

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LE RESPECT DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS HUMAINS AU SEIN
DU SYSTÈME DE LA COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE
L'HOMME : LA PERTINENCE D'UNE ANALYSE CONSTRUCTIVISTE

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR
SABRINA TREMBLAY-HUET

MARS 2015

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont à mon directeur de mémoire, professeur Rémi Bachand. Je lui suis particulièrement reconnaissante de m'avoir insufflé une passion pour les théories du droit international, et un raisonnement critique basé sur celles-ci. Cela guidera et inspirera tout mon cheminement dans ce champ. Je n'aurais pu souhaiter de directeur plus approprié et dévoué pour mon mémoire. Je le remercie vivement d'avoir accepté cette direction. Ce mémoire ne serait certes pas ce qu'il est sans ses conseils et son appui précieux.

Mes remerciements sincères vont également au professeur Bernard Duhaim. J'ai su que le domaine des droits humains était la voie académique et professionnelle que je souhaitais poursuivre à la suite de son cours au baccalauréat, et suis convaincue que je dois ceci à sa pédagogie exceptionnelle. Son dévouement à la réussite de ses étudiants a eu un grand impact sur mon parcours et sur ma confiance en ma propre réussite. Je me considère privilégiée d'avoir eu l'opportunité d'être de ses étudiants lors de mon parcours à l'UQAM.

Des remerciements importants sont également à faire aux organismes suivants : l'Institut d'études internationales de Montréal, le Département des sciences juridiques de l'UQAM, les Éditions Wilson & Lafleur, la Fondation de l'Université du Québec ainsi que la Fondation de l'Université du Québec à Montréal. Sans leur appui financier, dont j'ai eu l'honneur de bénéficier, la réalisation de ce mémoire aurait sans doute été bien plus ardue.

La valeur de ces soutiens est inestimable, et j'en suis profondément reconnaissante.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ.....	vii
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE I	
LE COURANT DES <i>LAW AND ECONOMICS</i> : UN RÉALISME ADDITIONNÉ	
DE SCIENCES ÉCONOMIQUES AU SERVICE DE L'EFFICACITÉ	
RATIONNELLE DU DROIT.....	
1.1	Éléments communs aux <i>Law and Economics</i> : l'économie aux fins d'un droit rationnel.....
	21
1.1.1	La théorie des jeux et ses théorèmes : guide suprême de l'analyse <i>Law and Economics</i>
	22
1.1.2	La rationalité des acteurs : incontournable facteur d'une analyse économique du droit.....
	24
1.2	Eric Posner, Jack Goldsmith et Alan Sykes : le conservatisme transposé au droit international.....
	32
1.2.1	« The Limits of International Law » et le but d'une théorie des <i>Law and Economics</i> appliqué au droit international.....
	33
1.2.2	« Economic Foundations of International Law » et la définition du droit international et du système international.....
	35
1.2.3	La logique économique appliquée au régime international de protection des droits humains : un paradoxe difficile à manœuvrer.....
	37

1.2.3.1	Posner et Goldsmith et la conception méfiante du régime international de droits humains.....	38
1.2.3.2	La souveraineté par rapport aux droits humains : difficilement réconciliables pour les <i>Law and Economics</i>	41
1.3	Andrew T. Guzman et un conservatisme hybride adapté au droit international moderne : un oxymore s'il en est.....	43
1.3.1	La théorie proposée par Guzman : l'importance accrue du droit international et de la théorie prédictive.....	43
1.3.2	La <i>soft law</i> dans l'éventail du droit international : la sanction fait place à la réputation.....	46
1.3.3	Les rapprochements avec la théorie libérale : les organisations internationales et les facteurs domestiques.....	50
1.3.4	Les <i>Law and Economics</i> traditionnels reviennent au galop : les éléments essentiels de choix rationnel et d'acteurs à intérêts égoïstes.....	52
1.3.5	La proposition théorique de Guzman est-elle réellement applicable aux droits humains ?.....	53
CHAPITRE II		
LES MANIFESTATIONS DU LIBÉRALISME CONTEMPORAIN EN DROIT INTERNATIONAL.....		
2.1	Les racines historiques du libéralisme et des droits humains.....	57
2.2	Beth A. Simmons et la démonstration du pouvoir des traités internationaux de droits humains.....	59
2.2.1	Le fonctionnement de la puissance de la contraignabilité en droit international des droits humains.....	63

2.2.2	Facteurs ontologiques domestiques: une dissociation des <i>Law and Economics</i> et une continuité du libéralisme classique.....	64
2.2.3	Les exceptions de la théorie de Simmons: les faux positifs et les faux négatifs.....	66
2.2.4	Les obstacles théoriques à une application cohérente de la théorie de Simmons aux faits sociaux de la Commission.....	72
2.3	Anne-Marie Slaughter et l'approche de politiques publiques en droit international.....	77
2.3.1	Le nouvel ordre mondial: la proposition phare de Slaughter.....	78
2.3.2	La rationalité libérale par rapport à la rationalité des <i>Law and Economics</i> : exemplification par une critique de Posner par Slaughter.....	82
2.3.3	L'histoire se répète: la <i>soft law</i> ne trouve pas son compte dans la proposition théorique de Slaughter.....	85

CHAPITRE III

LE CONSTRUCTIVISME CADRANT UNE PROPOSITION D'INTERPRÉTATION DES FAITS SOCIAUX ENTOURANT LA PRATIQUE DE LA COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME.....

3.1	Précisions ontologiques et épistémologiques du cadre théorique de notre analyse de la Commission.....	90
3.2	L'identité juridique de la Commission explorée par ses activités: les faits sociaux permettant une conclusion théorique constructiviste.....	95
3.3	Pourquoi les États respectent-ils le droit international des droits humains? Les indices des outils de légitimation utilisés par la Commission.....	99

3.4 Implications théoriques de notre proposition liées au concept de *soft law*....111

CONCLUSION.....117

BIBLIOGRAPHIE122

RÉSUMÉ

Le travail de la Commission interaméricaine des droits de l'homme est impressionnant. Toutefois, cette entité ne bénéficie pas d'un pouvoir contraignant au sens positiviste du terme en droit international; elle accomplit son travail par l'entremise de la *soft law*. Lorsque l'on se tourne vers les théories du droit international pour cadrer une réflexion sur le sujet, force est de constater que les théories rationalistes dominantes actuelles ne sont pas satisfaisantes pour une interprétation cohérente de la participation étatique aux activités de la Commission. Cette réalisation mène à un questionnement de base : comment interpréter le respect étatique du droit international, si ce n'est pas par le facteur de contraignabilité de ce dernier?

Ce mémoire cherche à poser des pistes de réflexion en ce sens, par l'entremise du cas de cette institution régionale. Les écrits d'auteurs dominants du domaine sont sondés sur la question, parmi les courants théoriques des *Law and Economics* et du libéralisme. Les résultats sont déconstruits afin de démontrer l'inaptitude de ceux-ci à interpréter de façon pertinente la problématique à l'étude. Une proposition théorique est offerte, largement influencée par les écrits constructivistes en droit international, Relations internationales et sociologie, dans un effort d'analyse holistique, consciente de la richesse des apports d'autres disciplines des sciences sociales. L'aboutissement de cette réflexion est une proposition de non cohérence de la distinction *soft law* et *hard law* en droit international des droits humains.

MOTS-CLÉS: respect du droit international, droits humains, *soft law*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Law and Economics*, libéralisme, constructivisme.

INTRODUCTION

Le droit international des droits humains représente un phénomène relativement récent dans le domaine juridique international, méritant une attention théorique soutenue, particulièrement critique, considérant ses implications fondamentales pour les individus et populations dont les droits sont violés ou à risque. L'attention théorique qui lui est accordée, lorsqu'elle est basée sur des théories existantes de Relations internationales ou de droit international, doit tenir compte de la nature hybride de ce domaine; il ne s'agit pas que de relations d'État à État, tel que le prescrit le droit international classique, mais plutôt de relations d'État à individus ou groupes d'individus. De surcroît, le droit international des droits humains revêt la forme de droit contraignant, mais également de droit non contraignant, prescriptif seulement sur la base d'une autorité de valeurs ou de considérations politiques. Le caractère binaire de ce domaine, jumelant *hard law* et *soft law*, est une composante fondamentale à théoriser, considérant que la *soft law* est majoritaire dans les manifestations de ce type de droit international, alors que les théoriciens y accordent bien souvent une valeur moindre.

La *soft law* incarne, aux fins de ce mémoire, les codifications formelles du droit international non accompagnées d'un caractère contraignant explicite, en théorie sans mécanisme de contrôle ; ceci se traduit, par exemple, dans la distinction entre un traité (*hard law*) et une déclaration (*soft law*). Nous adhérons en ce sens à la définition qu'en donne la professeure Isabelle Duplessis, qui qualifie de *soft law* les instruments qui cherchent « à inciter une action normative de la part des États mais

sans toutefois faire appel à la contrainte juridique »¹. La création de ces instruments étaient auparavant surtout chapeauté par des organisations internationales, mais avec la prolifération du phénomène, des ententes normatives entre États ainsi que des textes normatifs produits par des entités non étatiques ont également revêtu la forme de *soft law*². Notre conception de cette forme de droit rejoint également celle de Matthias Goldmann, qui affirme qu'il est aujourd'hui évident que plusieurs organisations internationales, formelles ainsi qu'informelles, créent des normes qui ne soient pas conçues comme étant juridiquement contraignantes par leurs auteurs³. Goldmann propose que les résultats doctrinaux de ce phénomène, c'est-à-dire principalement le fait que la responsabilité étatique ne soit pas engagée lors de violations de ce type de normes, sont bien « compris », mais que les interprétations théoriques sont bien plus énigmatiques⁴.

Cependant, d'autres critères peuvent guider la définition de la *soft law* pour différents auteurs. Notons par exemple, tels que relevés par les éditeurs d'un numéro spécial du *Leiden Journal of International Law* dédié à cette forme de droit, un manque de précision, des normes à caractère indéfini, et les types d'acteurs desquels les normes émanent⁵. Kenneth W. Abbott et Duncan Snidal ont également une vision plus large de ce qui peut constituer de la *soft law*. Pour ces auteurs, une entente internationale légalisée devient souple lorsqu'un élément d'obligation, de précision

¹ Duplessis, Isabelle, « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international » (2008) Hors-série 2007 RQDI, à la p. 247.

² *Ibid.*

³ Goldmann, Matthias, « We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law » (2012) 25 : 02 *Leiden J Int'l L*, à la p. 335.

⁴ *Ibid.*, à la p. 336. L'article propose des pistes de réflexion fort intéressantes pour le propos de ce mémoire. Voir par exemple, à la page 336, l'argument de l'auteur selon lequel le concept de droit international n'est pas « naturellement défini », ce qui le mène à proposer une réflexion sur la pertinence de distinguer la *soft law* alors qu'elle revêt la forme et la fonction de la *hard law*.

⁵ Aalberts, Tanja et Jean D'aspemont, « Which Future for the Scholarly Concept of Soft International Law? Editors' Introductory Remarks » (2012) 25 : 2 *Leiden J Int'l L*, à la p. 311.

et/ou de délégation est « affaibli »⁶. Précisons donc d'emblée ce que nous entendons par *soft law* : il s'agit ici de textes normatifs et de jugements sous la forme de recommandations, émis par des entités internationales, qui ne sont pas contraignants.

Le système interaméricain de protection des droits humains présente une occasion intéressante pour l'étude du phénomène juridique binaire et ses implications. En effet, les Amériques sont sous la supervision et la protection régionale d'un système combinant les efforts de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (ci-après la « Commission »), organe dont les normes ne sont pas contraignantes, et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après la « Cour »), organe dont les normes sont quant à elles contraignantes, toutes deux entités de l'Organisation des États américains (OÉA). Parmi les systèmes régionaux de protection des droits humains, celui-ci présente la meilleure plateforme d'étude du respect étatique de ces droits. L'Asie ne bénéficie pas d'un système régional sur le sujet, si ce n'est que de l'existence récente et limitée de la Commission intergouvernementale de l'Association des Nations du Sud-Est Asiatique sur les Droits de l'homme⁷; le Moyen-Orient non plus, considérant que la Cour arabe des Droits de l'homme, accompagnant le Comité arabe des Droits de l'homme en la matière, n'est pas encore en fonction⁸; l'Europe ne bénéficie plus aujourd'hui d'un

⁶ Abbott, Kenneth W., et Duncan Snidal, « Hard and Soft Law in International Governance » (2000) 54 : 3 Int'l Org, à la p. 422.

⁷ Cette Commission a des pouvoirs très limités; entre autres, elle ne reçoit pas de communications individuelles. « AICHR - ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights », en ligne: ASEAN <<http://aichr.org>>.

⁸ Au moment de rédiger ces lignes, il fut annoncé que l'établissement d'une telle Cour se concrétiserait au Bahreïn. Elizabeth Dickinson, « Bahrain selected as HQ of Arab Court for Human Rights » (3 septembre 2013), en ligne: The National <<http://www.thenational.ae/news/world/middle-east/bahrain-selected-as-hq-of-arab-court-for-human-rights>>; « Arabic Human Rights Committee », en ligne: League of Arab States <http://www.lasportal.org/wps/portal/las_en_humanrights/homepage!/ut/p/c5/dY7LcoIwGEafpQ_Q-f8gErdgMFxKBYqC2TjgJRMJSS2djuL0tTPder7l-RYHBDxm2h8l229lTauhAeHtkZTVJuUEucsCjGmROt42zjChkICQ2naPZ80O_Y1ZX7KQleMUo146J1nHXIXJh_XDLNKvg6H3POjxUMx20rLBVGr-

système binaire alliant une entité non contraignante avec une entité contraignante, ne laissant place qu'au système prescriptif de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) depuis 1998⁹; et le système africain présente un tel système, constitué de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁰, mais dont l'activité n'est pas aussi fertile que dans les Amériques¹¹, réduisant ainsi considérablement les bases d'étude.

En matière de protection régionale des droits humains dans les Amériques, les États font face à deux juridictions: l'une avec un pouvoir politique de recommandation, et l'autre avec un pouvoir décisionnel de sanction. Ce qui nous intéresse le plus, au vu de ses incohérences pratiques avec les théories dominantes guidant l'enseignement du droit international, est le respect étatique des recommandations de la Commission, alors que celles-ci se basent sur des normes de *soft law*. Quelle est donc l'autorité de la Commission? Ou, quelle est son identité, comment s'est-t-elle formée, et comment se transforme-t-elle? Pourquoi les États acceptent-ils l'autorité hybride de la Commission, qui concerne des affaires à la base uniquement internes?

Mais d'abord, qu'est-ce que cette Commission? Elle agit sous l'égide de l'OÉA. L'OÉA est la forme récente de l'institutionnalisation politique des Amériques qui est plus que centenaire; en effet, les États-Unis ont initié en 1889 une série de

1Ux5oanGmBtSq5P7duE4pkt1xhyFPeFw8V0I_moVuP1uNiwZa5LT55pZmcrqP-KnxdW3r9_go_wHtnhBJ99hxfXf_kFh0BA8g!!/dl3/d3/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/>.

⁹ « Réforme de la Cour », en ligne: Cour européenne des droits de l'homme <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/reform&c=fra#n13740489754493224534507_pointer>.

¹⁰ La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples comptait au 4 janvier 2013 209 décisions sur communications à son actif: « Les décisions sur les communications », en ligne: Commission africaine des droits de l'homme et des peuples <<http://www.achpr.org/fr/communications/decisions/>>.

¹¹ La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples comptait au 4 janvier 2013 26 cas à son actif: « État des affaires », en ligne: Cour africaine des droits de l'homme et des peuples <<http://www.african-court.org/fr/index.php/2012-03-04-06-06-00/etat-des-affaires>>.

conférences régionales, avec le but de développer leurs relations économiques¹². En 1910, ces rencontres et leurs participants se sont officialisés sous le nom de l'Union des républiques américaines, et d'un bureau commercial, l'Union panaméricaine¹³. La neuvième conférence de ce type eut lieu à Bogotá, en Colombie, en 1948¹⁴; elle culmina en la signature de la Charte de l'Organisation des États américains (ci-après la « Charte »), qui sera modifiée à quatre reprises, en 1967, 1985, 1992 et 1993¹⁵. Aujourd'hui, les 35 États indépendants des Amériques sont membres de l'OÉA¹⁶, ayant ratifié sa Charte constitutive. Cela inclut Cuba depuis 2009, mettant fin à la suspension de son droit de vote en 1962¹⁷.

L'organisation politique régionale décrit les buts motivant sa création à l'article 1 de la Charte: « Les Etats américains consacrent dans cette Charte l'Organisation internationale qu'ils ont établie en vue de parvenir à un ordre de paix et de justice, de maintenir leur solidarité, de renforcer leur collaboration et de défendre leur souveraineté, leur intégrité territoriale et leur indépendance. [...] »¹⁸. Post-Seconde Guerre mondiale, l'OÉA devint fort active en matière d'adoption de textes non contraignants et contraignants liés à la protection des droits humains. L'un des textes les plus importants est certainement la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (ci-après la « Déclaration », qui n'est pas un document contraignant au sens traditionnel des obligations en droit international, le texte ne comprenant aucune disposition concernant les modalités de ratification, d'entrée en vigueur, ou de mécanisme de contrôle), adoptée à Bogotá en 1948 à la même

¹² Stoetzer, O. Carlos, *The Organization of American States*, Westport, Praeger, 1993, à la p.13.

¹³ *Ibid*, à la p. 14.

¹⁴ *Ibid*, à la p. 28.

¹⁵ *Charte de l'Organisation des États américains*, 30 avril 1948, 1609 RTNU 406 [modifiée en 1967, 1985, 1992 et 1993].

¹⁶ « Member States », en ligne : Organisation des États américains
<http://www.oas.org/en/member_states/default.asp>.

¹⁷ OEA, Assemblée générale, 39e session, *Resolution on Cuba*, AG/RES. 2438 (XXXIX-O/09) (2009).

¹⁸ Charte de l'Organisation des États américains, *supra* note 15, à l'article 1.

occasion de l'adoption de la Charte¹⁹. Elle formera la base normative de la Commission en matière de protection des droits humains, jusqu'à l'adoption de la Convention américaine relative aux droits de l'homme²⁰. La création de la Commission fut prévue à l'article 106 de la Charte: « Il y aura une Commission interaméricaine des droits de l'homme, dont la principale fonction consistera à promouvoir le respect et la défense des droits de l'homme et à servir, dans ce domaine, d'organe consultatif à l'Organisation. »²¹. Il est donc clair, par la formulation d'« organe consultatif », que la Commission n'est pas prévue par la Charte comme étant une entité contraignante, dans la même lignée que la Déclaration.

Que fait donc dans la pratique cette entité de supervision et de protection des droits humains dans les Amériques, alors qu'elle ne se vit pas attribuer de pouvoirs contraignants? Ses fonctions sont détaillées à la section IV de son Statut²². Ses fonctions les plus actives sont le traitement de pétitions déposées par des individus, groupes d'individus ou organisations non gouvernementales (ONG) alléguant des violations de leurs droits²³, l'émission de rapports contenant des recommandations sur la situation des droits humains dans un contexte donné²⁴, ce qui a pris dans la pratique particulièrement la forme de rapports thématiques pris en charge par des rapporteurs spéciaux ainsi que des rapports spécifiques à un État²⁵, les visites d'observation *in loco* dans les États qui en font la demande ou qui ont accepté la

¹⁹ OEA, Assemblée générale, *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, Doc. off. OEA/Ser.L/V.II.23/Doc.211, rev. 6 (1948). [Veuillez noter que les textes constitutifs officiels de la Commission interaméricaine des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sont disponibles à l'adresse : <http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/toc.htm>].

²⁰ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 RTNU 123.

²¹ Charte de l'Organisation des États américains, *supra* note 15, à l'article 106.

²² OÉA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Statut de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, (1979).

²³ *Ibid*, aux articles 19 et 20.

²⁴ *Ibid*, article 18, paragraphes b) et c).

²⁵ OÉA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, (2009), à l'article 15.

requête de la Commission²⁶, et l'émission de mesures conservatoires, qui sont des requêtes de protection d'une personne ou d'un groupe de personnes soumises à un État donné qui fait l'objet d'une procédure auprès de la Commission, afin de prévenir des torts irréparables en matière de droits humains²⁷.

En ce qui concerne les pétitions, la compétence de la Commission se distingue selon l'État en cause. Un État membre de l'OÉA sera sous la juridiction de la Commission, ayant ratifié la Charte, et aura pour responsabilité de respecter, protéger et mettre en oeuvre de bonne foi les droits contenus dans la Déclaration. Un État membre qui aura ratifié la Convention, sera également sous la compétence de la Commission, mais aura pour responsabilité de respecter, protéger et mettre en oeuvre les droits plus larges et détaillés contenus dans cet instrument supplémentaire. Un État ayant ratifié la Convention pourra également entreprendre d'accepter la compétence de la Cour; ceci est donc un geste explicite de reconnaissance de son autorité juridique. Dans ce dernier cas, l'État sera sous la juridiction de la Commission, aura pour responsabilité de respecter, protéger et mettre en oeuvre les droits contenus dans la Convention, et de surcroît, sera sous la juridiction de la Cour émettant des décisions contraignantes, lorsque la Commission aura référé des cas à celle-ci²⁸.

La Commission n'émet donc pas de jugements contraignants; elle émet des recommandations (qui toutefois revêtent une forme juridique, notamment par le langage utilisé), ou arbitre des règlements à l'amiable. Elle travaille de concert avec la Cour, étant une partie représentée pour tous les cas entendus par la Cour²⁹. La Cour est une entité exclusivement juridictionnelle. Elle n'entend des cas que s'ils sont

²⁶ Statut de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, *supra* note 22, à l'article 18 paragraphe g).

