de membres sur les 34 groupes existants.

⁹⁴ Certaines universités telles que la *Michigan Law School* proposent des cours et séminaires consacrés notamment à l'égalité des sexes ou aux femmes et la guerre, mais elles restent peu nombreuses. Rémi Bachand, dir, *Théories critiques et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

⁹⁵ Kennedy, « Critical Theory », *supra* note 24 à la p 209.

Harvard⁹⁶. Qualifié comme « *a spread-out network of scholars, with common ideologies, but no structure of authority* »⁹⁷, le courant *TWAIL* n'en demeure pas moins difficile à différencier des *NAIL*. La période à laquelle est apparue cette approche postcoloniale au sein de la doctrine internationaliste suggère d'ailleurs que le mouvement assure la continuité des idées défendues par les membres des « nouvelles approches », dont la fin a été décrétée à la même époque. La distinction, au sein des *NAIL*, entre les *crits* et les *TWAIL* est loin d'être évidente. Pour ne prendre que l'exemple d'Antony Anghie, il n'est pas inutile de rappeler que celui-ci a eu pour directeur de thèse David Kennedy, alors à Harvard. Par ailleurs, alors qu'un symposium de l'*American Journal of International Law* sur les méthodes en droit international était organisé, les représentants des *TWAIL* n'ont pas été sollicités. À cette situation, le comité éditorial du Journal a répondu que le postcolonialisme se fondait sur une méthode d'analyse identique à celle utilisée par les *International critical legal studies*⁹⁸. Certains observateurs européens associés au courant critique en droit international – Anne Orford, Olivier Corten⁹⁹, ou encore Martti Koskenniemi¹⁰⁰ – font un constat similaire.

Une brève analyse des travaux et des activités du courant féministe, lui aussi associé aux *NAIL*, invite aux mêmes conclusions sur l'existence de tensions internes. Alors que les féministes mettent en avant l'inégalité entre les hommes et les femmes en tant que préjugé inhérent à la structure du droit international, on observe des tensions sur plusieurs plans. Il existe d'abord, au sein des « nouvelles approches », une opposition marquée entre les *crits* et les féministes. Alors qu'ils se sont inspirés des travaux des *crits*, les féministes font elles-mêmes mention des oppositions entre ces deux tendances. Pour Hilary Charlesworth¹⁰¹, l'une des principales représentantes du mouvement, tandis que les *crits* identifient la politique du droit international, « *feminists tend to nail their colors more firmly to the most normative principles, and generally assume that the right sort of international law will achieve women equality* »¹⁰². Les féministes tendent notamment à se distinguer en intégrant à leurs réflexions une dimension prescriptive, politique et morale qui vise à réformer le droit international. Ce phénomène se comprend aussi comme une tension entre doctrine et activisme. À l'inverse, les représentants de l'approche critique, comme Martti Koskenniemi ne manquent pas de faire part de leurs réticences envers les travaux de

⁹⁶ Depuis 1997, cinq conférences des *TWAIL* ont été organisées.

⁹⁷ James Thuo Gathii, « *TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography* » (2011) 3:1 *Trade Law and Development* aux pp 26-64.

⁹⁸ Toufayan et al, *supra* note 70 à la p 314.

⁹⁹ *Ibid* aux pp 97, 360.

¹⁰⁰ Selon Martti Koskenniemi : « A particularly important facet of the new approaches in the field is how they deal with post-colonial themes and often come from students in the Third World ». Martti Koskenniemi, « *The Politics of International Law – 20 Years Later* » (2009) 20:1 *EJIL* 7 à la p 8.

¹⁰¹ Charlesworth, *supra* note 20.

¹⁰² *Ibid* à la p 165. L'auteure propose une méthodologie féministe du droit international et critique notamment la faible représentation des femmes à l'ONU, qu'elle considère comme un « club pour les hommes ». Elle s'intéresse aussi aux moyens qui permettraient de rendre plus efficace le droit des femmes. Selon elle, le droit international possède un genre, un parti pris fondamental, quoique parfois subtil, en faveur des hommes. Les règles juridiques participeraient ainsi au maintien de l'inégalité de genre, des rapports de domination.