²⁷ Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, *supra* note 25, à l'article 25.

²⁸ Convention américaine relative aux droits de l'homme, *supra* note 20, aux articles 44-51.

²⁹ Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, *supra* note 25, à l'article 28.

référé directement par la Commission, ou par un État membre lorsqu'il s'agit d'un cas déjà porté devant la Commission³⁰. La Cour a également la fonction d'émettre des mesures provisoires, qui sont dans la même lignée des mesures conservatoires de la Commission, à la différence qu'elles sont contraignantes pour les États, et qu'elles sont réservées à des cas d'extrême gravité et urgence³¹. Si l'on résume le fonctionnement du système de protection des droits humains interaméricain, tous les États des Amériques, puisque membres de l'OÉA, sont *ipso facto* sous la juridiction non contraignante (si nous pouvons nous permettre cet oxymore) de la Commission. Ainsi, cela inclut également les États qui sont sous la juridiction (ici le terme est exact) de la Cour.

Le volume des activités de la Commission est impressionnant; un bref survol des activités récentes (2013) de la Commission illustre ce propos. Durant cette année, la Commission a effectué des visites officielles en République dominicaine, au Suriname, en Argentine, au Honduras, au Canada et au Guatemala³². Elle a reçu 2061 pétitions³³, desquelles elle en a accepté 123 pour traitement³⁴. La Commission avait, à la fin de 2013, 1753 cas pendants³⁵. Elle a reçu 400 demandes de mesures conservatoires³⁶, et en a accordé 26³⁷. Les États participent également aux procédures de règlement à l'amiable des cas de la Commission dans lesquels ils sont en cause: en 2012, six cas furent réglés ainsi³⁸. Il est intéressant de noter que toutes les activités de la Commission sont en augmentation croissante depuis ses débuts, à un rythme

³⁰ *Ibid*, aux articles 35 et 36; OEA, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, (1979), à l'article 61.

³¹ *Ibid*, à l'article 27.

³² « IACHR Annual Report 2013 », en ligne : Organisation des États américains <<http://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2013/TOC.asp>>, au chapitre I : *Activities of the IACHR during 2013* – section B, aux pp. 16 à 19.

³³ *Ibid*, au chapitre II : *The Petition and Case System* - section B, à la p. 40.

³⁴ *Ibid*, à la p. 41.

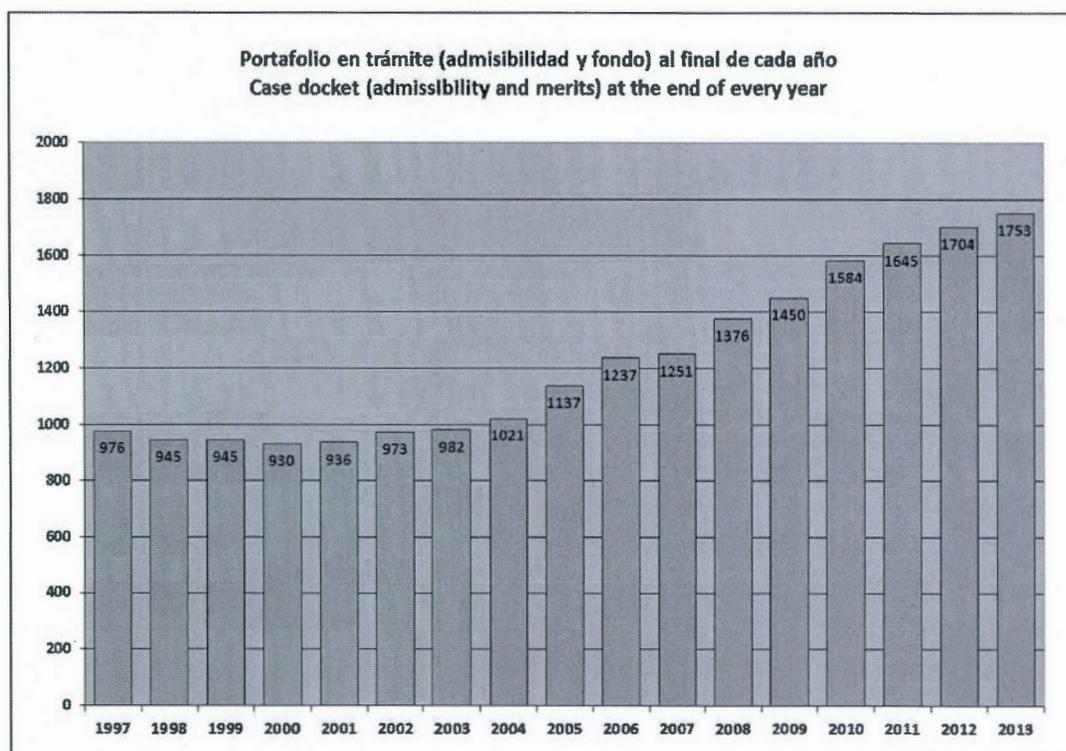
³⁵ *Ibid*, à la p. 48.

³⁶ *Ibid*, à la p. 56.

³⁷ *Ibid*, à la p. 57.

³⁸ *Ibid*, à la p. 51.

régulier, démontrant l'importance continuellement grandissante de cette entité dans les Amériques, et son actualité et pertinence maintenant plus que jamais. Le graphique ci-dessous, tiré du rapport annuel 2013 de la Commission, illustre clairement ce propos, prenant en exemple les cas de pétitions pour fins de traitement³⁹.



Mais est-ce que l'autorité non contraignante de la Commission produit des résultats positifs? Dans son rapport annuel de 2013, la Commission présente un tableau avec le statut du respect de ses recommandations pour tous les cas décidés de 2000 à 2012, les plaçant sous l'onglet de conformité totale (*total compliance*), de conformité partielle (*partial compliance*), ou de conformité toujours attendue (*pending compliance*). Sur un total de 175 cas (certains incluant plusieurs pétitions

³⁹ *Ibid*, à la p. 48.

regroupées ensemble, et plusieurs cas où la Commission a arbitré des règlements à l'amiable), 142 cas sont classés sous les onglets de conformité totale ou conformité partielle⁴⁰, c'est-à-dire que dans environ 81% des cas, les États respecteront ou respecteront partiellement les recommandations ou l'arbitrage de la Commission; c'est énorme.

Pourrait-on affirmer qu'il s'agit de fausses variables, et qu'ainsi les recommandations de la Commission n'ont eu aucun effet réel? Autrement dit, pourrait-on proposer que l'État aurait eu l'intention de répondre à ces allégations de violations de droits humains par des agents étatiques de la même façon, sans l'intervention de la Commission? Nous pouvons avec confiance affirmer que non; les voies de recours judiciaires internes doivent être épuisées avant de pouvoir déposer une pétition auprès de la Commission⁴¹. Il est clair que des actions de respect de l'autorité de la Commission ne sont pas nécessairement constantes ni généralisées. Cependant, elles sont présentes de façon significative relativement à notre cas d'étude, tel que le confirment les statistiques sur ses activités présentées ci-dessus. Ce respect en quantité assez importante est ce qui nous inspire ce questionnement théorique sur le rôle de la *soft law* en matière de droit international des droits humains, opposant les faits sociaux pertinents aux théories dominantes.

Nous reconnaissons le caractère potentiellement simplifié du portrait de la réalité sociale que brosse la Commission par ces données. Cependant, une analyse factuelle d'un échantillon significatif de cas précis nécessiterait un espace important dans ce court mémoire. Aux fins de ce travail démontrant la pertinence de l'analyse constructiviste pour l'étude de la dichotomie *soft law/hard law* en matière de protection des droits humains, nous estimons que les résultats présentés par la

⁴⁰ *Ibid*, au chapitre II: *The Petition and Case System* - section D - aux pp. 75 à 84.

⁴¹ Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, *supra* note 25, à l'article 28 paragraphe 8.

Commission sur ses activités suffisent pour constituer un cas d'exemple pouvant être utilisé pour notre démonstration théorique.

En somme, le travail de la Commission est fort actif, dû aux demandes des populations des Amériques, et dû à la participation étatique au processus de protection supranationale des droits humains assumé par cette entité, justifiant son existence. Cela défie pourtant la logique enseignée par la plupart des théories dominantes du droit international. Les faits accompagnant la pratique de la Commission mènent en effet à de nombreux questionnements théoriques, particulièrement lorsque l'on a été exposé principalement qu'aux théories rationalistes, et/ou comprenant des éléments réalistes et positivistes omniprésents. Ces questionnements s'imposent dans la mesure où les définitions du droit auxquelles nous sommes le plus souvent confrontées cadrent difficilement avec les faits que nous étudions. En effet, au sein de dictionnaires juridiques classiques ou modernes, de telles définitions sont de ce ressort: « Les règles de droit se distinguent des règles morales qui s'imposent à la conscience mais ne comportent pas de sanction de l'autorité publique. »⁴²; « la règle de droit est **obligatoire** [*surlignement dans le texte original*]: quiconque ne la respecte pas encourt des sanctions. »⁴³; « Ensemble des règles qui régissent la conduite de l'homme en société (ce que chacun peut faire ou ne pas faire) et dont le respect est assuré, le cas échéant, par la puissance publique. »⁴⁴. Et force est de constater que ce sont les références de droit interne et du système l'entourant qui sont fréquemment utilisées pour caractériser et analyser le droit international. Plusieurs théories récentes s'appuient largement sur de tels concepts; nous pourrions le constater au premier plan par le premier chapitre de déconstruction

⁴² Corniot, S. (Secrétaire de la rédaction), *Dictionnaire de droit - Tome 1 - A-I*, 2^e éd, Paris, Librairie Dalloz, 1966, à la p. 635.

⁴³ Cavalerie, R., M. Fontaine et J.A. Hassenforder, *Dictionnaire de droit*, Collection Plein Pot Dico, Vanves, Éditions Foucher, 1996, à la p. 151.

⁴⁴ Bissardon, Sébastien, *Guide du langage juridique - Vocabulaire, pièges et difficultés*, 3^e éd, Paris, LexisNexis Litec, 2009, à la p. 236.

de la théorie des *Law and Economics*, ainsi que celui de déconstruction de la théorie libérale de ce mémoire.

Ainsi, le cas du rôle et des activités de la Commission en matière de droits humains s'intègre particulièrement maladroitement dans la conception traditionnelle du droit. Est-ce la nature des droits humains qui s'adapte bien au non contraignant, en comparaison avec d'autres types de droits? Si oui, peut-on tout de même affirmer qu'il s'agit de droit international? Comment la Commission détourne-t-elle les principes sacro-saints de souveraineté et de non-ingérence dans les affaires internes des États consacrés dans la Charte de l'Organisation⁴⁵? Nous pouvons nous demander quels sont les outils identitaires que la Commission utilise pour se forger une identité qui fait de plus en plus autorité, une identité qui se transforme continuellement plutôt que de demeurer fixe. Une précision s'impose toutefois: la question n'est pas de savoir pourquoi les droits humains dans les Amériques *sont respectés*, car il existe tristement de sérieuses lacunes pour que ceci soit une réalité généralisée. Nous nous questionnons plutôt quant à interpréter pourquoi les États semblent enclins à respecter le droit international de protection des droits humains, lorsqu'il s'agit de supervision et de réprimande supranationale régionale. Nous cherchons à explorer la distinction *hard law* versus *soft law*. Celle-ci, théorique, produit-elle réellement une différence dans la pratique de protection des droits humains?

Les objectifs de ce mémoire partent d'une exploration critique constructiviste, en tant qu'alternative aux courants dominants du domaine, des effets réels et théoriques d'une situation juridique internationale binaire en droits humains, ici celle du système interaméricain de protection des droits humains sous l'égide de l'OÉA. Ce mémoire se veut donc une réflexion théorique qui conteste la validité des enseignements rationalistes et libéraux sur le sujet, théories dominantes dans

⁴⁵ Charte de l'Organisation des États américains, *supra* note 15, à l'article 1.

l'enseignement du droit international, afin de mener à l'hypothèse que la distinction de *soft law* et de *hard law* ne résulte pas en des faits sociaux pertinents avec celle-ci en matière de respect du droit international des droits humains. La proposition de ce mémoire est que la quête d'interprétation du respect étatique des droits humains 1) doit plutôt être accomplie par une recherche parmi les facteurs identitaires socialement construits, endogènes au système, instables et non rationnels et 2) cette quête ne devrait pas se comprendre comme étant une quête d'éléments de prévisibilité du respect étatique futur. Cette proposition rassemble les choix ontologiques et épistémologiques principaux que nous sélectionnons pour ce mémoire.

Selon la première partie de la proposition, cela implique que le respect des droits humains en général, et le respect des recommandations de la Commission en ce sens, représentent un élément façonnant l'identité étatique. Cette identité est formée par des interactions intersubjectives entre acteurs non rationnels, car humains (il y a ainsi une réfutation de la réification de l'État), qui n'ont pas pour seul intérêt la maximisation de leur puissance ; ces acteurs sont domestiques autant qu'internationaux. Selon la seconde partie de la proposition, il est admis que cette réflexion ne se veut pas sympathique aux théories explicatives ; il est exclu qu'il soit possible de produire des généralisations vérifiables de façon empirique dans le futur⁴⁶ sur des comportements qui sont, malgré que l'on utilise le terme « État », ceux d'êtres humains. L'un des objectifs principaux de ce mémoire est donc de démontrer la non pertinence de la distinction entre la *soft law* et la *hard law* en droit international des droits humains. Nous estimons plus pertinent de laisser cet élément d'étude de côté pour faire place à des éléments identitaires. Ces éléments constituent à notre sens le centre d'intérêt central de réflexion sur l'autorité d'une entité supranationale dans le domaine.

⁴⁶ Soler, Léna, *Introduction à l'épistémologie*, 2^e éd, Paris, Éditions Éllipses, 2009, à la p. 81.

La réflexion constructiviste appliquée à notre problématique a pour but une proposition quant à la nécessité de prendre en compte la subjectivité et la variabilité dans les constructions sociales interpersonnelles entre États et autres agents internationaux et des structures dans lesquelles ces acteurs agissent, et de reconnaître la subjectivité et la non stabilité de ces interactions et structures qui forment les postulats de base des approches théoriques classiques. Alors que les théories explicatives (les théories rationalistes nous intéressant particulièrement pour ce mémoire) supposent dans leur application aux sciences sociales l'existence de « lois universelles sous-jacentes »⁴⁷, les constructivistes croient que tous les facteurs présents dans les relations internationales sont subjectifs dû à leurs liens avec les interactions humaines, rendant donc caduque la proposition que ces facteurs sont objectifs et exogènes au système dans lequel ils interagissent⁴⁸.

Nous partageons la vision de l'un des plus grands académiciens du constructivisme, Nicholas Onuf, qui affirme que « [L]e constructivisme n'est pas une théorie en tant que tel. Il n'offre pas d'explications générales pour ce que font les personnes, pourquoi les sociétés diffèrent, comment le monde change [traduction libre]. »⁴⁹. Ceci est soutenu par Christian Reus-Smit, autre auteur significatif dans le domaine, qui cible le terme « cadre analytique ». Celui-ci serait selon lui préféré des constructivistes, spécifiant toutefois l'exception notable d'Alexander Wendt, qui viserait une théorie générale des Relations internationales⁵⁰. Nous conceptualisons ainsi le constructivisme comme notre outil analytique principal, nous permettant une

⁴⁷ *Ibid.*, à la p. 80.

⁴⁸ O'Meara, Dan, « Le constructivisme », dans Alex Macleod et Dan O'Meara, dir, *Théories des relations internationales: Contestations et résistances*, 2^e éd, Montréal, Athéna éditions, 2010, à la p. 245.

⁴⁹ « *Constructivism is not a theory as such. It does not offer general explanations for what people do, why societies differ, how the world changes.* » Nicholas Onuf, « Constructivism: A User's Manual », dans Kowert, Paul, Vendulka Kubalkova et Nicholas Onuf, dir, *International Relations in a Constructed World*, Armonk, M. E. Sharpe, 1998, à la p. 58.

⁵⁰ Reus-Smit, Christian, « Constructivism », dans Burchill, Scott, Richard Devetak, Jack Donnelly, Andrew Linklater, Matthew Paterson, Christian Reus-Smit et Jacqui True, *Theories of International Relations*, 3^e éd, Londres, Palgrave MacMillan, 2005, à la p. 202.

déconstruction des théories dominantes, dans un cadre d'analyse qui ne cherche pas à proposer une théorie explicative ni fondationnaliste.

Ce mémoire se veut ainsi avant tout une exploration théorique. Des questionnements et analyses théoriques, cherchant à démontrer les transformations identitaires pertinentes à notre sujet de recherche, formeront l'essentiel de ce mémoire. La réflexion se mènera en trois temps, présentés ci-après.

D'abord, aux deux premiers chapitres, un effort de déconstruction des arguments de deux courants théoriques dominants du droit international dans les Amériques sera complété, afin de démontrer comment ceux-ci ne sont pas applicables au cas de la Commission, et de ce fait qu'ils ne sont pas applicables au cas des systèmes de protection des droits humains supranationaux non contraignants. Le choix des auteurs est motivé par la popularité de leurs travaux et leurs positions institutionnelles importantes. Puisque guidant la plupart des théories dominantes en Relations internationales et en droit international, le rationalisme se doit d'être exploré et réfuté. Ceci se fera d'abord sous la forme de l'étude des arguments des *Law and Economics*, en raison de sa popularité académique actuelle, déviation du réalisme largement personnifiée par Eric Posner et ses collaborateurs tels que Jack L. Goldsmith et Alan O. Skyes. Un autre auteur majeur du courant dont les réflexions seront analysées est Andrew T. Guzman, ses propositions théoriques différant de Posner. Guzman propose une définition du droit international qui tient compte certes également des calculs coûts et bénéfices influençant le respect étatique de celui-ci, mais avec l'ajout, au-delà du droit positif, du droit coutumier et de la *soft law* ayant un effet sur la réputation des États⁵¹.

⁵¹ Guzman, Andrew T., « A Compliance-Based Theory of International Law » (2002) 90 :6 Cal L Rev, à la p. 1882.

Ensuite, un autre courant théorique se doit d'attirer notre attention par l'espace qu'il occupe, et la notoriété de ses tenants : celui du libéralisme, qui sera analysé au chapitre deux. Par ailleurs, il nous est difficile d'ignorer les racines profondément libérales et naturalistes du concept même de droits humains, dont sont titulaires tous les humains à leur naissance⁵². Deux auteures présentent en ce sens un attrait important : Beth A. Simmons et Anne-Marie Slaughter. Le libéralisme comporte des éléments rationalistes non négligeables, tels qu'une méthodologie empirique. Par exemple, Simmons fait la démonstration d'une formule pour prédire si un État acceptera un mécanisme de plainte lié à un traité de droits humains, avec pour variables un système politique démocratique, la religion dominante, etc., dans son volume acclamé « *Mobilizing for Human Rights* »⁵³. Également, le libéralisme présente une ontologie comportant des éléments exogènes, c'est-à-dire extérieurs au système, qui sont fixes, intemporels et qui ont un potentiel de prévisibilité. Un exemple de ceci est la « démocratie » (qui inclut des libertés civiles et une économie de marché, qui mènent à un « ordre international pacifique »⁵⁴) ; il s'agit d'un élément exogène pour les libéraux dans le sens où la démocratie est présentée comme un concept objectif et précis, plutôt qu'intersubjectif au système international. Le libéralisme se distingue certes des *Law and Economics*, malgré que ce soit également une théorie rationaliste, et même se rapproche du constructivisme. Ce rapprochement s'observe par exemple dans la mesure où il y a prise en compte des facteurs nationaux (ou domestiques)⁵⁵, c'est-à-dire se déroulant au sein d'un État plutôt que lors d'interactions étatiques, chez les libéraux et chez les constructivistes. Cet ajout mène à la considération des facteurs internes comme étant déterminants d'éléments qui,

⁵² Burchill, Scott, « Liberalism », dans Burchill, Scott, Andrew Linklater, Richard Devetak, Jack Donnelly, Matthew Paterson, Christian Reus-Smit et Jacqui True, *Theories of International Relations*, 3^e éd, Londres, Palgrave MacMillan, 2005, à la p. 81.

⁵³ Simmons, Beth A., *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, à la p. 106.

⁵⁴ Burchill, *supra* note 52.

⁵⁵ Alvarez, Jose E., et Anne-Marie Slaughter, « A Liberal Theory of International Law » (2000) 94 *Proceedings of the Annual Meeting (Am Soc Int'l L)*, à la p. 241.

pour certains, sont réifiés en variables indépendantes. Ceci se produit lorsque les États sont considérés par plusieurs courants comme n'étant pas affectés par leurs réalités nationales pour leurs actions internationales. Également, sont inclus d'autres acteurs des relations internationales outre les États, incluant les organisations internationales⁵⁶.

Finalement, cœur de notre réflexion, il s'en suivra un travail de reconstruction, présenté au chapitre trois. Celui-ci prendra la forme d'une analyse du processus évolutif d'internalisation des normes liées à la Commission, c'est-à-dire d'acceptation de celles-ci suite à des mécanismes de socialisation, menant à un accroissement de l'autorité de cette entité pourtant basée sur la *soft law*, avec l'aide théorique du constructivisme. Une analyse constructiviste inspirée de ses interprétations en sociologie ainsi qu'en Relations internationales, en plus d'en droit international, nous permettra une analyse holistique multidisciplinaire.

Pour amorcer cette réflexion constructiviste, nous présenterons les enjeux ontologiques et épistémologiques que nous considérons essentiels à une analyse cohérente avec les faits sociaux de notre problématique. Ensuite, nous explorerons plus en détail les activités de la Commission qui sont révélatrices, à notre sens, d'un processus d'internalisation constant du respect étatique de ses actions. Cela nous mènera à répondre directement à notre question de recherche, en abordant les outils de légitimité utilisés par la Commission. En dernier lieu, nous présenterons les résultats d'un raisonnement constructiviste appliqué à notre problématique; la principale proposition en découlant, qui est en somme notre hypothèse, est liée à la non cohérence (ou encore, non pertinence) de la distinction positiviste de contraignabilité en droit international des droits humains.

⁵⁶ Martin, Lisa L. et Beth A. Simmons, « Theories and Empirical Studies of International Institutions » (1998) 52 :4 Int'l Org 729.

Nous concluons cette exploration théorique de la *soft law* appliquée à la protection des droits humains sous l'égide de la Commission par un retour sur notre analyse et par des pistes de réflexion futures.

CHAPITRE 1

LE COURANT DES *LAW AND ECONOMICS* : UN RÉALISME ADDITIONNÉ DE SCIENCES ÉCONOMIQUES AU SERVICE DE L'EFFICACITÉ RATIONNELLE DU DROIT

L'application des sciences économiques aux sciences juridiques telle qu'incarquée par les *Law and Economics* n'est certes pas contemporaine. Elle remonterait à Adam Smith et Jeremy Bentham, philosophes du 18^e siècle⁵⁷. La contribution majeure d'Adam Smith fut d'utiliser les sciences économiques pour critiquer le droit, particulièrement si ses manifestations font obstacle au commerce⁵⁸. L'influence de Bentham est plus indirecte, mais tout de même centrale: son interprétation instrumentaliste du droit est fondamentale aux théoriciens des *Law and Economics*, qui ne conçoivent pas qu'il existe des droits fondamentaux générateurs de lois, mais plutôt que les lois incarnent des réponses à des problèmes sociaux⁵⁹. Ce courant est aujourd'hui majeur, et est utilisé pour analyser tous les domaines de droit international, y compris la protection des droits humains, et des auteurs s'y rattachant se prononcent également sur le concept de *soft law*. Les académiciens contemporains ayant initié le courant théorique tel que connu aujourd'hui sont Ronald Coase⁶⁰, avec l'article « *The Problem of Social Cost* » (1960)⁶¹, Guido Calabresi⁶², avec l'ouvrage

⁵⁷ Hylton, Keith N., « Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics » (2005) 64 Md L Rev, aux pp. 86-87.

⁵⁸ Nobles, Richard, « Economic Analysis of Law », dans Cane, Peter et Joanne Conaghan, dir, *The New Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

⁵⁹ Hylton, *supra* note 57, à la p. 86.

⁶⁰ Nobles, *supra* note 58.

⁶¹ Coase, R. H., « The Problem of Social Cost » (1960) 3 JL & Econ 1.

« *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* » (1970)⁶³, Gary Becker⁶⁴, par ses analyses économiques innovatrices de la criminalité et de la discrimination raciale, particulièrement « *Crime and Punishment: An Economic Approach* » (1968)⁶⁵, et Richard Posner⁶⁶, avec ses nombreuses contributions à la discipline, qui l'ont d'ailleurs menées à être l'académicien juridique le plus cité, toutes orientations théoriques confondues, selon une étude récente (2000)⁶⁷; cela est également révélateur du poids académique actuel des *Law and Economics* pour l'analyse du droit.

Afin d'analyser ce courant théorique dominant à la lumière des faits qui intéressent notre problématique, nous explorerons d'abord brièvement les éléments constitutifs de la théorie en général, concepts-clés qui s'appliquent également à la théorie appliquée au droit international, à la section 1.1. Nous présenterons par la suite les raisonnements théoriques des auteurs populaires adoptant l'approche *Law and Economics* en droit international, soit principalement Eric Posner, à la section 1.2, et Andrew T. Guzman, à la section 1.3. Ceux-ci se sont prononcés sur des aspects intéressant précisément notre problématique, ainsi les droits humains, la *soft law* et les institutions internationales. Une déconstruction de ces écrits accompagnera leur présentation, critiques influencées par notre orientation théorique constructiviste annoncée ; nous insisterons sur l'incapacité du choix rationnel appliqué à notre problématique à demeurer cohérent et pertinent.

⁶² Hylton, *supra* note 57, à la p. 85.

⁶³ Calabresi, Guido, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970.

⁶⁴ Posner, Richard A., « Economic Approach to Law » (1974) 53 *Tex L Rev*, aux pp. 760-761.

⁶⁵ Becker, Gary S., « Crime and Punishment: An Economic Approach » (1968) 76 : 2 *J Polit Econ* 169.

⁶⁶ Hanson, Jon, Kathleen Hanson et Melissa Hart, « Law and Economics », dans Patterson, Dennis, dir, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2010, à la p. 299. Il est intéressant de noter également que Gary Becker et Richard Posner tiennent à l'heure actuelle un blog conjoint, « The Becker-Posner Blog », disponible à l'adresse suivante: <http://www.becker-posner-blog.com/>.

⁶⁷ Shapiro, Fred R., « The Most-Cited Legal Scholars » (2000) 29 : S1 *J Legal Stud*, à la p. 409.

1.1 Éléments communs aux *Law and Economics* : l'économie aux fins d'un droit rationnel

L'approche est désormais incontournable pour une analyse du droit selon la perspective dominante. Les *Law and Economics* ont atteint une influence énorme dans l'analyse académique du droit, plus particulièrement aux États-Unis. Richard Posner, présenté ci-dessus, affirmait en 1995 que cette théorie a influencée la pratique et les décisions judiciaires, ainsi que de nouvelles législations, et a rendu quasi inévitable pour de nombreuses facultés de droit américaines de haut calibre l'inclusion d'économistes dans leurs rangs, entre autres accomplissements fort significatifs⁶⁸. Chef de file de la vague positiviste du courant, Richard Posner cherche à outiller les législateurs, juges, et autres décideurs en matière juridique, pour questionner toute politique publique ou loi sur l'efficacité de ses aboutissements; permettent-elles une minimisation des coûts⁶⁹? Car pour Richard Posner, et pour les tenants de la théorie, la logique du droit est (ou devrait être, ici nous tombons dans la branche normative du courant) économique⁷⁰. Intégral à ceci est le postulat, applicable à tous les aspects de la théorie, d'individus rationnels maximisateurs d'utilité⁷¹. Ce postulat est réifié en l'État au niveau du droit international, c'est-à-dire que l'État est personnifié, et assumé comme rationnel pour la prise de décisions. Il est évident qu'une analyse économique est de mise pour les domaines du droit qui sont en soi économiques, tels que le droit des valeurs mobilières, le droit fiscal, ou encore au niveau international, le droit du commerce international. Mais l'apport des *Law and Economics* est précisément d'appliquer une analyse et la logique économique à tous les domaines du droit, incluant donc ceux qui n'ont pas « pour portée de réguler

⁶⁸ Posner, Richard, « The sociology of the sociology of law: A view from economics » (1995) 2 : 4 Eur J L & Econ, à la p. 275.

⁶⁹ Hanson et al, *supra* note 66.

⁷⁰ Posner, *supra* note 64, à la p. 764.

⁷¹ Nobles, *supra* note 58.

des relations économiques »⁷². Ainsi, toute loi a pour effet d'accroître ou d'abaisser le coût des comportements visés⁷³. Comment s'opère cette analyse économique ? Nous explorons l'utilisation de la théorie des jeux à la section suivante pour le démontrer.

1.1.1 La théorie des jeux et ses théorèmes : guide suprême de l'analyse *Law and Economics*

Centrale à l'analyse économique de quoi que ce soit, incluant le droit et conséquemment centrale aux *Law and Economics*, est la théorie des jeux; elle est la figure de proue d'une analyse et de la prédiction de comportements stratégiques⁷⁴. Elle a une forte dimension normative; elle cherche à déterminer ce qu'un « joueur » devrait faire, en ligne avec la théorie du choix rationnel⁷⁵. Un outil de choix pour les économistes, elle peut être décrite en ces termes:

D'une certaine façon les jeux de la théorie des jeux sont riches en variété, puisqu'il n'y a aucune restriction quant à leurs caractéristiques externes. [...] La définition de la théorie est restrictive d'une tout autre façon: *les joueurs sont parfaits* (italiques dans l'original) [en termes de raisonnement, en habiletés mentales] [traduction libre]⁷⁶.

Ainsi, les acteurs de toute situation analysée sous cet angle sont présumés être parfaits : parfaitement rationnels et répondant parfaitement aux conditions de ces « jeux ». Il est présumé que les intentions, désirs et calculs humains sont, aux fins de la théorie des jeux, « uniformisés (tous les hommes raisonnables sont censés réagir de

⁷² Posner, *supra* note 64, à la p. 759.

⁷³ Posner, Eric A. et Alan O. Sykes, *Economic Foundations of International Law*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2013, à la p. 13.

⁷⁴ Hanson et al, *supra* note 66, à la p. 306.

⁷⁵ Bacharach, Michael, *Economics and the Theory of Games*, Londres, The MacMillan Press, 1976, à la p. 3.

⁷⁶ « *In one way the games in game theory are rich in variety, for there is no restriction at all as to their external characteristics. [...] The definition of the theory is restrictive in quite another way: the players are perfect.* » *Ibid*, à la p. 2.

la même manière dès lors qu'ils poursuivent les mêmes buts et disposent des mêmes connaissances), et dans cette mesure *objectivés* (dépouillés de leurs singularités) [italiques dans l'original]. »⁷⁷.

L'un des théorèmes de la théorie des jeux fréquemment utilisé par les *Law and Economics* est le critère de Pareto, qui dicte qu'une loi est désirable si elle améliore le bien-être d'au moins un individu sans détériorer celui d'un autre individu⁷⁸. Un théorème complémentaire est le critère de Kaldor-Hicks qui affirme qu'une loi sera désirable si elle produit plus de gains pour les gagnants que de pertes pour les perdants⁷⁹. Ces théorèmes guident, par exemple, l'analyse du droit international sous l'angle de cette théorie que nous présentons ici-bas. Au coeur des *Law and Economics* se trouvent ainsi des formules prédictives économiques, visant à guider la coopération et les décisions stratégiques, avec pour élément central fixe, des individus rationnels cherchant à maximiser leurs bénéfices personnels.

L'un des problèmes majeurs de plusieurs manifestations de la théorie des jeux, dans une perspective constructiviste des relations internationales (et du droit international) comme étant intersubjectives, est que les participants ne communiquent pas dans la plupart de ces modèles⁸⁰; ceci est une condition *sine qua non* du dilemme du prisonnier, par exemple. Ce modèle de la théorie des jeux oppose la « rationalité individuelle » et l'« optimalité collective »⁸¹. Sous sa forme la plus simple, il s'agit d'une situation dans laquelle deux prisonniers, séparés, se voient tous deux offrir une sentence réduite si l'un témoigne contre l'autre. Malgré le fait que s'ils choisissent de

⁷⁷ Soler, *supra* note 46, à la p. 263.

⁷⁸ Posner et Sykes, *supra* note 73.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Müller, Harald, « IR as Communicative Action », dans Fierke, K.M. et Sven Erik Jorgensen, dir, *Constructing International Relations : The Next Generation*, Armonk, M. E. Sharpe, 2001, à la p. 160.

⁸¹ Routedlege, Bryan R., « Economic's of the Prisoner's Dilemma: A Background », dans Danielson, Peter A., dir, *Modeling Rationality, Morality, and Evolution*, New York, Oxford University Press, 1998, à la p. 92.

ne pas accepter l'offre, cela résulte en une sentence moindre que si tous deux témoignent contre l'autre, les prisonniers choisissent rationnellement d'accepter l'offre. Ce choix se fait donc au détriment d'une coopération qui nécessite la présomption que l'autre prisonnier fera également ce choix⁸². Ce dilemme sera utilisé notamment par Eric Posner et Alan O. Sykes, qui affirment qu'« une grande partie du droit international présente les caractéristiques d'un dilemme du prisonnier répété »⁸³. Il est plus qu'évident que les acteurs des relations internationales, qu'ils soient étatiques ou autres, communiquent continuellement, ne serait-ce que dans les forums internationaux de discussion et de négociation menant à l'adoption de nouvelles normes internationales, pour ne nommer que l'une des formes les plus évidentes et directes. N'oublions pas également que les communications dévoilées au public ne représentent manifestement pas la totalité des échanges interétatiques; incluant en temps de conflit. Notons toutefois que certains auteurs des *Law and Economics*, tels qu'Andrew Guzman dont nous présenterons les travaux ci-dessous, ajoutent certains bémols au dilemme du prisonnier afin de l'adapter aux faits sociaux internationaux actuels.

Une utilisation à des fins analytiques de la théorie des jeux inclut toutefois un *a priori* essentiel ; celui de la rationalité supposée des acteurs.

1.1.2 La rationalité des acteurs : incontournable facteur d'une analyse économique du droit

La rationalité de l'humain calculateur dépeint par les *Law and Economics* est la clé de voûte de cette théorie, qu'elle prenne la forme réifiée de la magistrature, du

⁸² *Ibid*, à la p. 92.

⁸³ « [...] *much of international law exhibits the characteristics of a repeated prisoner's dilemma.* » Posner et Sykes, *supra* note 73, à la p. 127.

législateur, ou du gouvernement (l'État); elle appelle en ce sens à être déconstruite de façon approfondie.

D'abord, il est fort difficile de définir la rationalité de l'humain; il n'existe aucun consensus, puisqu'une définition est rarement incluse dans les écrits des auteurs *Law and Economics*, celle-ci étant la plupart du temps implicite⁸⁴. D'ailleurs, « il y a probablement presque autant de conceptions différentes de la théorie du choix rationnel qu'il y a d'académiciens qui l'utilisent implicitement dans leurs travaux [traduction libre] »⁸⁵. Est-ce que cela s'explique par le fait que la rationalité diffère d'une culture à une autre, d'un groupe à un autre, voire d'un *individu* à un autre? En somme, la rationalité de l'un équivaut-elle la rationalité de l'autre, pour chacun d'entre eux? Si le concept de rationalité est si difficile à définir de façon consensuelle, comment accepter que cela forme la base d'une théorie qui se veut universaliste et prédictive?

Dans tous les cas, pour être fonctionnelle, une définition de la rationalité doit inclure une conception des préférences. Pour démontrer cette nécessité, Korobkin et Ulen utilisent l'exemple d'une politique publique visant à réduire la criminalité par une augmentation de la durée des sentences de prison. Cette logique ne sera vérifiable que s'il est assumé qu'il existe une préférence pour la vie hors de prison plutôt qu'en incarcération⁸⁶. La nécessité de l'inclusion de préférences pour calculer le caractère rationnel d'une action est ce qui rend encore plus complexe le succès potentiel d'un consensus autour d'une telle définition. Si, alternativement, les auteurs font la proposition que les préférences n'ont pas à être présumées, et qu'il sera plutôt simplement présumé que l'acteur agira rationnellement proportionnellement à ses

⁸⁴ Korobkin, Russell B., et Thomas S. Ulen, « Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics » (2000) 88 : 4 Cal L Rev, à la p. 1060.

⁸⁵ « [...] there are probably nearly as many different conceptions of rational choice theory as there are scholars who implicitly employ it in their work. » *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*, à la p. 1068.

préférences personnelles, nous nous retrouvons ici devant une proposition où la rationalité est infalsifiable. Tout comme la notion d'intérêt national, le concept de rationalité est conjugable à toutes les situations. Si nous considérons que celle-ci est définie par l'acteur lui-même, n'importe quelle situation peut devenir rationnelle, puisqu'elle cadre avec la rationalité *de l'acteur*, étant affirmé comme prémisse de base par la théorie du choix rationnel *que les acteurs se comportent rationnellement*⁸⁷.

Par exemple, un dirigeant politique qui choisit d'envoyer son armée assassiner des membres de sa population peut avoir une logique rationnelle propre à lui à ce moment; en fait, pour les *Law and Economics*, il *devrait* être assumé que ceci est effectivement le cas. Il s'en trouve donc que tous comportements peuvent être rationnels du point de vue de l'acteur, ce qui résulte donc en une infalsifiabilité du concept de rationalité tel qu'entendu par cette théorie. Et, si l'on tente de répondre à cet argument par une définition de quels comportements sont rationnels et lesquels ne le sont pas, il faudrait ici que cette définition soit spécifique à chaque individu et à chaque contexte, ce qui en ferait en somme un élément d'analyse impossible à intégrer dans une théorie qui vise l'universalisme.

En surface, le concept de rationalité s'apprête bien à l'analyse académique des domaines politiques, juridiques, et évidemment économiques; il en simplifie grandement la tâche. Mais la rationalité sans failles s'applique fort difficilement au domaine de la psychologie, particulièrement cognitiviste ou behavioriste, sans doute jusqu'à nouvel ordre le domaine dont les experts sont les mieux placés pour tirer des conclusions sur la prise de décisions par des individus. Ceci est démontré par d'innombrables études, présentant par exemple les biais cognitifs potentiellement

⁸⁷ *Ibid.*, aux pp. 1061-1062.

systematiques⁸⁸. « En effet, des forces largement invisibles à l'intérieur de nous (telles que les structures du savoir et les associations implicites) et des forces non saillantes à l'extérieur de nous exercent bien plus d'influence sur notre comportement que nous le reconnaissons [traduction libre] »⁸⁹. Si nous considérons que l'humain est l'acteur principal des sciences sociales, il semble manifestement essentiel que soient considérés les constats scientifiques de la psychologie. Nous présentons ici quelques exemples (parmi tant d'autres) d'études démontrant ce que nous entendons par un scepticisme quant à une rationalité telle qu'entendue par la théorie du choix rationnel des *Law and Economics*.

À la base de la rationalité est le *savoir* de ce qui est rationnel de ce qui ne l'est pas. Mais comment sait-on ce que nous savons? À cette question fort philosophique, les recherches de Deanna Kuhn semblent démontrer l'influence des croyances épistémologiques (« *epistemological beliefs* ») personnelles sur le savoir. Ainsi, la réponse à cette question diffère d'une variation épistémologique individuelle à une autre; l'auteure entend ici par ce concept la façon dont les individus conçoivent leurs acquisitions de connaissances personnelles et ce qui les définit comme telles⁹⁰. Il a également été démontré par cette chercheuse en psychologie que les gens préfèrent, pour valider une affirmation, des explications que des preuves : « Les explications de mécanismes causaux sont plus influents que des preuves covariantes en matière d'attribution causale [...] »⁹¹.

À la base de la rationalité telle qu'entendue par les *Law and Economics* se trouve le calcul coûts/bénéfices qu'un acteur accomplit. Cependant, de nombreuses

⁸⁸ McDermott, Rose, *Risk-Taking in International Politics*, Ann Harbor, The University of Michigan Press, 2008.

⁸⁹ « *In fact, largely invisible forces within us (such as knowledge structures and implicit associations) and nonsalient forces outside of us wield far more influence on our behavior than we appreciate.* » Hanson et al, *supra* note 66, à la p. 323.

⁹⁰ Kuhn, Deanna, « How do people know? » (2001) 12 : 1 Psychol Sc 1.

⁹¹ *Ibid*, à la p. 1.

études démontrent qu'un tel calcul est souvent accompagné d'heuristiques de jugement, c'est-à-dire des raccourcis cognitifs résultant en des choix sous-optimaux, principalement en raison du coût élevé du traitement de l'information et des limites cognitives humaines⁹². Bien que nécessaires pour naviguer la vie courante, ces heuristiques ont pour résultat que les calculs coûts/bénéfices qualifiant la rationalité *Law and Economics* ne sont que peu souvent le processus cognitif adopté par les acteurs :

L'utilisation répandue des heuristiques, du moins dans plusieurs cas, est sans doute une adaptation évolutionnaire fort utile; sans de tels raccourcis mentaux, la tâche de faire des décisions relativement simples deviendrait si complexe que la vie au jour le jour serait presque certainement paralysée. Mais l'utilisation des heuristiques résulte assurément en un échec répandu chez les décideurs de la maximisation de leur utilité attendue lors de situations particulières de décisions [traduction libre]⁹³.

C'est donc dire que la capacité à constamment opérer des choix coûts/bénéfices pour prendre les décisions les plus rationnelles représente un idéal à atteindre dans bien des cas, plus qu'un fait sur la conduite régulière des acteurs. Renchérissant sur ce point, les auteurs de « *The Adaptive Decision Maker* » ont démontré que lors de prises de décisions, l'humain utilise plusieurs stratégies décisionnelles plutôt qu'une seule, dont le résultat est un *équilibre* entre l'effort et l'exactitude⁹⁴.

Les biais cognitifs systématiques et prévisibles caractérisant la prise de décisions sont largement connus par les psychologues cognitivistes et autres experts

⁹² Korobkin et Ulen, *supra* note 84, à la p. 1069.

⁹³ « *The widespread use of heuristics, at least in many cases, is no doubt a quite useful evolutionary adaptation; without such mental shortcuts, the task of making even relatively simple decisions would become so complex that daily life would almost certainly grind to a halt. But the use of heuristics surely results in the widespread failure of decision makers to maximize their expected utility in particular decision situations.* » *Ibid*, à la p. 1076.