certaines féministes, notamment les plus radicales¹⁰³. On constate à cet égard l'existence des tensions internes au courant féministe lui-même, au point que certains de leurs membres n'hésitent pas à dénoncer l'institution d'un véritable ghetto¹⁰⁴. Alors que certains auteurs défendent un féminisme radical et considèrent que le concept d'État résulte d'une fausse dichotomie entre le privé et le public qui revient à privilégier les hommes et qui perpétue leur pouvoir sur les femmes¹⁰⁵, d'autres privilégient un féminisme libéral, affirmant que le droit international épouse une « éthique de la justice » masculine qui dévalue l'approche privilégiée par les femmes pour des problèmes pourtant identiques. Enfin, on peut signaler l'émergence d'un groupe de féministes postmodernes qui se sont intéressées au domaine des droits de l'homme qu'elles considèrent comme un produit de la pensée colonialiste en ce qu'il ne tient pas compte des expériences des femmes. Le mouvement féministe est, tout comme les *TWAIL* et les *crits*, assez hétéroclite, ce qui ne favorise pas la visibilité des *NAIL* et contribue au contraire à une marginalisation plus forte encore.

B. Les risques d'une approche instrumentale des normes juridiques internationales

Guidées par cette idée fondamentale que le droit international ne peut être envisagé sous le seul angle institutionnel et normatif et que les règles juridiques ne peuvent être étudiées en toute neutralité, les *NAIL* participent au renforcement de l'approche instrumentale du droit international qui est pourtant à l'origine de leur critique. Dans la mesure où les règles internationales n'ont un sens que dans leur application, cette application est ouverte à l'interprétation et aux choix politiques contingents. Dans ces circonstances, le droit international est donc bien un système, mais un système rhétorique¹⁰⁶. Ce faisant, la définition de concepts clefs du droit international comme la souveraineté, les sources du droit, les droits de l'homme, dans la mesure où ils sont des concepts subjectifs, ne sont pas apolitiques¹⁰⁷. Un tel positionnement conduit à une constante réinterprétation du passé et à une réinterprétation constante à venir¹⁰⁸. Plus encore, cette réinterprétation est sujette au risque de voir les détenteurs du pouvoir imposer leur propre interprétation de la norme internationale et de réduire le droit à la politique. Encore faut-il que cela ne conduise pas au rejet pur et simple du rôle du droit international.

Or, si le droit international se réduit à un type particulier de discours sur la société internationale, l'obligation juridique disparaît en tant que telle ; la déconstruction détruit l'essence même de la norme. Selon Andreas Paulus, l'ultime résultat de la critique radicale du droit international est le réalisme politique – à

¹⁰³ Voir à propos de l'ouvrage de Dorinda G. Dallmeyer, *Reconceiving Reality: Women and International Law*, Washington D.C., ASIL, 1993, les propos de Martti Koskenniemi, (1995) 89 AJIL à la p 230.

¹⁰⁴ Charlesworth, *supra* note 20 à la p 165.

¹⁰⁵ Telle est la position d'H Charlesworth, C Chinkin et S Wright.

¹⁰⁶ James Crawford, « Chance, Order, Change: The Course of International Law, General Course on Public International Law », *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, 2013.

¹⁰⁷ Skouteris, *supra* note 4 à la p 419.

¹⁰⁸ Trimble, *supra* note 89 à la p 822.

distinguer du *Legal Realism*. Pour Harold H. Koh, les *crits* et les réalistes politiques forment un couple curieusement enlacé dans la mesure où, dans un cas comme dans l'autre, le droit se résout en politique¹⁰⁹. Ainsi, le droit international se trouve dilué dans le politique, contribuant à son élimination pure et simple¹¹⁰. En ce cas, dans quelle mesure les États sont-ils limités d'agir à leur guise ? À cette question, les *NAIL* n'apportent aucune réponse¹¹¹. L'un des principaux reproches adressés aux membres du *New Stream* réside d'ailleurs dans leur inaptitude à dépasser la déconstruction en proposant des solutions alternatives à l'appréhension libérale du droit international qu'ils dénoncent. C'est le rejet de toute objectivité qui suscite de vives interrogations. Il est vrai que la critique radicale du savoir, de la raison, de la moralité et de la justice tend à condamner l'ordre international à l'anomie. Le scepticisme auquel elle peut conduire laisse finalement transparaître une incapacité à fournir une image positive du rôle du droit international dans l'ordre mondial¹¹². Le principal problème réside en effet en ce que l'intégration de la subjectivité dans les analyses proposées reste spéculative¹¹³.