⁹⁴ Bettman, James R., Eric J. Johnson et John W. Payne, *The Adaptive Decision Maker*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 1993.

du domaine, remettant en cause une affirmation de la rationalité humaine aussi calculatrice sur laquelle se base la théorie des *Law and Economics*. Les travaux de Daniel Kahneman et d'Amos Tversky sont fréquemment cités en la matière, ayant démontré les biais de représentation et de disponibilité⁹⁵. Dans le premier cas, les humains ont tendance à sous-estimer les fréquences de base (ainsi les probabilités statistiques), et surestimer ce qui *semble* être le cas⁹⁶. Dans le second cas, le biais se produit lorsque les individus surestiment une fréquence ou une probabilité selon des expériences personnelles⁹⁷.

Un autre biais largement documenté est celui d'une croyance positive irréaliste en le fait que seront évitées de mauvaises situations, telles qu'un accident de voiture ou une note en classe sous la moyenne; déjà en 1998, près de 200 études démontrant ce biais étaient comptabilisées⁹⁸. Les personnes jugent en général de 20% à 80% sous les moyennes actuelles les probabilités qu'elles soient affligées d'un dit évènement malheureux⁹⁹. Nous serions donc caractérisés par un excès de confiance, qui se manifeste en prise de décisions, teintant ici encore la rationalité des choix effectués.

Dans la même lignée, et d'autant plus pertinent pour notre analyse, trois chercheurs en psychologie sociale ont démontré, dès les années 70, un biais dans le traitement de l'information présentée concernant un sujet contentieux sur lequel un individu a une forte opinion¹⁰⁰. Ils ont démontré que la « polarisation des croyances

⁹⁵ Kahneman, Daniel et Amos Tversky, « Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases » (1975) 185 : 4157 Science 1124.

⁹⁶ *Ibid*, aux pp. 1124-1127.

⁹⁷ *Ibid*, aux pp. 1127-1130.

⁹⁸ Jolls, Christine, « Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rules » (1998) 51 Vand L Rev, à la p. 1659.

⁹⁹ *Ibid*.

¹⁰⁰ Lepper, Mark R., Charles G. Lord et Lee Ross, « Biased assimilation and attitude polarization: The effects of prior theories on subsequently considered evidence » (1979) 37 : 11 J Pers Soc Psychol 2098.

va *augmenter*, plutôt que diminuer ou demeurer la même, lorsque des résultats mixtes ou non conclusifs sont assimilés par des partisans de positions opposées [italiques dans l'original] [traduction libre] »¹⁰¹; cela démontre la partialité avec laquelle nous interprétons des faits d'une façon à soutenir nos croyances initiales¹⁰². Renchérissant sur ces résultats, mentionnons le travail récent de Professeur Jonathan Haidt, psychologue se spécialisant en moralité, qui a démontré dans « *The Righteous Mind : Why Good People Are Divided by Politics and Religion* » que nous bâtissons une logique argumentaire *conséquemment* à nos émotions intrinsèques et instinctives sur une question, et non pas *précédemment*¹⁰³. Ainsi, nos émotions sur une question controversée, telle que la politique ou la religion, ne sont pas conséquences de notre logique par rapport à celle-ci, mais plutôt l'inverse.

L'une des émotions qui serait innée à la majorité des humains est le désir de voir justice s'accomplir. Stefan Kohler, économiste comportemental, démontra par des reproductions sur des sujets expérimentaux de modèles de la théorie des jeux que « [c]onsidérés ensemble, l'altruisme et l'aversion pour l'inégalité semblent constituer des motifs universels dans les processus de décision humains [traduction libre] »¹⁰⁴.

Mentionnons également une dernière série de biais pertinents à notre analyse de la prise de décisions rationnelle, démontrant des préférences pour les choix tendant vers la routine. En effet, des expérimentations en prises de décisions par les chercheurs en économie William Samuelson et Richard Zeckhauser ont eu pour résultat de découvrir que contrairement aux prédictions des sciences économiques, les

¹⁰¹ « *Our thesis is that belief polarization will increase, rather than decrease or remain unchanged, when mixed or inconclusive findings are assimilated by proponents of opposing viewpoints.* » *Ibid.*, à la p. 2099.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Haidt, Jonathan, *The Righteous Mind – Why Good People Are Divided by Politics and Religion*, New York, Pantheon Books, 2012.

¹⁰⁴ « *Taken together, altruism and inequality aversion seem universal motives in human decision processes.* » Kohler, Stefan, « Altruism and fairness in experimental decisions » (2011) 80 : 1 *J Econ Behav Org.*, à la p. 108.

acteurs présentent un biais disproportionné pour le statu quo lorsque présentés avec des alternatives l'incluant¹⁰⁵. De plus, alors que la théorie du choix rationnel prévoit que les décisions sont prises indépendamment des choix passés, il est prouvé que les acteurs auront tendance à répéter les actions passées, dans un but d'optimisation des coûts de la prise de décisions, représentant en ce sens encore ici une heuristique de jugement¹⁰⁶. Finalement, alors qu'une heuristique de jugement est inconsciente, la préférence démontrée des acteurs pour le respect des traditions est consciente¹⁰⁷.

Il semble donc irréaliste d'adopter comme assomption principale pour une théorie prédictive que les acteurs prennent des décisions rationnelles, lorsqu'il est largement démontré que la prise de décisions humaine est caractérisée par des biais produisant des résultats sous-optimaux; non pas de mauvaises décisions, ou des décisions irrationnelles, mais certes pas des décisions auréolées de la rationalité sans failles présentée par les *Law and Economics*, qui semble presque réifier l'humain en acteur robotisé.

Une réponse satisfaisante à cette critique d'un pilier fondamental de la théorie qu'est la rationalité fixe et sans failles ne semble pas s'être manifestée, du moins pas sous une forme dominante. Eric Posner et Jack L. Goldsmith, que nous explorerons en détail ci-dessous, répondent par exemple à cette critique par l'argument que ces psychologues cognitivistes n'ont pas produit de théorie alternative pouvant guider la recherche en Relations internationales et en droit international, et donc que la théorie du choix rationnel guidera pour cette raison leur analyse¹⁰⁸. Ce ne semble pas convaincant comme contre-argument; l'universalisme est pratiquement impossible à atteindre en matière théorique dans de nombreux domaines des sciences sociales, et

¹⁰⁵ Samuelson, William, et Richard Zeckhauser, « Status Quo Bias in Decision Making » (1988) 1 : 1 J Risk Uncertainty 7.

¹⁰⁶ Korobkin et Ulen, *supra* note 84, aux pp. 1113-1114.

¹⁰⁷ *Ibid*, aux pp. 1114-1115.

¹⁰⁸ Goldsmith, Jack L. et Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, New York ; Toronto, Oxford University Press, 2005, aux pp. 7-8.

ne serait-ce pas plus pertinent d'admettre que les *Law and Economics* ne peuvent pas s'appliquer aisément, par exemple, aux droits humains?

1.2 Eric Posner, Jack Goldsmith et Alan Sykes : le conservatisme transposé au droit international

Nous nous tournons ici vers la forme des *Law and Economics* qui intéresse spécifiquement notre problématique. Nous avons sélectionné comme auteurs principaux Eric Posner et Andrew T. Guzman, en tant qu'académiciens prééminents du courant transposé au niveau international. Eric Posner propose une version des *Law and Economics* très proche de celle proposée par son père, Richard Posner, alors que Guzman apporte une forme plus hybride, et plus ouverte aux manifestations non conventionnelles du droit; c'est pourquoi nous les analyserons de façon distincte. Posner (nous faisons dorénavant référence à Eric Posner plutôt que Richard Posner dont les travaux furent préalablement abordés) a complété ses études juridiques à l'université Harvard, et est professeur à la University of Chicago Law School¹⁰⁹.

Les écrits d'Eric Posner qui intéressent le plus notre problématique sont son ouvrage de 2005 en collaboration avec Jack L. Goldsmith, *The Limits of International Law*¹¹⁰, et son ouvrage récent de 2013, en collaboration avec Alan O. Sykes, *Economic Foundations of International Law*¹¹¹.

¹⁰⁹ «Eric Posner» en ligne: The University of Chicago - The Law School
<<http://www.law.uchicago.edu/faculty/posner-e>>.

¹¹⁰ Goldsmith et Posner, *supra* note 108.

¹¹¹ Posner et Sykes, *supra* note 73.

1.2.1 « *The Limits of International Law* » et le but d'une théorie des *Law and Economics* appliqué au droit international

Dans l'ouvrage *The Limits of International Law*, Posner joint ses efforts à ceux de Jack L. Goldsmith, professeur à la Harvard Law School¹¹². Ils y jettent les bases dominantes du courant. Pour débiter leur proposition théorique, les auteurs exposent leur conception d'une théorie du droit international. Ils sont d'avis qu'« [u]ne théorie de droit international réussie doit démontrer pourquoi les États respectent le droit international plutôt que d'assumer qu'ils ont une préférence pour ce faire [traduction libre] »¹¹³. Nous décelons à travers cette affirmation un but de théorie universellement applicable. Comprendre pourquoi les États respectent le droit international sous-entend qu'il est possible d'expliquer de façon généralisée les facteurs menant au respect ou à l'irrespect de *tous* les domaines du droit international par *tous* les États dans *tout* moment temporel et contextuel. La conception d'une théorie réussie pour ces auteurs implique conséquemment un élément de prédiction, considérant que si nous comprenons de façon universelle pourquoi les États respectent le droit international, nous pouvons ainsi prédire leurs comportements futurs. Notre orientation théorique rejette une telle possibilité de prédiction des comportements sociaux étatiques; si une telle théorie existait réellement, il n'y aurait plus de débats académiques sur la question. Nous soutenons qu'il s'agit d'une illusion, ou pour reprendre les termes de Christian Reus-Smit, une absurdité¹¹⁴. Nous cherchons plutôt à *interpréter* les faits sociaux qui nous intéressent, plutôt que d'en déduire des généralisations qui supposent une réalité uniforme et prévisible, ce sur quoi nous reviendrons en détail au chapitre trois. Quant à la préférence pour le respect des normes du droit international, nous chercherons d'ailleurs à démontrer, dans la

¹¹² « Jack Landman Goldsmith », en ligne: Harvard Law School
<<http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/10320/Goldsmith/>>.

¹¹³ « *A successful theory of international law must show why states comply with international law rather than assuming that they have a preference for doing so.* » Goldsmith et Posner, *supra* note 108, à la p. 9.

¹¹⁴ Reus-Smit, *supra* note 50, à la p. 202.

section de reconstruction de ce mémoire basée sur le constructivisme, qu'il existe une internalisation des normes quant au fait que le respect de ce droit est socialement désirable sur la scène internationale, puisqu'il représente ce qui fut convenu comme représentant les règles du jeu des relations interétatiques. Ceci représente un facteur pertinent d'interprétation du respect de la *soft law*, ainsi d'une autorité qui n'est pas contraignante, considérant que cette manifestation juridique revêt une forme, des activités et un langage s'apparentant aux manifestations juridiques internationales contraignantes.

Posner et Goldsmith justifient implicitement la nécessité de l'application des *Law and Economics* au niveau international par une dissociation vis-à-vis des réalistes. Par exemple, sur la question précise de l'intérêt étatique, Posner et Goldsmith affirment que pour eux, cela varie de contexte à contexte, souhaitant ainsi se distinguer des réalistes qui le limiteront à la sécurité et parfois la richesse¹¹⁵. Ils acceptent la critique de l'infalsifiabilité de leur théorie, considérant que si l'intérêt étatique dépend de chaque contexte, l'analyse de chaque situation peut être adaptée pour correspondre aux dires de leur théorie; ils n'offrent aucun contre-argument si ce n'est le fait qu'ils ont fait leur possible pour identifier objectivement les intérêts étatiques pertinents de chaque contexte présenté¹¹⁶. Le désir des auteurs de proposer une théorie originale est explicite:

Notre théorie offre une place d'honneur à deux éléments de politique internationale souvent négligés par les académiciens de droit international: le pouvoir étatique et l'intérêt étatique. Et elle utilise un outil méthodologique peu utilisé dans les travaux de droit international, la théorie du choix rationnel, pour analyser ces éléments [traduction libre]¹¹⁷.

¹¹⁵ Goldsmith et Posner, *supra* note 108, à la p. 6.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ « *Our theory gives pride of place to two elements of international politics usually neglected or discounted by international law scholars: state power and state interest. And it uses a methodological*

Nous pouvons difficilement être en accord avec le fait que ce sont là des éléments ontologiques sous-utilisés par les théoriciens du droit international, à notre sens indissociables des théoriciens des Relations internationales, le premier constituant les règles du jeu du second, et encore moins qu'il ne s'agit pas ici précisément des éléments ontologiques centraux aux analyses réalistes, défiant ainsi toute originalité sur ces points.

1.2.2 « *Economic Foundations of International Law* » et la définition du droit international et du système international

Dans sa contribution la plus récente, *Economic Foundations of International Law*, Posner s'allie avec Alan O. Sykes. Ce dernier est professeur à la New York University Law School, et a fait ses études juridiques à la Yale University Law School. Une conception classique du droit international est présentée, dans la même lignée de l'ouvrage précédent, caractérisée par le critère de sanction et le volontarisme. Pour les auteurs, le droit international doit être auto-exécutoire pour être valide; les États doivent ressentir qu'une violation aura des conséquences négatives¹¹⁸, mais Posner et Sykes insistent pour dire que l'usage de la force n'est pas la seule sanction utilisée ni la seule efficace¹¹⁹. Également, le droit international ne consiste qu'en ce que les États ont accepté comme tel¹²⁰, ce qui est une conception très formaliste et conservatrice du droit. Pour Posner et Goldsmith, le but du droit international est essentiellement la coopération; celle-ci est le moteur des gains encourus par les mesures visant à diminuer les externalités internationales

tool infrequently used in international law scholarship, rational choice theory, to analyze these factors. » *Ibid*, à la p. 3.

¹¹⁸ Posner et Sykes, *supra* note 73, à la p. 3.

¹¹⁹ *Ibid*, aux pp. 26-27.

¹²⁰ *Ibid*, à la p. 79.

négatives¹²¹. Des ententes de coopération vont se créer seulement si les États se croient plus avantageés d'y participer que de ne pas y participer; ceci représente le concept économique de l'exigence fondamentale (« *core of the bargain* »)¹²². Ainsi, si une manifestation du droit international n'a pas pour but la coopération, elle est donc difficilement acceptable comme représentation du « vrai » droit international pour les auteurs. Ceci a pour résultat, par exemple, que le régime international de protection des droits humains n'entre pas dans la définition du droit international reconnue par les *Law and Economics*.

De plus, les auteurs présentent un conservatisme soutenu dans leur conception de ce qui constitue du droit. En effet, ils cherchent constamment à valider la reproduction du droit interne au droit international pour confirmer qu'il s'agit de « vrai » droit, rejetant de ce fait toute manifestation internationale qui ne soit pas comparable au système juridique interne. Nous soutenons qu'ils cherchent à adapter les *Law and Economics* originaux (s'intéressant au droit interne, particulièrement américain) de façon trop rigide au droit international, en refusant de reconnaître sa nature hybride. Le droit international ne correspond pas au droit interne dans la majorité de ses attributs ; ainsi pourquoi insister sur une analyse qui cherche à calculer les similarités ? D'ailleurs, les auteurs proposent l'intéressante comparaison métaphorique du contrôle sur notre corps en tant qu'individus, inviolable, étant similaire au contrôle lié à la souveraineté étatique, amenant à un autre niveau la réification de l'État¹²³. De ceci découle le raisonnement des auteurs de l'entrée d'individus dans des arrangements contractuels étant similaire à l'État contractant des traités¹²⁴ ; remarquons ici le besoin flagrant de reproduction du système national au système international pour l'analyse *Law and Economics*.

¹²¹ Goldsmith et Posner, *supra* note 108, à la p. 19.

¹²² *Ibid.*, à la p. 21.

¹²³ Posner et Sykes, *supra* note 73, à la p. 39.

¹²⁴ *Ibid.*

Qui plus est, autre démonstration de cette rigidité appliquée au système international, les auteurs déplorent que la forme qui serait la plus commune d'organisations internationales soit celle de comités ou de commissions. Plus précisément, ils déplorent le fait que leurs pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires soient tellement « édulcorés » (*watered down*), à n'en plus ressembler la « forme réelle » (*the real thing*), pour reprendre l'expression de Posner et Sykes¹²⁵. Ce qui revient à leur rigidité flagrante; qu'est-ce que cette forme *réelle*? La forme réelle telle que socialement comprise et acceptée au niveau national? Et si cette forme réelle différait au niveau international? S'il existait une entente implicite (voire explicite) construite de façon intersubjective entre les acteurs pertinents que cette forme « diluée » est effectivement la forme réelle à ce niveau? Le conservatisme présenté par Posner et Sykes par rapport au droit international est rigide et rejette ce qui n'est pas conforme à la réalité nationale à laquelle ils furent socialisés majoritairement, ce qui entrave une analyse adaptée aux faits sociaux liés à la normativité internationale.

1.2.3 La logique économique appliquée au régime international de protection des droits humains : un paradoxe difficile à manœuvrer

Nous ne proposons pas que Posner, Goldsmith ou Sykes aient un mépris pour les droits humains en soi, mais bien qu'ils cherchent à discréditer leur protection par un régime de droit international. En effet, leur théorie explique difficilement le désir pour un État de se lier à des contraintes concernant la façon dont il traite les populations sur son territoire en matière de droits individuels et collectifs. En premier lieu, ces droits humains ne sont pas toujours en convergence avec les « intérêts étatiques ». En second lieu, cela est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit de normes non contraignantes auxquelles un État ne s'est pas déclaré lié explicitement.

¹²⁵ *Ibid*, à la p. 82.

1.2.3.1 Posner et Goldsmith et la conception méfiante du régime international de droits humains

Dans *The Limits of International Law*, Goldsmith et Posner offrent une définition du droit international des droits humains comme étant constitué des traités contraignants majeurs, laissant une place secondaire aux traités régionaux (malgré le fait que ceux-ci créent les juridictions contraignantes supranationales en matière de protection des droits humains, ce que les auteurs ne mentionnent aucunement)¹²⁶. Non seulement les auteurs présentent un désintérêt pour les entités régionales de droits humains, ils en proposent également un faux portrait en les oblitérant complètement lorsqu'ils discutent des systèmes de pétitions individuelles; écart utile à leur proposition théorique. En effet, les auteurs affirment qu'il n'y aurait qu'environ 60 telles plaintes par année, citant une étude produite sur les six traités majeurs de droits humains des Nations Unies¹²⁷; ceci n'est clairement pas représentatif des milliers de pétitions logées chaque année auprès d'entités régionales de protection des droits humains supranationaux, contraignantes ainsi que non contraignantes. Ils concéderont toutefois le succès du régime européen de protection des droits humains, en n'offrant rien de plus qu'une affirmation que leur théorie n'aurait pu prédire celui-ci¹²⁸.

Les auteurs dédient la majeure partie du chapitre de *The Limits of International Law* consacré à la protection des droits humains à des arguments et des démonstrations de l'inefficacité des traités dans ce domaine de droit; cela concerne donc peu notre problématique, qui se concentre sur les manifestations non contraignantes, de *soft law*, du droit international des droits humains. Mais mentionnons qu'ils clôturent le chapitre avec une contradiction méthodologique, en

¹²⁶ Goldsmith et Posner, *supra* note 108, à la p. 107.

¹²⁷ *Ibid*, à la p. 120.

¹²⁸ *Ibid*, à la p. 126.

affirmant qu'il est en réalité trop difficile de compléter une étude empirique efficace sur l'effet des traités de droits humains¹²⁹. Si cela est une tâche irréaliste (et nous sommes en accord), comment se fait-il que l'essentiel de leurs contre-arguments face aux traités de droits humains soit une démonstration empirique de leur inefficacité, possibilité de démonstration qu'ils nient par la suite?

Ils procèdent tout de même à une démonstration de la pertinence de leur théorie et de ses concepts-clés lorsque ceux-ci sont appliqués au droit international des droits humains, c'est-à-dire la convergence des intérêts, la coopération, la coordination, et la coercition, pour expliquer le comportement étatique en la matière¹³⁰. Malgré leur refus de reconnaître la place massive de la *soft law* dans le régime juridique supranational de protection des droits humains, nous pouvons tirer de leur analyse un élément pertinent à l'endroit de notre problématique spécifiquement. En effet, les auteurs présentent le régime international de protection des droits humains comme un « guide » ou encore un « code » pour les États. D'après celui-ci, les États savent que s'ils respectent ce code, ils en tireront des bénéfices, et vice-versa pour un irrespect (ainsi, des conséquences négatives telles que des pressions diplomatiques, militaires et économiques de différents degrés)¹³¹. Ils reconnaissent donc une certaine valeur normative à la codification du droit international. Toutefois, nous pouvons difficilement adhérer aux *implications* d'une telle affirmation; il en résulterait que lorsque les États commettent des violations de droits humains, ils le font sur une base rationnelle. De telles violations « rationnelles » sont difficilement défendables lorsque nous connaissons les conséquences internes potentielles (et parfois, internationales) de nature politique, juridique, et même militaire résultant de violations massives des droits humains d'une population par des agents gouvernementaux. Plus qu'un calcul rationnel, il s'agirait

¹²⁹ *Ibid*, à la p. 130.

¹³⁰ *Ibid*, à la p. 108.

¹³¹ *Ibid*, à la p. 130.

plutôt d'un pari sur la réaction de la population concernée. Relevons les exemples du Printemps arabe, dont les effets se font toujours sentir, de dirigeants qui furent dépossédés ; certes, les gouvernements de Ben Ali, Moubarak, Kadhafi et Saleh ont bénéficié d'un règne prolifique en avantages, mais auraient-ils commis toutes ces violations de droits humains s'ils savaient que l'impunité ne serait pas sans fin ? Si l'on admet la possibilité de mauvais calculs, menant à de mauvaises décisions, nous nous retrouvons une fois de plus confrontés à l'infalsifiabilité d'une telle proposition. En effet, il pourra toujours être argué après coup qu'il s'agissait d'une situation de mauvais calcul, en raison, par exemple, d'informations imparfaites, et que la théorie fonctionne malgré cela.

Tel que mentionné précédemment, Posner présente avec Sykes dans *Economic Foundations of International Law* un malaise quant au fait que les traités de droits humains ne s'imbriquent pas dans leur définition de l'utilité d'un traité, qui doit être un outil de coopération¹³², ce que Posner n'avait pas discuté aussi directement dans son ouvrage précédent. Ceci demeure en ligne avec le conservatisme juridique offert dans son volume précédent en collaboration avec Goldsmith. En ce sens, ces auteurs ne proposent toujours pas de proposition concrète pour expliquer pourquoi les États ratifient les traités de droits humains; ils n'en viennent toutefois pas à la conclusion que leur théorie n'est pas adaptée pour analyser ce domaine du droit international.

¹³² Posner et Sykes, *supra* note 73, à la p. 202.

1.2.3.2 La souveraineté par rapport aux droits humains : difficilement réconciliables pour les *Law and Economics*

Dans *Economic Foundations of International Law*, Posner et Sykes précisent leurs impressions du régime international des droits humains comme étant un affront à la souveraineté étatique. En effet, ils présentent d'entrée de jeu au début du chapitre que leur définition de la souveraineté est celle d'un « engagement à une indifférence mutuelle » sur ce qui se produit au sein des autres États¹³³. Ils présentent ensuite un lien de causalité entre les Croisades pré-Westphaliennes et les opérations humanitaires post-Seconde Guerre mondiale; il s'agirait dans les deux cas d'États qui décident comment les individus devraient mener leurs vies, incluant leurs principes moraux¹³⁴.

Au-delà de l'exactitude d'une telle comparaison à forte connotation normative et révélatrice des opinions politiques des auteurs, nous nous en tiendrons à cette incohérence théorique: les auteurs reconnaissent explicitement ailleurs dans le volume que la souveraineté est un attribut socialement construit, plus précisément des « créations humaines »¹³⁵. Si nous faisons le choix social de reconnaître la souveraineté, et que nous pouvons faire le choix social de lui reconnaître une identité interprétée de façon commune consensuelle, quelle bonne raison y a-t-il pour ne pas la reconnaître comme étant légitimement limitée en ce qui concerne les droits humains? Le concept de souveraineté est flexible; il peut changer de signification si telle est la volonté des acteurs qui l'interprètent. Post-Seconde Guerre mondiale, la communauté internationale s'est entendue, à partir de la Déclaration universelle des droits de l'homme, pour inclure dans la définition de la souveraineté une limitation relative à la protection des droits humains. Se borner à la définition de la souveraineté

¹³³ *Ibid.*, à la p. 198.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*, à la p. 47.

telle qu'entendue à l'époque du Traité de Westphalie en 1648 est peu représentatif de la réalité actuelle des relations internationales, dont le paysage change constamment.

Dans le contexte de notre analyse, la plus grande faille des *Law and Economics* interprétés par Posner et les professeurs avec lesquels il a collaboré pour les ouvrages présentés est ce qui ne s'y trouve pas: la *soft law* est complètement ignorée. La Commission prouve à chaque *jour* le pouvoir de la *soft law* par la réussite de certaines de certains aspects de son travail. Nous proposons qu'il est incomplet qu'une étude du droit international n'explore pas le droit non contraignant; voilà pourtant la forme que le droit international des droits humains revêt en majorité. Cela nous mène à ne pouvoir analyser qu'indirectement les arguments des *Law and Economics* en ce qui concerne notre problématique, par les éléments qui l'entourent. Cela ne nous permet pas réellement d'entrer dans le vif du sujet, soit la *soft law*. Qu'est-ce qui explique cet écart? Michael P. Scharf, académicien fort critique des propos de Goldsmith et Posner, pose la question en ces termes:

[...] quelle différence cela fait si le droit international est libellé droit « contraignant » ou pas? [...] À la lumière de la mentalité « instrumentaliste » auto-proclamée par Goldsmith et Posner, une autre façon de poser la question est: Que tentent-ils d'accomplir en cherchant à prouver que le droit international n'est pas du vrai droit? Et en termes sémiotiques, qui cherchent-ils à influencer et pourquoi [traduction libre]?¹³⁶

¹³⁶ « [...] what difference does it make if international law is labeled "binding" law or not? [...] In light of Goldsmith and Posner's self-identified "instrumentalist" mind set, another way to put this question is: What are they trying to accomplish by seeking to prove that international law is not real law? And, in semiotic terms, who are they seeking to influence and why? » Scharf, Michael P., « International Law in Crisis : A Qualitative Empirical Contribution to the Compliance Debate » (2009-2010) 31 *Cardozo L Rev*, à la p. 75.

Le conservatisme théorique proposé par Posner et ses pairs nous mène à explorer une version différente de l'approche des *Law and Economics* appliquée au droit international, par les travaux d'Andrew T. Guzman.

1.3 Andrew T. Guzman et un conservatisme hybride adapté au droit international moderne : un oxymore s'il en est

Andrew T. Guzman remédie à cette lacune énorme de rejet de reconnaissance de la *soft law* par son approche théorique plus innovatrice, à notre sens, que Posner et ses collaborateurs. Ayant fait ses études de droit à l'Université Harvard, Guzman est professeur à la University of California Berkeley Law School¹³⁷. Ce dernier, en ce qui nous concerne, propose une analyse théorique améliorée qui sied donc mieux aux faits sociaux que nous analysons. Il est plus enclin à accepter la nouvelle réalité hybride que représente le droit international contemporain, sous toutes ses manifestations, incluant par exemple le rôle de la *soft law* et des organisations internationales.

1.3.1 La théorie proposée par Guzman : l'importance accrue du droit international et de la théorie prédictive

Guzman affirme, dans son article de 2002 « *A Compliance-Based Theory of International Law* »¹³⁸, qui jette les bases de sa proposition théorique, qu'il n'existe pas de théories du droit international pouvant expliquer à la fois le respect et les violations de celui-ci, et cela serait une menace aux fondements même de la

¹³⁷ « Andrew T. Guzman », en ligne: Berkeley Law - University of California
<<http://www.law.berkeley.edu/php-programs/faculty/facultyProfile.php?facID=583>>.

¹³⁸ Guzman, *supra* note 51.

discipline¹³⁹. Pour remédier à cette lacune, l'auteur propose une théorie basée sur la *réputation*, dans laquelle les États sont rationnels et ont des intérêts égoïstes¹⁴⁰. Un modèle de jeu à répétitions indéfinies démontre comment le droit international a une incidence sur le comportement étatique¹⁴¹. En effet, le dilemme des prisonniers ne serait pas suffisant pour expliquer les relations internationales ; il faut y ajouter une ronde supplémentaire pour que le dilemme prenne son sens en droit international¹⁴².

Guzman se distance directement des *Law and Economics* plus traditionnels, tel qu'entendus par Posner et Goldsmith. Il résume leur argument principal comme étant celui que le droit international n'affecte pratiquement pas le comportement étatique, mais se produit simplement par calcul d'un coût minime et d'un bénéfice à être perçu comme coopératif¹⁴³. Guzman réfute cet argument en deux points: d'abord, la perception d'un État comme étant coopératif ne mène à rien si au final le droit international n'est pas effectivement un outil important pour les intérêts étatiques, et ensuite, Guzman affirme qu'au contraire, une participation au système du droit international est en fait fort coûteuse¹⁴⁴. Il présente l'argument que si le droit international n'est pas déterminant pour le comportement étatique, ainsi pourquoi les États investiraient-ils de tels montants pour, par exemple, évaluer la légalité de leur comportement selon les normes internationales, ou encore contester le contenu de certaines manifestations de droit international¹⁴⁵? Il utilise, entre autres, l'exemple des négociations du Cycle d'Uruguay, sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce, qui ont duré huit ans, consommant d'énormes ressources humaines, financières et temporelles¹⁴⁶.

¹³⁹ *Ibid*, à la p. 1826.

¹⁴⁰ *Ibid*, à la p. 1827.

¹⁴¹ *Ibid*, à la p. 1840.

¹⁴² *Ibid*, à la p. 1842.

¹⁴³ Guzman, Andrew, *How International Law Works*, Oxford University Press, 2008, à la p. 14.

¹⁴⁴ *Ibid*.

¹⁴⁵ *Ibid*, à la p. 11.

¹⁴⁶ Guzman, *supra* note 51, à la p. 1837.

Les questionnements qu'il présente dans sa réfutation des propos de Posner et Goldsmith se rapprochent en quelque sorte des nôtres; nous nous demandons pourquoi les États déploieraient autant de mesures concrètes et coûteuses pour participer aux activités de la Commission, si ses recommandations n'étaient pas d'un intérêt significatif pour eux. Bien que nous en arrivions à des orientations de réponses différentes, nous posons la même question que Guzman, lorsqu'il met de l'avant le fait que les États proclameront leur innocence et justifieront leurs actions par l'utilisation de ressources lorsqu'accusés d'avoir violé le droit international¹⁴⁷. En effet, pourquoi les États des Amériques participeraient-ils au processus de pétitions de la Commission, lorsqu'ils sont interpellés pour une violation de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, s'ils niaient l'existence et la valeur de telles normes supranationales?

Outre cela, ce qui ressort surtout comme élément de succès d'une théorie du domaine pour Guzman est sa capacité à prédire les événements de violations étatiques du droit international¹⁴⁸. Il affirme donc qu'un modèle de respect est nécessaire, plutôt que de simples descriptions des comportements étatiques. Cela justifie d'ailleurs son rejet du libéralisme en tant que théorie acceptable du droit international, lui préférant un rôle secondaire, puisqu'il ne proposerait pas de tel modèle de prédiction¹⁴⁹. Nous rejetons une potentielle théorie prédictive de comportements sociaux, choix épistémologique incompatible avec notre cadre théorique constructiviste. Nous critiquons ici également le manque de détails quant à ce critère de capacité de prédiction. Pour qui celui-ci est-il nécessaire : est-ce pour les autres États, les académiciens observateurs, les groupes de pression, les organisations non gouvernementales, les organisations internationales ? Il est clair que dans toutes ces instances, ces groupes n'ont pas accès à toutes les variables entourant les décisions

¹⁴⁷ *Ibid*, à la p. 1838.

¹⁴⁸ *Ibid*, à la p. 1860.

¹⁴⁹ *Ibid*, à la p. 1839.

des acteurs étatiques individuels, variables pourtant essentielles pour une prédiction faite par un calcul de choix rationnel.

Mais ce qui compose l'essentiel de la contribution de Guzman est lié à la redéfinition du droit international, et au concept interrelié de réputation. Le professeur plaide pour une définition *fonctionnelle* plutôt que doctrinale, ce que nous explorons plus en détail à la section suivante.

1.3.2 La *soft law* dans l'éventail du droit international : la sanction fait place à la réputation

Guzman rejette toute définition du droit international qui ne soit pas inclusive de tous les engagements faits par les États au niveau supranational. Pour l'auteur, si l'on ne considère que les traités, tel que cela est le cas pour les conceptions classiques du phénomène, cette vision est sous-inclusive dans la perspective du respect étatique du droit international¹⁵⁰. Selon Guzman, la *soft law* doit donc simplement être considérée comme l'une des manifestations d'un engagement supranational, d'une promesse étatique, en ce sens identique aux autres manifestations de droit international, faisant partie de l'éventail des engagements des États en droit international¹⁵¹. L'inclusion de la *soft law* dans la définition du droit international a entre autres pour mérite d'expliquer l'existence et la popularité de cette forme de droit, qui ne sont pas explicables par des définitions plus conservatrices¹⁵². Guzman exprime l'un des avantages majeurs que les États ont trouvés à la *soft law* : « [d]'avoir la capacité de s'engager ou de ne pas s'engager est de grande valeur, mais

¹⁵⁰ *Ibid.*, à la p. 1828.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*

la capacité de choisir d'une gamme de niveaux d'engagements est d'une encore plus grande valeur »¹⁵³.

Pour Guzman, la sanction, autre élément définitionnel classique, n'est pas indispensable pour constituer du droit. Selon l'auteur, des violations du droit international entraînent parfois des sanctions directes, mais également des sanctions de réputation. Ainsi, ces dernières sanctions ne sont pas conformes à la définition généralement convenue du terme en droit¹⁵⁴. Les coûts en matière de réputation affecteront la capacité des États à contracter des engagements pour le futur, car il est assumé que plus la capacité d'un État à s'engager est élevée, plus cette réputation profite celui-ci¹⁵⁵. En effet, si la réputation de l'État est bonne en ce sens, les autres États perçoivent ce dernier comme étant coopérant, et cet État pourra ainsi bénéficier de relations de coopération à long terme avec d'autres État avec la même réputation¹⁵⁶.

En somme, l'auteur propose que les États font le calcul qu'une violation du droit international a des avantages immédiats, mais que celle-ci peut être nuisible pour le futur¹⁵⁷. Ainsi, les États qui font le choix de ne pas se préoccuper de leur réputation en matière de respect de leurs engagements supranationaux préfèrent les bénéfiques à court terme aux gains à long terme¹⁵⁸. Guzman présente également l'argument selon lequel un État pourrait choisir de préférer un autre aspect de la réputation plutôt que le respect du droit international, par exemple un respect de ses alliances en priorité, ou encore une réputation de dureté¹⁵⁹. Il ira même plus loin

¹⁵³ « *Having the ability either to commit or not commit is valuable, then, but the ability to choose from a range of commitment levels is even more valuable.* » *Ibid*, à la p. 1856.

¹⁵⁴ *Ibid*, à la p. 1827.

¹⁵⁵ *Ibid*, aux pp. 1845-1846.

¹⁵⁶ *Ibid*, à la p. 1849.

¹⁵⁷ *Ibid*.

¹⁵⁸ *Ibid*, à la p. 1850.

¹⁵⁹ *Ibid*, aux pp. 1850-1851.

encore dans ses écrits subséquents en affirmant qu'en majorité, le droit international ne comporte aucune mesure de surveillance et de sanction explicite¹⁶⁰, renchérissant son point de vue sur l'importance de la réputation.

Guzman précise sa vision théorique de la réputation en présentant les quatre facteurs qui influencent l'impact sur celle-ci d'une violation du droit international. Ce sont 1) la sévérité de la violation ; 2) les raisons pour cette violation ; 3) l'étendue de la connaissance des autres États de cette violation ; et 4) la clarté de l'engagement et de la violation¹⁶¹. Cependant, comment les États peuvent-ils opérer des choix rationnels et prévisibles quant à la réputation, pourtant constituée de facteurs incertains ? Bien qu'il puisse être soutenu que les États agissent en connaissance de cause des deux premiers facteurs ainsi que du quatrième, malgré que cela soit subjectif et sujet à controverse d'interprétation, le facteur de l'anticipation de la connaissance de la violation par les autres États pose un problème encore plus grand. Comment les États peuvent-ils réellement prédire quels pairs seront conscients de cette violation et quel effet cela aura sur leur réputation ? Au-delà de ceci, peut-on réellement calculer, à la manière *Law and Economics* des coûts et bénéfices, un élément aussi subjectif que la réputation ? Il s'agit après tout d'une prétention à la possibilité de calculer les réactions d'autrui sur le long-terme. Guzman vise une théorie prédictive, que nous pouvons déduire de l'importance pour ce dernier d'explications du respect *et* des violations du droit international. Rappelons que Guzman ajoute l'élément de la réputation à sa théorie du choix rationnel. Nous ne réfutons aucunement cet élément de réputation, construction sociale que nous explorerons entre autres au troisième chapitre de ce mémoire, mais nous considérons problématique qu'un élément aussi intangible que la réputation soit mis de l'avant de pair avec un facteur de prédictibilité.

¹⁶⁰ Guzman, *supra* note 143, à la p. 8.

¹⁶¹ Guzman, *supra* note 51, aux pp. 1861-1863.

Le public considéré pour l'élément de réputation constitue un autre problème majeur de la proposition de Guzman. À chaque occasion dont il est question de réputation, l'auteur se réfère uniquement aux effets sur les relations interétatiques. N'est-ce pas obnubiler tous les résultats sociaux observables d'une violation du droit international sur d'autres entités non négligeables, telles que les organisations non gouvernementales, les organisations internationales, et les populations affectées ou empathiques ? N'oublions pas, par exemple, l'effet à long-terme de l'invasion américaine en Irak en 2003 sur le gouvernement Bush.

Le dernier problème central que nous considérons en ce qui a trait à la réputation est l'assomption de l'importance de celle-ci. Bien qu'il soit largement présumé, dans les écrits de Guzman, que la réputation importe aux États, celui-ci admet que ce ne sont pas tous qui souhaitent la préserver¹⁶². Mais, considérant que sa théorie assume le choix rationnel en prises de décisions, qu'est-ce qui explique que plusieurs États semblent constamment ne pas considérer ce facteur de réputation, qui serait le plus bénéfique à long terme, et donc le plus rationnel ? Prenons les exemples de l'Iran, ou de la Corée du Nord ; sont-ils *moins rationnels* que leurs contreparties ? Sa théorie n'explique donc pas les exceptions, phénomènes pourtant relativement fréquents. Si à chaque occasion à laquelle un État semble abandonner un intérêt pour la réputation au bénéfice d'un autre intérêt, il est affirmé que cet autre intérêt avait simplement plus de poids dans la balance du calcul coûts/bénéfices, ne nous retrouvons-nous pas encore devant une proposition infalsifiable ? Si la réputation est présentée comme n'étant qu'un intérêt en compétition avec d'autres, est-elle réellement un ajout ontologique innovateur ? Elle demeure ainsi fort rationaliste.

L'inclusion de la *soft law* dans la définition du droit international, ainsi que la nouvelle interprétation de l'élément de sanction, démontrent que Guzman ne présente

¹⁶² *Ibid*, à la p. 1850.

pas le même conservatisme que Goldsmith, Posner et Sykes en matière de transposition des éléments du droit interne au droit international. Guzman admet d'ailleurs directement que lorsqu'il est question de droit au niveau international, il est difficile de faire des analogies avec le droit interne des contrats¹⁶³, analogies qui sont pourtant fréquentes dans la littérature du domaine. Nous apprécions et partageons cette admission du caractère hybride du droit international, auquel la réalité nationale n'est pas directement transférable.

1.3.3 Les rapprochements avec la théorie libérale : les organisations internationales et les facteurs domestiques

Guzman étudie également un acteur des relations internationales, et conséquemment du droit international, longtemps nié comme tel, abordé par Posner et al, mais fort succinctement: les organisations internationales. Il y dédie un récent article, « *Doctor Frankenstein's International Organizations* », dans lequel il compare ces entités, qui sont des créations étatiques prenant vie de manière autonome, au monstre incontrôlable de Mary Shelley¹⁶⁴. Il précise toutefois que l'acteur principal du système international demeure l'État¹⁶⁵. Il se rapproche ainsi des libéraux que nous considérerons ci-après ; les organisations internationales y occupent une place beaucoup plus importante que pour les néo-réalistes ou pour des *Law and Economics* tels que Goldsmith, Posner et Sykes, même si elle n'est pas centrale. Guzman affirme que les États reconnaissent le « problème de Frankenstein », c'est-à-dire qu'il y a un risque que l'entité créée, l'organisation internationale, agisse en contradiction avec les intérêts étatiques, mais qu'il faut

¹⁶³ *Ibid*, à la p. 1878.

¹⁶⁴ Guzman, Andrew T., «Doctor Frankenstein's International Organizations» (2012) ID2015010 SSRN.

¹⁶⁵ *Ibid*, à la p. 1.

toutefois déléguer assez d'autorité pour qu'elle soit efficace¹⁶⁶. Sa thèse est que les États sont trop conservateurs en matière de délégation de cette autorité, menant à une utilisation sous-optimale du potentiel des organisations internationales¹⁶⁷.

Guzman plaide pour une utilisation accrue des organisations internationales, dans la mesure où les sanctions, même si elles prennent la forme non conventionnelle de pertes en matière de réputation, ne sont pas optimales. Les mécanismes de résolution de différends seraient plus efficaces, et devraient être coordonnés par des organisations internationales¹⁶⁸. Si l'on élargit notre conception d'un mécanisme supranational de résolutions de différends, nous pouvons opérer des parallèles intéressants avec notre cas à l'étude. En effet, considérer la Commission en tant que mécanisme de règlements de différends, ici entre les États membres et les pétitionnaires, mène à des angles d'analyses résultant en des conclusions se rapprochant des propos de Guzman.

Un autre parallèle pouvant être accompli avec la théorie libérale est l'affirmation de Guzman selon laquelle les facteurs domestiques sont effectivement déterminants sur le comportement étatique supranational. Il écrit : « [L]'allégation selon laquelle les institutions juridiques nationales jouent un rôle primordial en droit international est certainement exacte [traduction libre] »¹⁶⁹. Nous remarquons une constante en ce qui a trait aux ajouts ontologiques incarnant des rapprochements avec le libéralisme ; bien que Guzman les énonce et les accepte, sa théorie ne les intègre pas significativement. Ainsi, l'influence des facteurs domestiques n'occupe aucune place dans la proposition théorique à l'étude ; seuls sont concrètement considérés les facteurs décisionnels et les conséquences interétatiques. Cela est également le cas

¹⁶⁶ *Ibid*, à la p. 2.