Outre les rapprochements entre approche critique et réalisme politique, l'absence d'objectivité inhérente au droit international défendue par les *NAIL* invite à se demander si ces derniers s'inscrivent encore dans une analyse scientifique du droit international, ou du moins dans une approche positiviste en tant que science. Il est intéressant d'observer à ce propos qu'Anne Orford, dans un récent article proposé au sein de l'*European Journal of International Law*, sur la science du droit, n'évoque à aucun moment les *NAIL*¹¹⁴. De son côté, Fernando Tesón, l'un des plus fervents défenseurs d'une théorie libérale du droit international, conteste par exemple l'idée selon laquelle l'oppression des femmes serait inhérente au droit international et à la définition de l'État. Il considère notamment que les féministes radicales devraient s'astreindre à détacher leur position intellectuelle des facteurs politiques et sociaux qui interfèrent avec la recherche scientifique. Il regrette en particulier leur rejet de la méthode rationaliste qui conduit selon lui à l'absence d'analyse objective du droit international¹¹⁵. Anne Orford, pourtant proche des analyses critiques, s'interroge pour sa part, sur le risque d'impérialisme des positions féministes¹¹⁶.

¹⁰⁹ Harold Hongju Koh, « Transnational Legal Process » (1996) 75 *Neb L Rev* 181 à la p 192 [Koh]. Voir notamment les propos de Martti Koskenniemi, « International Law After Postmodernism: Towards Renewal or Decline of International Law? » (2001) 14:4 *Leiden J Int'l L* à la p 735.

¹¹⁰ Koh, *supra* note 109.

¹¹¹ Skouteris, *supra* note 4 à la p 420.

¹¹² Purvis, *supra* note 30 aux pp 116, 120.

¹¹³ Cass, *supra* note 48 à la p 372.

¹¹⁴ Anne Orford, « Scientific Reason and the Discipline of International Law » (2014) 25:2 *EJIL* aux pp 369-85.

¹¹⁵ Fernando R Tesón, *A Philosophy of International Law*, Boulder, Westview Press, 1998 aux pp 169-70, 175-176.

¹¹⁶ Anne Orford, « Feminism, Imperialism and the Mission of International Law » (2002), *Nordic J Int'l L* à la p 275. Voir également Bachand, *supra* note 63.

III. Vers un renouvellement des « nouvelles approches » ?

En dépit des vives critiques dont elles ont pu faire l'objet, au point que ses partisans ont pu être qualifiés de nihilistes, les idées défendues par les *NAIL* n'ont pas totalement disparues. D'abord, elles trouvent depuis quelques années un écho favorable, en particulier parmi les internationalistes européens. Alors même que les auteurs affiliés au mouvement s'estiment peu visibles au sein de la doctrine, leurs travaux sont assez largement reconnus en Europe où le succès de ces approches est loin d'être négligeable. Il suffit de faire état des nombreuses publications parues au cours des années 2000, s'inscrivant dans une large opération de diffusion de l'approche critique en Europe, en langue française¹¹⁷ et en langue anglaise¹¹⁸. Plusieurs auteurs européens reprennent la méthode de la déconstruction dans leurs propres analyses du droit international tout en tenant compte de ses limites. On peut citer les travaux d'Emmanuelle Jouannet qui, sans adhérer à toutes les idées des *NAIL*, inscrit ses travaux dans une perspective critique qui en est proche, témoignant de l'influence exercée par ces « nouvelles approches ». En Europe, les séminaires consacrés aux approches critiques au sein des facultés de droit se sont multipliés. Sahib Singh à Vienne, proposait en 2013 un séminaire sur « *critical thinking and theory in international law* ». Des cycles de séminaires organisés à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne ont également été consacrés à ces questions. Au début des années 2000, David Kennedy avait enseigné à l'Université Paris 2 Panthéon Assas¹¹⁹. Les activités et publications de la Société européenne pour le droit international (S.E.D.I.) témoignent aussi de cet « engouement » pour les *NAIL*. On trouve par exemple dans le journal européen de droit international paru en 2014 une contribution d'Arnulf Becker Lorca, étudiant de David Kennedy à Harvard, au sein de la rubrique « *new voices* »¹²⁰. Le féminisme a également suscité un intérêt grandissant parmi les membres de la Société européenne. Un groupe d'intérêt intitulé « féminisme et droit international » a été constitué ; une table ronde sur ces questions a été organisée lors de la dernière conférence de la S.E.D.I. en 2014. Un an plus tôt, l'un des forums de recherche de la Conférence de la S.E.D.I., organisé à Amsterdam, invitait à réfléchir sur le droit international comme profession, comme un écho aux écrits de David Kennedy sur le droit international comme projet professionnel.