¹⁶⁷ *Ibid*, à la p. 40.

¹⁶⁸ Guzman, *supra* note 51, à la p. 1829.

¹⁶⁹ « *The claim that domestic legal institutions play a critical role in international law is certainly correct.* » *Ibid*, à la p. 1835.

pour les organisations internationales, bien que dans une plus moindre mesure, entités qui ne sont pas considérées, par exemple, en matière d'acteurs affectés par les effets de la réputation étatique.

Nous apprécions ces ajouts ontologiques, bien que nous allions toutefois bien plus loin dans notre proposition théorique, en mettant de l'avant, notamment, que l'autorité de l'organisation internationale n'est pas nécessairement proportionnelle à celle qui fut léguée par les États. L'entité peut, par pratiques sociales intersubjectives, construire une identité de plus en plus autoritaire, malgré les restrictions dont elle fut assortie à sa création par les États, ce qui peut être facilité par des entités domestiques.

1.3.4 Les *Law and Economics* traditionnels reviennent au galop : les éléments essentiels de choix rationnel et d'acteurs à intérêts égoïstes

Guzman met de l'avant les éléments centraux d'analyse suivants, identiques aux réalistes, identiques aussi aux *Law and Economics* précédemment considérés : les États sont supposés rationnels, intéressés que par leurs propres intérêts (« *self-interested* »), capables d'identifier ces intérêts et d'agir conséquemment, et ceux-ci étant liés aux préférences exogènes et fixes¹⁷⁰. La théorie des jeux est également fréquemment utilisée par l'auteur pour démontrer les calculs coûts/bénéfices qu'il expose, tel qu'il le fut mentionné à quelques reprises ci-dessus. Ceux-ci sont des éléments essentiels teintant tous les ajouts innovateurs de Guzman par rapport à ses pairs ; ce dernier les réitère d'ailleurs régulièrement, afin de clarifier qu'ils encadrent toutes ses propositions.

¹⁷⁰ Guzman, *supra* note 143, à la p. 17.

L'élément des intérêts égoïstes des acteurs étatiques semble même surpasser celui de la réputation dans la proposition théorique de Guzman. En effet, lorsque les normes internationales sont en conflit avec le « *self-interest* » d'un État, ce dernier violera le droit international, car cet intérêt égoïste prévaut sur tout autre facteur¹⁷¹. Guzman présente toutefois ce concept de façon infalsifiable. En effet, il affirme : « [M]algré qu'il soit assumé que les États agissent de façon conforme à leurs intérêts égoïstes, aucune supposition n'est faite quant à la manière dont les États identifient leurs intérêts égoïstes. »¹⁷². Ainsi, telle la rationalité, les intérêts égoïstes d'un État peuvent être interprétés, et réinterprétés *a posteriori*, comme étant définis par peu importe ce que la décision prise justifie.

1.3.5 La proposition théorique de Guzman est-elle réellement applicable aux droits humains ?

Finalement, nous décelons des incohérences quant à l'applicabilité de la théorie de Guzman au droit international des droits humains. L'auteur n'ignore pas cette dimension du droit international, la mentionnant à plusieurs reprises comme exemple, ni ne cherche à la discréditer¹⁷³. Cependant, nous concevons difficilement comment cette théorie peut être optimale pour l'interprétation des faits sociaux entourant le domaine. En effet, Guzman se concentre sur les violations interétatiques du droit international. Une violation du régime de droits humains supranational n'est généralement pas une violation d'un engagement envers un autre État ; il s'agit, dans la plupart des cas, d'une violation de ce que par consensus la communauté internationale a considérée comme inacceptable. En ce sens, de façon majoritaire,

¹⁷¹ Guzman, *supra* note 51, à la p. 1836.

¹⁷² « *Although it is assumed that states act in a self-interested fashion, no assumption is made regarding the way in which states identify their self-interest.* » *Ibid*, à la p. 1841.

¹⁷³ Voir, entre autres, Guzman, *supra* note 51, à la p. 1862. Il utilise l'exemple d'une violation d'un traité de protection des droits humains pour illustrer son propos de sanction de réputation.

aucun autre État n'est directement atteint par une telle violation. Les premiers concernés sont les populations, qui se trouvent analytiquement au niveau national, remettant ici de l'avant les lacunes de cette théorie en matière d'inclusion des facteurs domestiques. Ceci est problématique, dans la mesure où Guzman présente une prétention à offrir une théorie universelle du droit international, malgré qu'il amenuise ceci en affirmant que le droit international aura un plus grand impact en matière économique que militaire ou sécuritaire¹⁷⁴. Nous sommes d'avis qu'il serait plus approprié et exact que l'auteur présente sa théorie comme s'appliquant uniquement à certains domaines du droit.

Pour clore ce premier chapitre, nous estimons donc que les auteurs dominants contemporains du courant populaire des *Law and Economics* ne proposent pas de cadre analytique pertinent et cohérent pour notre problématique à l'étude, malgré que Guzman présente certains outils intéressants. Nous maintenons pour ce dernier nos appréhensions exposées préalablement sur l'élément du choix rationnel. Nous croyons plutôt que le choix rationnel et les actions parfaitement calculées de la théorie des jeux représentent plus un idéal de conduite de l'humain en matière de prises de décisions que la réalité dans les faits. La plus grande faille du courant est selon nous son incapacité à expliquer pourquoi plusieurs États, voire tous, agissent à contre-sens du choix rationnel à un moment ou un autre ; qu'est-ce qui justifie ce comportement en ces instances, si l'acteur étatique est assumé rationnel ? Et surtout, nous considérons que le nombre limité des variables contrôlées dans les modèles de jeux nous fait douter de leur capacité à réellement représenter toute la complexité sociale impliquée lors de prises de décisions étatiques en lien avec le droit international. Nous sommes plutôt d'avis qu'un réel choix « rationnel » doit être informé de *toutes* les variables qui auront un impact potentiel, ceci incluant donc par exemple les réactions des autres acteurs, qui sont impossibles à prédire avec une

¹⁷⁴ *Ibid*, à la p. 1852.

certitude absolue. Les critiques principales adressées aux *Law and Economics* laissent présager nos préférences épistémologiques, décrites dans la portion de reconstruction théorique de ce mémoire. L'exploration du courant théorique libéral contemporain en droit international nous permettra de nous questionner sur notre problématique par les propositions d'un autre courant dominant, encore ici selon un angle de critique constructiviste.

CHAPITRE II

LES MANIFESTATIONS DU LIBÉRALISME CONTEMPORAIN EN DROIT INTERNATIONAL

Que le courant libéral en droit international soit toujours en vogue, que les publications y étant liées soient fort populaires (et fortement critiquées, ce qui n'ajoute qu'à leur popularité), et que plusieurs de ses représentants académiques soient nommés professeurs dans des institutions universitaires parmi les plus reconnues du monde, nous sert grandement. En effet, considérant que le libéralisme est intrinsèquement lié aux faits de notre problématique (c'est-à-dire les droits humains et les organisations internationales), il est inévitable d'en aborder ses composantes principales, et il est intéressant de le faire sous l'angle d'écrits contemporains pertinents dans le domaine.

Nous abordons donc la théorie libérale en reconnaissant les liens existants avec notre problématique et le constructivisme, mais en précisant les raisons qui nous mènent à réfuter ce courant comme étant un fil conducteur de pensée adéquat et cohérent lorsque mis au test des faits sociaux de la Commission. Nous explorerons d'abord fort brièvement les ramifications historiques du courant libéral, dont les idéaux naturalistes sont immanquablement connectés à la notion contemporaine de droit international des droits humains, à des fins de mise en contexte, à la section 2.1. Nous passerons ensuite à la présentation des deux auteures qui nous intéressent principalement pour nos fins, Beth A. Simmons, à la section 2.2, et Anne-Marie Slaughter, à la section 2.3. Leurs idées majeures seront mises en relation avec notre

problématique. Nous en viendrons à la conclusion que, malgré les rapprochements ontologiques évidents, nous demeurons insatisfaits face aux éléments et conclusions épistémologiques et méthodologiques proposés par les auteures dont les travaux sont analysés, qui sont en somme rationalistes. En effet, ceux-ci n'offrent toujours pas de cadre théorique conséquent avec les faits que nous interprétons ici. Nous présenterons également une insatisfaction quant à la négligence d'éléments cruciaux d'analyse ontologique.

2.1 Les racines historiques du libéralisme et des droits humains

Nous pouvons lier l'appellation « droits de l'homme », forme linguistique plus conservatrice du phénomène moderne des droits humains malgré tout largement utilisée et institutionnalisée aujourd'hui, au principe fondateur du libéralisme, celui de la « primauté affirmée de l'homme dans la société »¹⁷⁵. À la base du libéralisme politique, se trouve une limitation du pouvoir étatique, mais également une protection offerte par celui-ci, au bénéfice des libertés individuelles¹⁷⁶. Baruch Spinoza, dès le 17^e siècle, en jettera les bases, remettant en question l'absolutisme monarchique; ses avancées philosophiques frayèrent le chemin à des penseurs clés des révolutions politiques anglaises et françaises, tels que Locke, Voltaire, Montesquieu, Diderot et Rousseau¹⁷⁷. C'est Locke qui bâtit le pont philosophique entre le naturalisme et les droits de l'homme, menant à la conceptualisation moderne des droits humains comme étant inhérents à tous, mérités du simple fait de la naissance, lorsqu'il « fai[t] passer le droit naturel du côté de la liberté individuelle »¹⁷⁸. Notons bien notre utilisation du terme conceptualisation *moderne*, car la composante *universaliste* des droits humains

¹⁷⁵ Raynal, Jean-Jacques, *Histoire des grands courants de la pensée politique*, Coll. Les Fondamentaux, Paris, Hachette Supérieur, 2006, à la p. 71.

¹⁷⁶ *Ibid*, à la p. 72.

¹⁷⁷ *Ibid*, aux pp. 74-86.

¹⁷⁸ Lescuyer, Georges, *Histoire des idées politiques*, 14^e éd, Paris, Éditions Dalloz, 2001, à la p. 312.

actuels a un très court historique. En ce qui concerne la France, la Révolution apporta son lot de contributions novatrices. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 est celle qui intéresse le plus notre problématique, et constitue le document le plus marquant de ce bouleversement politique. Sont ainsi consacrés en « affirmation institutionnelle » des droits qualifiés de naturels et d'imprescriptibles. Ceux-ci ne sont plus des idéaux revendiqués en marginalité, mais deviennent plutôt indissociables du rôle du gouvernement, malgré que n'étant dorénavant plus conçus comme émanant de la bonne volonté étatique¹⁷⁹. Le chemin de cette révolution des idées mène ultimement à l'ordre juridique international:

De la volonté de soustraire ces droits au Pouvoir, à la fois pourvoyeur et fossoyeur des droits de l'homme, est née l'idée de rechercher des garanties supérieures en inscrivant les droits de l'homme à protéger dans un ordre juridique extérieur, supérieur à l'ordre juridique interne¹⁸⁰.

Nous n'échappons donc pas aux origines d'institutionnalisation du concept de protection des droits humains, intrinsèquement lié à la pensée philosophique politique du libéralisme.

Puisque les ramifications de cette pensée sont toujours vivantes et fertiles aujourd'hui, nous saisissons l'occasion d'étudier les écrits de Simmons et Slaughter, afin de déceler en quoi le concept de droits humains, dont nos convictions normatives qui y sont liées sont difficilement dissimulables, n'est pas indissociable de la théorisation qui l'a vu naître.

¹⁷⁹ Raynal, *supra* note 175, à la p. 89.

¹⁸⁰ Weber, Anne, *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, Paris, Éditions A. Pedone, 2008, aux pp. 16-17.

2.2 Beth A. Simmons et la démonstration du pouvoir des traités internationaux de droits humains

Nous débutons l'analyse par les écrits de Beth A. Simmons, puisqu'elle représente, selon notre interprétation, une manifestation somme toute classique et prévisible du libéralisme, tout comme Posner et ses co-auteurs pour les *Law and Economics*. Slaughter, que nous abordons par la suite, ajoute certains éléments hybrides qui la placent au niveau chronologique de Guzman, adoptant sensiblement la même base d'idées mais mettant de l'avant une surenchère de celles-ci. Simmons est professeure à l'université Harvard, d'où elle a également obtenu son doctorat; elle a travaillé au Fonds monétaire international (FMI) dans le cadre d'un fellowship au Council on Foreign Relations (CFR)¹⁸¹.

La dissociation la plus évidente de Simmons par rapport aux idées présentées à la section précédente est celle de sa conception en tant que telle du droit international des droits humains. Alors qu'il est possible de percevoir un cynisme ambiant chez les *Law and Economics* par rapport à, d'une part, la pertinence et l'importance, et d'autre part les réussites de ce domaine de droit¹⁸², chez Simmons et ses pairs, cela est tout le contraire. En effet, selon elle, le droit international, plutôt que l'utilisation de coercition sous forme de sanctions ou d'usage de la force, représente l'alternative la plus appropriée pour l'avancement des droits humains¹⁸³. Même si les traités de droits humains, formant l'objet de l'oeuvre majeure de Simmons, « *Mobilizing for Human Rights - International Law in Domestic Politics* » (2009), ne sont pas une solution miraculeuse, ayant la capacité de rendre les gouvernements « angéliques », l'auteure estime néanmoins que ces derniers ont la

¹⁸¹ « Beth A. Simmons », en ligne: Harvard University <<http://scholar.harvard.edu/bsimmons/>>.

¹⁸² Voir par exemple le chapitre quatre, intitulé « *Human Rights* », aux pp.107 à 134 dans *The Limits of International Law*, supra note 108, et le chapitre quatorze, intitulé « *Human Rights* », aux pp. 198 à 208 dans *Economic Foundations of International Law*, supra note 73.

¹⁸³ Simmons, supra note 53, à la p. 8.

capacité d'améliorer les droits humains en altérant les coûts politiques domestiques, de concert avec les institutions politiques et juridiques nationales déjà en place¹⁸⁴.

Sa position normative est très claire et explicite: « Le régime international de protection des droits humains mérite le respect en tant que façon importante d'améliorer universellement les droits humains de base [traduction libre] »¹⁸⁵. Au-delà de cela, Simmons renchérit sur cette affirmation, en stipulant que la question la plus importante que nous devrions tous nous poser est celle de comprendre comment les instruments juridiques peuvent améliorer la condition humaine¹⁸⁶. Nous sommes bien loin ici de la conception du rôle du droit des *Law and Economics*, qui, rappelons-le, devrait viser l'efficacité et l'optimalisation des ratios coûts/bénéfices, tel que nous l'avons démontré à la section 1.1.

Sa thèse est le résultat de nombreux calculs empiriques. Elle propose, en somme, que les traités de droits humains sont généralement ratifiés sur une base sincère, et qu'ils ont un effet sur le comportement étatique ; la ratification de ces traités augmente le respect étatique des droits humains de façon concrète. Ainsi, la principale raison expliquant la ratification des traités est une volonté étatique de mise en œuvre et de respect des normes contenues dans ces derniers¹⁸⁷ ; conséquemment, le respect étatique du droit international des droits humains contraignant est expliqué par la ratification des traités pertinents. Simmons affirme que les exceptions sont expliquées par les faux positifs et les faux négatifs, concepts présentés à la section 2.2.3. Elle ne constate aucune preuve qu'une explication liée à la coercition serait exacte, ce qui constitue l'un des arguments des *Law and Economics*. Par exemple, les pays plus « grands » auraient ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et

¹⁸⁴ *Ibid*, aux pp. 15-16.

¹⁸⁵ « *The international human rights regime deserves respect as an important way to improve basic human rights globally.* » *Ibid*, à la p. 22.

¹⁸⁶ *Ibid*, à la p. 19.

¹⁸⁷ *Ibid*, à la p. 64.

politiques (PIDCP) plus volontiers que les pays plus « petits », et les récipiendaires d'aide internationale provenant par exemple du Fonds monétaire international (FMI) auraient retardé ou complètement évité une telle ratification¹⁸⁸ ; il n'y aurait donc pas eu de coercition de la part des États les plus puissants en ce sens. Ces exemples sont démonstratifs des fondements des arguments de Simmons ; si elle observe, dans l'un de ses résultats empiriques, une concordance avec sa proposition, celle-ci est déclarée valide, même si ce ne sont pas tous les résultats (par exemple, pour les tous les traités considérés) qui démontrent un tel succès. Nous reviendrons à la section 2.2.4 aux problèmes épistémologiques que nous décelons dans sa proposition.

Simmons propose, plutôt qu'une théorie du choix rationnel tel que le font les *Law and Economics*, une théorie de ratification rationnellement expressive (« *theory of rationally expressive ratification* ») en matière d'engagement étatique (« *commitment* »); il s'agit encore ici de préférences rationnelles, de coûts et de bénéfices¹⁸⁹. Cela signifie que les ratifications de traités de droits humains reflètent les préférences et pratiques gouvernementales, soumises aux coûts potentiels d'une telle action étatique¹⁹⁰. En matière de respect étatique des traités (« *compliance* »), sa proposition est une théorie de politique interne du respect étatique des traités (« *domestic politics theory of treaty compliance* »)¹⁹¹ ; la place considérable accordée aux facteurs internes dans la proposition théorique de Simmons sera explorée en détails à la section 2.2.2.

Il semble n'exister aucune autre explication possible pour l'auteure, outre ses variables de faux positifs et de faux négatifs, exceptions présentées ci-dessous¹⁹²,

¹⁸⁸ *Ibid*, à la p. 97.

¹⁸⁹ *Ibid*, à la p. 64.

¹⁹⁰ *Ibid*.

¹⁹¹ *Ibid*, à la p. 125.

¹⁹² Nous revenons à ce concept en détail à la section 2.2.3. Précisons pour le moment qu'il s'agit d'exceptions à la thèse de sincérité des États lors de la ratification des traités, qui expliquent pourquoi des États avec un historique positif de respect des droits humains ne ratifient pas les traités pertinents

qu'une expression consciente et sincère pour le contenu d'un traité lors de sa ratification. Elle critique implicitement les *Law and Economics* lorsqu'elle aborde l'argument que la ratification d'un traité peut se faire par un État n'ayant aucune intention de respecter ses dispositions, pour la raison d'un calcul des bénéfices qui excèdent les coûts. Elle répond par l'argument selon lequel, si tel était réellement le cas, la ratification des traités de droits humains serait universelle. Également, cela ne serait plausible que dans un monde où les suivis de la société civile, des autres gouvernements et des organisations internationales sur le respect dudit traité sont non existants¹⁹³. Autrement formulé, malgré le fait que les mécanismes de surveillance des traités de droits humains soient généralement faibles, d'autres acteurs tiennent responsables les États ayant ratifié ces instruments, et ainsi les coûts de la ratification doivent inclure ces conséquences.

Simmons réfute également des prétentions constructivistes, se gardant toutefois de les nommer ainsi, et le concept sociologique de « culture mondiale ». Elle fait référence à l'idée que la ratification peut représenter un « acte d'émulation » dans lequel un État adopte les valeurs de la culture Occidentale dominante afin d'être identifié comme membre de la société d'États contemporaine¹⁹⁴. Elle se méfie de cette proposition, affirmant que cela mène à des généralisations potentielles au détriment de la prise en compte de contextes domestiques « très spécifiques »¹⁹⁵. Or, c'est précisément une généralisation que Simmons propose avec ses trois catégories rigides d'États présentés précédemment (États sincères, États faux positifs, États faux négatifs).

(les faux négatifs), alors que des États avec un historique négatif de violations des droits humains ratifient ces traités (les faux positifs). Les explications réfèrent à des facteurs domestiques.

¹⁹³ Simmons, supra note 53, à la p. 60.

¹⁹⁴ *Ibid.*, à la p. 62.

¹⁹⁵ *Ibid.*, à la p. 64.

2.2.1 Le fonctionnement de la puissance de la contraignabilité en droit international des droits humains

Ainsi, comment les traités ont-ils ce pouvoir impressionnant sur l'amélioration des droits humains, nié par plusieurs autres théories (particulièrement les réalistes et les *Law and Economics*)? La réponse de Simmons forme l'essentiel de sa thèse, qui est la suivante: « Dépendamment du contexte domestique dans lequel ils sont insérés, les traités peuvent affecter la politique nationale de manières tendant à exercer une influence importante sur la façon dont les gouvernements se comportent envers leurs propres citoyens [traduction libre] »¹⁹⁶. Répondant aux critiques du droit international qui voient ce dernier comme étant paternaliste, représentant et reproduisant la dichotomie sauveur/victime¹⁹⁷, Simmons affirme que les engagements étatiques contractés par traités sont directement disponibles en tant qu'outils pour une stratégie de libération des plus opprimés¹⁹⁸.

Les traités de droits humains auraient la capacité d'enclencher trois mécanismes au niveau national: celui d'avoir un effet sur les ordres du jour initiés par les élites, celui d'être un soutien pour des litiges juridiques, et celui d'être instigateur de mobilisation sociale¹⁹⁹. La mobilisation sociale est centrale dans la proposition théorique de Simmons, ce qui concorde avec le caractère centré sur l'individu du libéralisme.

¹⁹⁶ « *Depending on the domestic context into which they are inserted, treaties can affect domestic politics in ways that tend to exert important influences over how governments behave toward their own citizens.* » *Ibid*, à la p. 4.

¹⁹⁷ À ce sujet, voir surtout: Mutua, Makau, « *Savages, victims, and saviors: the metaphor of human rights* » (2001) 42 : 1 *Harv Int'l LJ* 201. Mutua y présente la thèse selon laquelle le droit international des droits humains construit et reproduit la métaphore tridimensionnelle de sauvage/victime/sauveur. Mutua propose que l'État n'incarne pas le sauvage, mais une instrumentalité neutre; une déviation culturelle serait plutôt à blâmer. La métaphore tridimensionnelle construit l'Autre, représenté comme inférieur. L'auteur prône comme alternative une multiculturalisation du corpus du droit international, tenant compte des écrits critiques d'auteurs non Occidentaux.

¹⁹⁸ Simmons, *supra* note 53, à la p. 7.

¹⁹⁹ *Ibid*, à la p. 14.

Elle affirme que sa thèse se prête le mieux aux systèmes institutionnels nationaux fluides, c'est-à-dire dans lesquels ni l'autocratie ni la démocratie ne sont cristallisés. Au sein des autocraties stables, les citoyens détiendraient les motifs pour se mobiliser mais non les moyens. Inversement, au sein des démocraties stables, les citoyens détiendraient les moyens mais non les motifs, « généralement »²⁰⁰. Cela implique donc une conception de la souveraineté bien plus fluide que celle des *Law and Economics*, qui la considère si rigide que le régime contemporain de droits humains représente un affront à cette souveraineté. Au contraire, pour l'auteure,

[L]'idée qu'un gouvernement devrait avoir la liberté de traiter son peuple aussi brutalement qu'il le désire alors que les autres États sont impuissants à intervenir *en raison de son statut d'État souverain* est légalement - et possiblement, moralement - insoutenable au 21e siècle [traduction libre]²⁰¹.

Nous voyons ici tout un contraste, et une forte perspective normative.

2.2.2 Facteurs ontologiques domestiques: une dissociation des *Law and Economics* et une continuité du libéralisme classique

Les facteurs domestiques sont, pour Simmons, ce qui explique le plus la contraignabilité des traités internationaux, se distanciant nettement des *Law and Economics*, qui ont une vision plus systémique. Ceux-ci méritent donc une attention détaillée pour saisir la proposition théorique de Simmons. L'insistance de Simmons sur les facteurs domestiques est parfaitement en ligne avec le courant libéral qui lui est affilié; le courant est d'ailleurs qualifié de théorie « *inside-out* », puisque les

²⁰⁰ *Ibid*, à la p. 16.

²⁰¹ « *The idea that a government should have the freedom to treat its people as brutally as it wishes while others are helpless to intervene because of its status as a sovereign state is legally - and possibly, morally - untenable in the twenty-first century.* » *Ibid*, à la p. 23.

facteurs endogènes sont déterminants des facteurs exogènes²⁰². Pour l'auteure, les facteurs domestiques expliquent la ratification et le respect des traités de droit international par les États, plutôt que les éléments du système international, ce qui contraste donc avec les facteurs explicatifs des *Law and Economics*, présentés ci-dessus.

Bien que les facteurs domestiques soient considérés par les libéraux, ils sont auréolés d'un caractère immuable et déterminé, ainsi que déterminant. La démocratie en est un exemple emblématique. La société démocratique, selon leur définition d'une telle réussite politique, a pour analogie internationale un « ordre mondial pacifique »²⁰³. Il s'agit également d'une conception manichéenne : soit il y a démocratie, soit il n'y en a pas. Nous sommes plutôt d'avis que les facteurs domestiques, pris pour acquis par les libéraux et entre autres par Simmons (qui ne les définira pas ou peu dans « *Mobilizing for Human Rights* »), sont des faits sociaux, construits par des interactions intersubjectives, porteurs d'une signification spécifique aux interprétations diverses. Nous considérons que la façon dont les libéraux appréhendent plusieurs facteurs internes relève du fondationnalisme, c'est-à-dire, en théorie de la connaissance, un raisonnement basé sur des vérités considérées comme des *a priori*²⁰⁴. Nous croyons plutôt que

[...] nous pouvons justifier nos croyances et actions en raisonnant uniquement d'après les preuves disponibles qui sont elles-mêmes d'autres croyances propositionnelles, et donc nous demeurons dans le domaine du raisonnement sur des relations entre des croyances [traduction libre]²⁰⁵.

²⁰² Burchill et al, supra note 52, à la p. 81.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Coffman, E. J., et Daniel Howard-Snyder, « Three Arguments Against Foundationalism: Arbitrariness, Epistemic Regress, and Existential Support » (2006) 36 : 4 Can J Phil 535.

²⁰⁵ « [...] we can justify our beliefs and actions by reasoning only upon our available evidence that are other propositional beliefs, and thus we remain in the realm of reasoning about relations between beliefs. » Neshier, Dan, *On Truth and the Representation of Reality – A Collection of Inquiries from a Pragmatist Point of View*, Lanham, University Press of America, 2002, à la p. 213.

Le fait que Simmons présente implicitement notamment la démocratie comme élément fixe aussi facilement catégorisable, n'est qu'un exemple parmi tant d'autres de failles ontologiques menant à l'impossibilité pour cette proposition théorique d'être cohérente avec les faits de notre problématique et de la réalité de la protection des droits humains. Toutefois, nous apprécions le regard tourné vers les facteurs domestiques, ce que nous considérons être une énorme amélioration face aux *Law and Economics*. Nous proposons en effet qu'il est irréaliste qu'il existe un éventail d'interactions supranationales isolées et inaffectées par les bagages domestiques des acteurs pertinents.

Ajoutons que l'ouverture ontologique aux facteurs domestiques permet de reconnaître et de théoriser une évidence affirmée par Simmons avec laquelle nous ne pouvons qu'être d'accord: « [...] personne ne se préoccupe autant des droits humains que les citoyens potentiellement bénéficiaires du pouvoir octroyé par ces traités »²⁰⁶. Cette proposition a pour large mérite de ramener au premier plan l'humain, objet et sujet du régime juridique analysé, même si le courant ne va pas aussi loin que nous le souhaiterions, en matière de réfutation de la réification de l'État. Nous demeurons ainsi cependant largement insatisfait du *résultat* libéral de cet ajout ontologique des facteurs domestiques, bien trop rigide dans cette interprétation.

2.2.3 Les exceptions de la théorie de Simmons: les faux positifs et les faux négatifs

Simmons relativise sa thèse, et tente par le fait même d'en atténuer les incohérences, en présentant ses concepts de « *false negatives* » et de « *false positives* », que nous traduirons simplement par « faux négatifs » et « faux positifs ». Ces concepts, représentant des exceptions à la thèse de sincérité des États qui ratifient

²⁰⁶ Simmons, *supra* note 53, à la p. 154.

les traités de droits humains, sont centraux à la compréhension de la proposition de Simmons. En effet, ils représentent, d'une part, l'explication pour les cas où des États ne respectant pas les droits contenus dans certains traités les ratifient tout de même (faux positifs). D'autre part, ils expliquent pourquoi des États qui respectent ces droits ne ratifient pas les traités les concernant (faux négatifs). Simmons mitige l'effet de ses éléments de faux positifs et faux négatifs sur la cohérence de ses résultats en affirmant que ses modèles empiriques relativisent ceux-ci, et demeurent donc des instruments pouvant être utilisés pour prévoir les effets relatifs aux droits humains des traités pertinents²⁰⁷. Rappelons que les résultats empiriques de Simmons sont ce qui représenterait la preuve que les traités de droits humains ont une incidence directe sur l'amélioration des droits humains.

Le concept de faux positifs cherche à expliquer pourquoi les gouvernements qui violent massivement les droits humains ratifieraient des traités de droits humains qu'ils n'auraient en théorie aucun intérêt, ou aucune intention de respecter. Simmons souhaite ainsi théoriser les divergences entre la ratification et le respect des traités, qui ne sont pas toujours synonymes²⁰⁸. Son explication semble tout droit inspirée des *Law and Economics* : ces États feraient le calcul rationnel que la valeur de ratification excède les coûts (à court terme) de la non ratification, sans aucune variable de valeurs subjectives²⁰⁹. Il semblerait donc que la proposition théorique des *Law and Economics* forme une sous-explication pour Simmons, une possibilité d'exception dans les cas d'États insincères, considérant qu'elle assume à la base un intérêt et un soutien de bonne foi pour le contenu des traités ratifiés²¹⁰.

Quant aux États qui ont un meilleur historique de respect des droits humains (l'auteure nomme les États-Unis) pourquoi ceux-ci ne ratifieraient pas tous les traités

²⁰⁷ *Ibid*, à la p. 20.

²⁰⁸ *Ibid*, à la p. 17.

²⁰⁹ *Ibid*, à la p. 77.

²¹⁰ *Ibid*, à la p. 64.

de protection des droits humains? Simmons se tourne ici de nouveau vers les facteurs domestiques pour une réponse sur les faux négatifs. Le processus de ratification et les obstacles domestiques qui peuvent s'en suivre forment le premier élément décrit par Simmons. La logique étant que si un gouvernement prévoit devoir faire face à de longues procédures potentiellement coûteuses politiquement au niveau national afin de mener à terme la ratification d'un traité, il choisira peut-être d'éviter ces batailles²¹¹. Les procédures de mise en œuvre au niveau domestique d'un traité international varient d'un État à l'autre ; les coûts sont certes plus élevés pour les régimes dualistes que les régimes monistes. Simmons nomme des acteurs avec « veto législatif » et les gouvernements divisés au sein de systèmes présidentiels en tant qu'exemples de procédures internes coûteuses²¹².

Ensuite, Simmons propose qu'un système politique fédéral est potentiellement un obstacle important à la ratification, dans la mesure où les sous-unités, par exemple des provinces, détiennent des pouvoirs pouvant mener à un veto de certaines dispositions de traités ratifiés au fédéral; les États choisiraient ainsi parfois de ne pas s'imposer de telles batailles internes de mise en œuvre²¹³. Remarquons que cet argument chevauche maladroitement celui d'un processus de ratification plus ardu. En effet, selon cet argument, les États monistes devraient facilement ratifier les traités pour lesquels ils acceptent le contenu normatif, or, qu'en est-il d'un État moniste fédéral? La Suisse, qui fut fort tardive à ratifier la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE), est un bon exemple. Il s'agit d'un État moniste, qui en théorie soutient le contenu de la CDE, correspondant donc au critère de sincérité. Selon Simmons, cet État n'aurait pas ratifié le traité en raison de son fédéralisme²¹⁴. Il s'agit pourtant d'un argument relativement faible ; un État pour qui les normes d'un traité correspondent sincèrement à ses préférences, pour lequel la ratification rencontre peu

²¹¹ *Ibid*, aux pp. 68-69.

²¹² *Ibid*.

²¹³ *Ibid*, aux pp. 69-71.

²¹⁴ *Ibid*, à la p. 71.

d'obstacles de mise en œuvre nationale, choisirait-il réellement de ne pas ratifier un traité en raison de son système politique fédéral ? Il s'agissait après tout d'un traité avec pour seul mécanisme de surveillance une soumission quinquennale de rapports périodiques au Comité des droits de l'enfant²¹⁵, à l'époque où Simmons a publié cet argument.

Finalement, la nature du système juridique aurait la plus grande importance en termes d'obstacle à la ratification d'un traité de protection des droits humains. Cela représente l'élément qui motiverait le plus les instances de faux négatifs, selon Simmons. L'auteure affirme que les régimes de *common law* sont susceptibles d'être moins actifs en matière de ratification²¹⁶. Notons qu'il s'agit pour Simmons de l'un des deux facteurs les plus marquants expliquant la ratification (ou son absence) d'un traité par un État, conjointement avec les valeurs dominantes dudit État²¹⁷. Un régime de *common law* en tant qu'argument dissuasif pour la ratification d'un traité est son résultat empirique le plus constant²¹⁸.

Nous nous référons à l'article « *Some Skeptical Comments on Beth Simmons' Mobilizing for Human Rights* » de nul autre qu'Eric Posner lui-même, pour une réponse aux affirmations de Simmons sur les éléments juridiques internes d'un régime de *common law*²¹⁹. Pour des raisons pratiques, nous détaillerons l'argument de Simmons sur ce point par le biais de la critique de Posner, qui aborde et réfute un à un les quatre éléments par rapport aux régimes de *common law* qui sont présentés par Simmons en tant qu'explications de la pertinence de son affirmation de ce type de régime juridique comme dissuasif à la ratification.

²¹⁵ *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3, à l'article 44.

²¹⁶ Simmons, *supra* note 53, à la p. 71.

²¹⁷ *Ibid*, aux pp. 108-109.

²¹⁸ *Ibid*, à la p. 87.

²¹⁹ Posner, Eric A., « *Some Skeptical Comments on Beth Simmons's Mobilizing for Human Rights* » (2011) 44 NYUJ Int'l L & Pol 819.

Premièrement, Simmons affirme que l'une des raisons pour lesquelles ce type de régime juridique est un faux négatif est puisque dans celui-ci, le principe d'indépendance judiciaire est primordial. L'auteure propose que ceci est un facteur pouvant dissuader les États de ratifier un traité, car l'interprétation des traités par les juges est incertaine²²⁰. Posner fait remarquer que ce ne sont pas tous les régimes juridiques de *common law* qui ont pour caractéristique l'indépendance des juges, et que c'est pourtant le cas pour plusieurs systèmes de droit civil²²¹.

Deuxièmement, Simmons estime que les traités sont plus inconnus aux systèmes de *common law* qu'à ceux de droit civil²²². Posner rétorque que les cours fédérales américaines n'ont que très peu de pouvoirs de création du droit dans ce système contemporain de *common law*, et donc que la majorité de leur travail consiste à interpréter des lois, qui sont très similaires à des traités. De plus, il est fréquent de constater l'abolition de précédents de *common law* par l'entremise de lois²²³. Les juges, dans les régimes de *common law*, sont ainsi fort habitués à travailler avec des documents juridiques ayant la même forme qu'un traité, si ce n'est que des traités en tant que tel.

Troisièmement, Simmons présente l'argument selon lequel les juges des régimes de *common law* produisent des interprétations bien moins prévisibles que les juges de droit civil, ces derniers étant contraints par une interprétation limitée des règles²²⁴. Posner répond à ceci qu'il est au contraire plus facile de prédire l'interprétation d'un juge de *common law*, puisqu'il s'agit de se référer aux jugements

²²⁰ Simmons, *supra* note 53, à la p. 73.

²²¹ Posner, *supra* note 219, à la p. 820.

²²² Simmons, *supra* note 53, à la p. 72.

²²³ Posner, *supra* note 219, à la p. 821.

²²⁴ Simmons, *supra* note 53, à la p. 73.

précédents afin de déceler les raisons motivant les interprétations, ce qui ne peut être accompli au sein de régimes de droit civil²²⁵.

Quatrièmement, Simmons affirme que les ratifications de traités sont irréversibles au sein de systèmes juridiques de *common law*²²⁶. Posner contredit également cet argument ; aux États-Unis, l'adoption d'une loi plus récente et contraire à un traité a préséance sur ce dernier²²⁷. Ainsi, le faux négatif le plus important pour la thèse de Simmons ne semble pas être cohérent avec les simples faits sociaux qui y sont pertinents.

En somme, les concepts de faux positifs et de faux négatifs de Simmons, arrangement théorique d'« exceptions » à sa thèse générale, nous semblent être la démonstration de l'impossibilité de cette théorie à atteindre le but visé, c'est-à-dire d'être porteuse de compréhension objective et de prévisibilité des comportements étatiques en matière de ratification de traités de droits humains. En effet, outre le fait que ce soient des exceptions fort restreintes et précises catégorisant des réalités bien plus singulières et hétérogènes, toute déviation à son propos général de respect des traités ratifiés par sincérité sera classifiée dans ces clauses de sauvegarde de faux positifs ou de faux négatifs, menant à une infalsifiabilité de sa proposition. Nous considérons que ces derniers constituent, dans plusieurs cas, des fausses causalités. Au-delà de cela, notre critique de ces éléments s'emboîte dans la plus large critique épistémologique de ses propos, que nous abordons à la section suivante.

²²⁵ Posner, *supra* note 219, à la p. 821.

²²⁶ Simmons, *supra* note 53, à la p. 75.

²²⁷ Posner, *supra* note 219, aux pp. 820-821.

2.2.4 Les obstacles théoriques à une application cohérente de la théorie de Simmons aux faits sociaux de la Commission

Une constante de la thèse de Simmons, lorsque nous tentons de l'appliquer à notre problématique, est précisément l'un de ses plus grands problèmes ontologiques: elle ignore toute manifestation du droit international des droits humains dont la source ne serait pas un traité. À elles seules, les statistiques présentées ci-dessus concernant le travail de la Commission pour l'amélioration des droits humains dans les Amériques invalide la rigidité théorique, voire l'entêtement de Simmons quant aux sources significatives de normativité en matière de droit international des droits humains. En effet, tel qu'il le fut mentionné dans la problématique de ce mémoire, lorsque la Commission examine des pétitions concernant des États des Amériques n'ayant pas ratifié la Convention, elle se base principalement sur le contenu normatif de la Déclaration; c'est-à-dire un document non contraignant, ne prenant pas la forme d'un traité. Qu'il s'agisse d'un choix méthodologique afin de pouvoir plus facilement produire une telle étude empirique ou d'un choix ontologique motivé par des convictions sur l'ineffectivité des normes non contraignantes, les faits sociaux de la pratique de la protection des droits humains ne sont simplement pas cohérents avec cette proposition théorique. Des observations similaires furent conclues pour les auteurs plus conservateurs des *Law and Economics*, mais les présentes sont encore plus significatives, car elles concernent les propos d'une auteure qui affirme ouvertement et directement ses convictions normatives en faveur d'une protection supranationale des droits humains.

Simmons présente l'argument selon lequel même si les règles internationales ne sont pas l'unique facteur dans la lutte pour une amélioration des droits humains, elles méritent l'attention qu'elle leur porte dans son ouvrage car il s'agit du « projet

collectif central » sur le sujet depuis les 60 dernières années²²⁸. Or, les normes de *soft law* font également partie de ce projet à saveur juridique, depuis le début, avec l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) ayant après tout mené le bal en 1948. Elle justifie son choix en affirmant que le concept de normes est trop *vaste* pour les mécanismes qu'elle considère dans son étude:

Que les normes jouent un rôle est indéniable, mais le point développé ici est que sous certaines circonstances l'engagement [étatique] en soi enclenche des processus qui contraignent et modèlent le comportement futur des gouvernements, souvent pour le mieux.²²⁹

Nous pouvons en déduire qu'elle est sceptique face aux normes non contraignantes, ou au minimum face à la possibilité de démontrer leur impact. La difficulté empirique de mesure ou de calcul des effets des normes de *soft law* ne devrait pas être un obstacle à leur inclusion ontologique. Par ailleurs, pour les avides de statistiques, celles présentées sur les activités de la Commission dans l'introduction de ce mémoire devraient suffire à démontrer l'impact possible de normes non contraignantes.

Le plus grand problème que nous voyons toutefois avec la proposition théorique de Simmons est méthodologique, c'est-à-dire qui concerne la façon dont elle s'y prend pour démontrer la véracité de sa thèse. En somme, elle choisit de produire des calculs et démonstrations empiriques se concentrant sur les six grands traités principaux de droits humains des Nations Unies, démontrant leur impact positif sur l'amélioration des droits humains: le PIDCP, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), la Convention internationale

²²⁸ Simmons, *supra* note 53, à la p. 6.

²²⁹ « *That norms play a role is undeniable, but the point developed here is that under some circumstances the commitment itself sets processes in train that constrain and shape governments' future behavior, often for the better.* » *Ibid*, aux pp. 7-8.

sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et finalement la CDE²³⁰. Elle présente des résultats parfois fort prévisibles, considérant l'essence libérale du concept de droits humains: par exemple, que la démocratie augmente la probabilité de ratification de traités de droits humains²³¹. Ses statistiques sont incroyablement précises: « [La démocratie] est perçue avoir augmenté les chances de ratification [de la CDE] par presque quatre pourcent chaque année durant laquelle le traité n'avait pas encore été ratifié. »²³². Simmons propose même en annexe une liste des États qui sont démocratiques depuis la Seconde Guerre mondiale, ceux qui sont partiellement démocratiques ou en transition, et ceux qui ne furent jamais démocratiques. De surcroît, la liste inclut les pays qui ont un État de droit fort, modérément fort, modérément faible ainsi que faible²³³. Le biais avec lequel cette classification fut accomplie est clair considérant surtout que la méthodologie menant à ces déterminations n'est pas détaillée, ni ne sont définis les concepts tels que « État de droit fort », par exemple.

À travers les 30 graphiques et les 24 tableaux de son ouvrage de 451 pages, Simmons utilise des variables telles que la religion dominante²³⁴, les années d'un dirigeant au pouvoir²³⁵ et autres afin de démontrer l'impact des traités de droits humains. Il s'en trouve que ses résultats ne sont pas stables d'un traité à un autre, parmi les six traités principaux de droits humains à l'étude, c'est-à-dire que les variables présentées n'offrent pas de résultats cohérents face aux traités auxquels elles sont amalgamées. Par exemple, concernant le type de régime politique fédéral, les

²³⁰ *Ibid*, à la p. 18.

²³¹ *Ibid*, à la p. 82.

²³² « [...] it is estimated to have increased the chances of ratification by almost 4 percent each year in which the treaty had not yet been ratified. » *Ibid*.

²³³ *Ibid*, aux pp. 395-399.

²³⁴ *Ibid*, à la p. 86.

²³⁵ *Ibid*, à la p. 89.