En parallèle, les partisans des *NAIL* ont essayé, pour certains, de répondre aux critiques qui leur ont été faites à leur encontre. En Europe, Martti Koskeniemi, considérant que la critique de l'objectivisme à laquelle il procède n'entraîne ni anarchie, ni nihilisme cynique, affirme par exemple :

¹¹⁷ Martti Koskeniemi, *La politique du droit international*, Paris, Pedone, Coll. Doctrine(s), 2007 ; Berman, *supra* note 54; Bachand, *supra* note 10; Olivier Corten, *Le discours du droit international. Pour un positivisme critique*, Paris, Pedone, Coll. Doctrine(s), 2009 ; Hilary Charlesworth, *Sexe, genre et droit international*, Paris, Pedone, 2013.

¹¹⁸ Sari Kouvo et Zoe Pearson, *Feminist Perspectives on Contemporary International Law: Between Resistance and Compliance?*, Oxford, Hart Publishing, 2011; Pour une appréciation critique, voir Maryline Grange dans *Revue générale de droit international public*, 2012/1; Également Beneyto et Kennedy, *supra* note 49.

¹¹⁹ Voir la publication issue du cours dispensé : David Kennedy, « Les clichés revisités, le droit international et la politique » dans *Droit international 4*, Paris, Pedone, 2000 aux pp 8-178.

¹²⁰ Arnulf Becker Lorca, « Petitioning the International: A "Pre-history" of Self-determination » (2014) 25:2 EJIL 497 aux pp 497-23.

[t]o renounce critical reflexion simply as one feels that it will lead to nihilism is not in itself a rational counter-argument. It simply betrays another, and possibly aggravation of nihilism as it argues, in effect, that it is better to continue living in an illusion, whatever the consequences, rather than to analyze what part of illusion might be worth preserving and what simply obstruct constructive effort¹²¹.

Cette remarque illustre la volonté du mouvement critique de faire prendre conscience aux internationalistes que la subjectivité inhérente à toute analyse juridique est nécessairement biaisée¹²². Une partie d'entre eux cherchent, tout en acceptant cette subjectivité, à l'intégrer dans l'étude du droit international en vue de proposer de nouvelles réponses aux défis internationaux¹²³.

De son côté, David Kennedy invite lui aussi à un renouvellement des réflexions des *NAIL*. Selon lui, « *[n]ew approaches for this century might begin by clearing the ground* »¹²⁴. Les initiatives de l'auteur sur les nouveaux défis de la gouvernance témoignent de cette approche, à l'image de la présentation de l'*Institute for global law and policy* à Harvard, dont il est le directeur :

novative approaches to global policy in the face of a legal and institutional architecture manifestly ill-equipped to address our most urgent global challenges. Global poverty, conflict, injustice and inequality are also legal and institutional regimes. The IGLP explores the ways in which they are reproduced and what might be done in response. [...] To provide a platform at Harvard for new thinking about international legal and institutional arrangements, with particular emphasis on ideas and issues of importance to the global South¹²⁵.

Ces orientations illustrent la continuité et la vitalité de l'approche critique au sein de la doctrine. Elles montrent également tout l'intérêt à découvrir ou redécouvrir les thèses défendues par les partisans de ce projet disciplinaire. Il reste difficile d'inclure ou d'exclure les *NAIL* des approches plus classiques de la discipline. Et, en fin de compte, opérer une telle tentative n'aurait pas de véritable sens. Ce qu'il convient de retenir nous semble-t-il, est la prise de conscience à laquelle nous invitent les internationalistes critiques, quelles que soient leurs origines, de ce que l'étude du droit ne peut se limiter à une approche formaliste des règles, mais doit au contraire inciter à se rapprocher d'un positivisme pragmatique et critique.

¹²¹ Koskenniemi, *supra* note 51 à la p 478.

¹²² Purvis, *supra* note 30 à la p 120.

¹²³ Delabie, *supra* note 9 à la p 368.

¹²⁴ Beneyto et Kennedy, *supra* note 49 à la p x.

¹²⁵ Harvard Law School, « About IGLP » (2016), en ligne : Institute for Global Law & Policy <<http://www.harvardiglp.org/>>.