États seraient beaucoup moins susceptibles de ratifier le PIDESC, alors qu'ils seraient plus susceptibles de ratifier la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants²³⁶; le lien de causalité déduit de la variable de régime politique fédéral différant face à la ratification de deux traités majeurs de protection des droits humains est symptomatique de la méthodologie problématique de la démarche empirique de Simmons pour cet ouvrage.

Au-delà des résultats questionnables de ces calculs (ne devraient-ils pas tout simplement ne pas se contredire, considérant qu'il n'est question que des six traités les plus majeurs?), le choix et l'interprétation de la signification des variables sont clairement subjectifs et leur pertinence pourrait facilement être remise en question. Nous souhaitons sur ce point revenir à l'article précédemment cité de Posner en réponse aux écrits de Simmons, qui apporte plusieurs éléments de critique importants sur ce sujet. Posner met de l'avant l'argument selon lequel il serait possible qu'un État améliore son comportement sur les dimensions mesurables, prises en compte par Simmons, mais le détériore sur d'autres dimensions plus difficilement mesurables, non considérées par Simmons (et vice versa); le résultat réel serait donc bien moins appréciable²³⁷.

Par ailleurs, les variations permises sur les variables choisies par Simmons sont fort rigides, remettant en question leur capacité à être représentatives de leurs manifestations réelles. C'est ici aussi une critique que nous partageons avec Posner, qui met de l'avant en tant qu'exemple la variable de la liberté de religion, ayant pour variations : « 0 : restrictif » ou bien « 1 : libre ». Précisons donc que ce sont là les deux seules variations permises ; ainsi, il n'existe pas de gamme entre 0 et 1, mais bien seulement deux options ne laissant place à aucune relativisation, et il en va ainsi

²³⁶ *Ibid*, à la p. 87.

²³⁷ Posner, *supra* note 219, à la p. 826.

pour toutes les variables gradées par chiffres de Simmons. Reprenons les termes de Posner:

Cette définition [sur le terme restrictif] est si générale qu'elle en est dénuée de signification. Dans pratiquement tous les pays, des restrictions existent sur le comportement religieux; à savoir si elles se hissent au niveau d'« harcèlement » est souvent dépendant de celui qui l'observe²³⁸.

Posner fait une autre critique qui nous interpelle, concernant la signification même du respect étatique d'un traité de droits humains. Si c'est cela que nous souhaitons mesurer, cela implique un jugement sur le niveau de causalité accepté pour la mesure. Or, cela est affaire de jugement, clairement difficile et contextuel²³⁹. Nous renchérissons sur ce point; ne serait-ce pas un calcul empirique *impossible* à accomplir avec certitude, considérant tous les autres facteurs confondants contextuels? Au minimum, les calculs devraient être accomplis au cas par cas.

En somme, la rigidité ontologique et les incohérences méthodologiques sont ce qui nous mène principalement à réfuter la proposition théorique de Simmons. Cette rigidité se manifeste par sa décision théorique de ne considérer que les traités de protection des droits humains plutôt que tous les éléments normatifs ayant un poids dans les faits sociaux entourant la pratique du domaine, ainsi que par des variables catégoriques de classification dépeignant la réalité comme manichéenne (par exemple, régime démocratique *ou* régime autoritaire). Les éléments théoriques considérés par Simmons sont caractérisés par une fixité; il n'y a pas place à l'intersubjectivité, à la fluidité des réalités sociales. Nous ajoutons que nous déduisons une supposition d'une quasi-homogénéisation des traités de protection des

²³⁸ « *This definition is so general as to be meaningless. In virtually every country, restrictions exist on religious behavior; whether they rise to the level of "harassment" is often in the eye of the beholder.* » *Ibid*, à la p. 825.

²³⁹ *Ibid*, à la p. 824.

droits humains, renchérisant sur le point que les éléments ontologiques considérés sont auréolés d'une rigidité immuable. Ces traités sont pratiquement considérés comme variable indépendante, comme élément exogène des relations internationales pour Simmons. Tout comme si des différences entre une convention sur les droits de l'enfant et une convention sur l'interdiction de la torture n'existaient pas, de par leur qualification de traités de protection des droits humains. Nous mettons ainsi de l'avant une critique du fondationnalisme de la proposition de Simmons ; cette dernière est basée sur des éléments ontologiques qui seraient en soi des vérités sur lesquelles il est possible d'en baser de nouvelles. Dans ce cas, ces bases sont que la ratification des traités de protection des droits humains est issue de la sincérité des États quant au contenu normatif des traités, et que ces ratifications résultent effectivement en des améliorations des droits humains dans les États pertinents. Nous ne pouvons être en accord avec un argument qui accorde une telle inflexibilité à une création sociale qui n'a de valeur que par interprétation collective commune, dans ce cas-ci un traité de protection des droits humains.

2.3 Anne-Marie Slaughter et l'approche de politiques publiques en droit international

Anne-Marie Slaughter nous propose quelque chose de bien différent, même si nous l'associons au libéralisme, et malgré que sa théorie nous paraît toujours basée sur une épistémologie rationaliste, bien que plus subtilement. Elle propose une nouvelle façon de concevoir les relations internationales et le droit international, ainsi que les politiques publiques, ayant donc un projet normatif très défini, clair et direct. Slaughter a à son actif des diplômes des universités Princeton, Oxford et Harvard; elle enseigne présentement à Princeton, et a enseigné par le passé à la Harvard Law

School²⁴⁰. Elle fut la première femme à occuper le poste de Directrice des politiques au Département d'État des États-Unis²⁴¹.

2.3.1 Le nouvel ordre mondial: la proposition phare de Slaughter

Son ouvrage phare est le livre « *A New World Order* », paru en 2004²⁴²; son projet pour un « nouvel ordre mondial » y est décrit, constituant sa contribution normative majeure. Elle ouvre celui-ci sur une phrase saisissant instantanément l'attention: les gouvernements, de plus en plus, opèrent par réseaux transnationaux, tout comme les « menaces terroristes, les marchands d'armes, les blanchisseurs d'argent, les trafiquants de drogue, les trafiquants de femmes et d'enfants et les pirates modernes de la propriété intellectuelle [traduction libre] »²⁴³. Cette comparaison a de quoi rendre le lecteur américain attentif; Slaughter présente ici les pires ennemis des États-Unis, ou du moins du Département d'État des États-Unis. L'exemple du réseau transnational créé par les États-Unis post-11 septembre dans le cadre de la guerre contre le terrorisme (« *War on Terror* ») sera d'ailleurs cité à plusieurs reprises dans l'ouvrage de Slaughter comme étant une réussite majeure de sa proposition de réseaux transnationaux.

Elle propose principalement une ré-imagination conceptuelle du système international. Les États ne sont plus des entités unitaires, même si, bien sûr, ils existent toujours et représentent des acteurs cruciaux. Ils sont, dans le monde contemporain actuel, *désagrégés*, parallèles à, ainsi qu'inclusifs de, réseaux horizontaux (entre pairs, par exemple de juges) ainsi que verticaux (entre nationaux et leur équivalent supranational, au sein d'organisations internationales, acteurs

²⁴⁰ « Anne-Marie Slaughter », en ligne: Princeton University <<https://www.princeton.edu/~slaughter/>>.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² Slaughter, Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

²⁴³ *Ibid.*, à la p. 1.

également en transformation conceptuelle)²⁴⁴. Afin de ne pas tomber dans la rigidité simpliste potentielle d'une classification dichotomique des acteurs, Slaughter propose des critères spécifiques d'admission aux réseaux, ce qui éviterait l'étiquetage manichéen d'un État comme étant bon ou mauvais, libéral ou illibéral, démocratique ou tyrannique, reconnaissant les différentes variations au sein des différents niveaux et des différentes forces en concurrence. Ainsi, les critères d'admission seraient spécifiques aux réseaux concernés, transférant le fardeau de performance à un niveau inférieur²⁴⁵. Nous apprécions cette conscience bien plus alerte de la réalité nuancée.

Considérant que ces réseaux sont déjà existants, d'où vient la nécessité de les reconnaître? À problèmes mondiaux il faut des solutions mondiales, et puisque la capacité d'utilisation étatique de la puissance coercitive (« *hard power* ») est limitée, il faut que les États puissent mieux exploiter la puissance douce (« *soft power* ») sous la forme de la persuasion et de l'information²⁴⁶. Les États auraient compris ceci depuis un certain temps déjà, les réseaux transnationaux florissant actuellement; Slaughter prône ainsi surtout leur formalisation. Mais pourquoi formaliser ces réseaux s'ils sont déjà existants et fonctionnels? Principalement, pour faire un tri entre les réseaux qui n'ont pas de nobles intentions, qui sont « oppressifs », de ceux qui respectent le droit et qui ne sont pas corrompus²⁴⁷.

La quête de solutions pour les problèmes collectifs auxquels le monde fait face a pour résultat le « paradoxe de la mondialisation » (« *globalization paradox* »), dilemme non loin de l'inquiétude théorique de Guzman dans « *Doctor Frankenstein's International Organizations* », abordé précédemment, à la section 1.3.3. Pour Slaughter, ce concept-clé représente le fait que « [n]ous avons besoin de plus de gouvernement à l'échelle mondiale et régionale, mais nous ne désirons pas la

²⁴⁴ *Ibid*, à la p. 5.

²⁴⁵ *Ibid*, aux pp. 25-26.

²⁴⁶ *Ibid*, à la p. 4.

²⁴⁷ *Ibid*, à la p. 268.

centralisation du pouvoir de prise de décisions et de l'autorité coercitive si loin des personnes qui seront régies [traduction libre] »²⁴⁸.

Renchérissant sur ce dilemme, Slaughter ajoute un élément, le baptisant ainsi de tri-lemme: les acteurs en jeu doivent également pouvoir être tenus responsables de leurs actes par des mécanismes politiques divers²⁴⁹. Ainsi, pour répondre à ce tri-lemme paradoxal de la mondialisation, un nouvel ordre mondial de reconnaissance et de formalisation de réseaux transnationaux est non seulement requis, mais serait également faisable et désirable²⁵⁰. Cette proposition théorique et conceptuelle est hybride face à la conception classique libérale, qui accorde bien plus de confiance à l'endroit des organisations internationales. Pour l'auteure, plusieurs organisations internationales sont en fait des structures de réunion pour des réseaux horizontaux²⁵¹, et il y aurait une crainte à trop de délégation de la souveraineté étatique aux organisations internationales. Les réseaux bénéficieraient des avantages d'une structure souple et flexible ainsi que de la possibilité d'attaquer les problèmes à la source, par rapport aux organisations supranationales traditionnelles²⁵².

Slaughter rejette d'emblée les projets qui ressemblent à un gouvernement mondial, structure qui serait une menace « inévitable et dangereuse » à la liberté individuelle²⁵³. La valeur libérale phare de la liberté est d'ailleurs omniprésente dans l'oeuvre de l'auteure: le défi qui attendrait le monde est de trouver une façon de voir apparaître une « renaissance de la liberté »²⁵⁴. Slaughter s'enligne ici bien entendu parfaitement avec le courant du libéralisme par cette insistance. La solution aux

²⁴⁸ « *We need more government on a global and a regional scale, but we don't want the centralization of decision-making power and coercive authority so far from the people actually to be governed.* »

Ibid, à la p. 8.

²⁴⁹ *Ibid*, à la p. 10.

²⁵⁰ *Ibid*, à la p. 17.

²⁵¹ *Ibid*, à la p. 22.

²⁵² *Ibid*, à la p. 264.

²⁵³ *Ibid*, à la p. 8.

²⁵⁴ *Ibid*, à la p. 9.

menaces présentées ci-dessus se trouve donc, pour l'auteure, plutôt au niveau micro que macro: au sein des réseaux transnationaux, représentatifs de la souveraineté désagrégée.

Il faut noter qu'elle ne s'éloigne pas trop de la confiance libérale à l'endroit des organisations internationales, lorsque servant les intérêts classiques du courant. En effet, elle prône l'importance d'une délégation de pouvoirs souverains continue à des entités telles que l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et l'Accord de Libre-Échange Nord-Américain (ALENA)²⁵⁵.

Les réseaux ont pour fonctions communes les suivantes, qu'ils soient horizontaux ou verticaux: élargir la portée de la réglementation; bâtir la confiance, établir des relations et créer des incitatifs à établir une bonne réputation et en éviter une mauvaise; échanger régulièrement de l'information; et fournir une assistance technique et une socialisation professionnelle aux membres du réseau provenant de pays « moins développés »²⁵⁶. Ils transforment la conception de la souveraineté westphalienne classique: contrairement aux *Law and Economics* qui la considère comme une bulle étanche, unitaire et homogène, Slaughter propose plutôt une bulle poreuse, tentaculaire, *désagrégée*. La souveraineté contemporaine aurait pour unité de mesure l'étendue et la profondeur de ses liens avec les autres souverainetés étatiques²⁵⁷.

Il semblerait toutefois que cette désagrégation est présentée sous une forme universelle, c'est-à-dire qu'elle se produit de la même manière pour toutes les différentes réalités nationales. Cette conception est symptomatique des analyses rationalistes qui rejettent la subjectivité dans leurs éléments ontologiques considérés

²⁵⁵ *Ibid*, à la p. 263.

²⁵⁶ *Ibid*, aux pp. 3-4.

²⁵⁷ *Ibid*, à la p. 268.

comme variables indépendantes. Le *besoin* de ces réseaux transnationaux est également universalisé et uniformisé comme étant la solution souhaitée pour répondre aux problèmes émanant de la mondialisation. Nous partageons en ce sens la critique de Melanie Conroy, qui a produit une recension de *A New World Order* pour le *Havard Human Rights Journal* :

[...] le système-réseaux est potentiellement [aussi] insensible à la diversité des expériences nationales, engendrant des politiques publiques qui sont inadaptées pour des situations nationales particulières. Sous un tel système, les États moins puissants auront probablement à faire plus, et non pas moins, de concessions à un partenaire dominant [traduction libre]²⁵⁸.

2.3.2 La rationalité libérale par rapport à la rationalité des *Law and Economics*: exemplification par une critique de Posner par Slaughter

La rationalité étatique est plus implicite dans le projet de nouvel ordre mondial de Slaughter. Nous considérons le libéralisme comme étant une théorie rationaliste au même titre que les *Law and Economics*, bien que dans ce contexte, cette rationalité se manifeste différemment. Nous pouvons exemplifier cette différence de conception de la rationalité par le biais d'un dialogue par articles intermittents de Slaughter (en co-rédaction avec Laurence R. Helfer) et Posner (en co-rédaction également, avec John C. Yoo) sur le sujet des tribunaux internationaux. En effet, dans l'article « *Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo* », co-écrit avec Helfer, Slaughter distingue la rationalité libérale (du moins celle entendue par ces auteurs) de celle des *Law and Economics*

²⁵⁸ « [...] *the network-system may also be insensitive to the diversity of national experiences, spawning policies that are ill-fitted for particular national situations. Under such a system, less-powerful states will likely have to make more, not fewer, concessions to a dominant partner.* » Conroy, Melanie, « Book Notes - A New World Order. » (2006) 19 Harv Hum Rts J, à la p. 307.

(du moins celle entendue, encore ici, par les auteurs desquels nous étudions les propos)²⁵⁹.

Posner et Yoo présentent leur argument dans l'article « *Judicial Independence in International Tribunals* »²⁶⁰, en réaction à la proposition de Helfer et Slaughter quant à l'optimalité des tribunaux internationaux indépendants²⁶¹. Pour Posner et Yoo, la rationalité des États en matière de tribunaux internationaux devrait s'exprimer par une préférence étatique pour des tribunaux sous leur forme dépendante. Ceux-ci qualifient les tribunaux indépendants comme étant constitués de juges institutionnellement séparés de leurs États respectifs, agissant au sein d'un tribunal à compétence obligatoire plutôt que consensuelle²⁶². Ces tribunaux indépendants seraient toutefois un obstacle à leur propre efficacité, et au-delà de cela, un danger à la coopération internationale, puisqu'ils ont le potentiel d'émettre des jugements contraires aux intérêts des États²⁶³. Les tribunaux dépendants, dont l'existence est déterminée pour un conflit particulier, sont donc une forme plus désirable pour les auteurs. Pour ceux-ci, les tribunaux internationaux ne transforment pas les intérêts étatiques et ne sont pas une motivation pour les États d'ignorer ces intérêts au bénéfice d'un « idéal transnational »²⁶⁴; les tribunaux dépendants sont donc nécessaires pour éviter de telles conséquences.

Helfer et Slaughter ont ensuite répondu directement à la critique de leur proposition antérieure dans « *Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo* ». Ils affirment que, dans la proposition de Posner et

²⁵⁹ Helfer, Laurence R., et Anne-Marie Slaughter, « Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo » (2005) 93 Cal L Rev. 899.

²⁶⁰ Posner, Eric A., et John C. Yoo, « Judicial Independence in International Tribunals » (2005) 93 Cal L Rev 1.

²⁶¹ Helfer, Laurence R. et Anne-Marie Slaughter, « Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication » (1997) 107 Yale LJ 273.

²⁶² Posner et Yoo, *supra* note 250, à la p. 7.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ *Ibid.*

Yoo, le calcul coûts-bénéfices n'est pas représentatif de la réalité, puisqu'il mettrait trop l'accent sur les coûts et pas suffisamment sur les bénéfices²⁶⁵ ; ce calcul rationnel est donc tout autant présent chez Helfer et Slaughter, mais ils l'opèrent différemment.

Ils critiquent également la méthodologie de Posner et Yoo. Ils dénoncent le fait que ces derniers considèrent que l'unique facteur expliquant le succès (ou conséquemment, l'insuccès) d'un tribunal soit son caractère dépendant ou indépendant. Helfer et Slaughter répondent qu'au contraire, la littérature sur le sujet considère cet élément comme étant l'un des éléments parmi d'autres²⁶⁶. Helfer et Slaughter relèvent chez Posner et Yoo la dépendance (et conséquemment l'indépendance) comme étant la variable clef pour mesurer l'efficacité des tribunaux internationaux, décrivant ceci de dichotomie simpliste²⁶⁷. Nous partageons cette critique : alors que Posner critiqua directement Beth Simmons pour son utilisation de variables à gradation dichotomiques (voir ci-dessus, concernant la variable de liberté de religion), il semble tomber dans le même piège en opposant de façon manichéenne l'indépendance et la dépendance. Helfer et Slaughter critiquent également le choix des variables sélectionnées par Posner et Yoo, qui souffrirait de biais de sélection et d'omission, puisqu'ils ignorent que les tribunaux proliférant aujourd'hui sont majoritairement indépendants, que les États reconnaissent et utilisent de plus en plus ces tribunaux, et que le choix des tribunaux particuliers analysés sert leurs propos²⁶⁸. Finalement, Helfer et Slaughter critiquent les calculs empiriques de l'article, et ajoutent que leurs propres calculs empiriques révèlent une augmentation de la volonté étatique à reconnaître, établir et participer à des tribunaux indépendants, contrairement aux prétentions de Posner et Yoo sur la rationalité étatique en ce sens²⁶⁹.

²⁶⁵ Helfer et Slaughter, *supra* note 259, à la p. 904.

²⁶⁶ *Ibid.*, à la p. 902.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ *Ibid.*, à la p. 903.

Dans la seconde partie de leur article, Helfer et Slaughter proposent leur propre « contre-théorie » (« *counter-theory* »). Celle-ci veut que les États établissent des tribunaux internationaux indépendants pour augmenter la crédibilité de leurs engagements, s'assurant par divers éléments que les juges agissent « au sein d'un ensemble de contraintes juridiques et politiques »²⁷⁰. Ils réinterprètent la dynamique de coûts-bénéfices entourant les tribunaux internationaux, utilisant donc le même langage analytique, mais pour avancer leur propre théorie. Au final, pour Helfer et Slaughter, les États agissent également selon leur propre intérêt rationnel. Cependant, pour ces auteurs, cette rationalité se manifeste par une prolifération des tribunaux internationaux indépendants et des cas qui leurs sont référés²⁷¹. Rappelons que pour Posner et Yoo, la rationalité étatique se manifeste par l'action contraire: celui de préférer les tribunaux dépendants et de limiter les cas qui leurs sont envoyés. Voilà ici un autre problème que nous voyons avec la notion de rationalité et son utilisation au sein de théories explicatives. Elle peut revêtir des significations totalement différentes pour divers groupes croyant tous détenir les clés de la rationalité absolue. Cela démontre donc comment il est difficile de déceler une rationalité objective, même au sein d'élites d'un même État. La subjectivité d'un calcul coût-bénéfices, dans le cadre de notre proposition théorique, élimine la prétention à l'universalité de son objectivité.

2.3.3 L'histoire se répète: la *soft law* ne trouve pas son compte dans la proposition théorique de Slaughter

Simmons propose donc l'amélioration de la condition humaine par la voie des traités de protection des droits humains, alors que Slaughter propose que ceci peut s'accomplir par la formalisation des réseaux transnationaux déjà existants et leur

²⁷⁰ « [...] *within a set of legal and political constraints.* » *Ibid*, à la p. 902.

²⁷¹ *Ibid*, à la p. 955.

multiplication. La *soft law* ne joue aucun rôle majeur dans ces deux instances. Ainsi, lorsque nous tentons d'appliquer cette théorie dominante et fort populaire à notre problématique, nous faisons face, encore une fois, au fait que Slaughter ignore complètement la réalité juridique de la *soft law*, pourtant une manifestation hybride gagnant continuellement en ampleur, méritant une attention théorique sérieuse. Nous sommes encore ici confrontés à une importance accordée uniquement aux normes contraignantes de droit international, sous la forme de traités et voire même la coutume, que le projet normatif de Slaughter propose de renforcer²⁷². Martha Finnemore et Stephen J. Toope ont d'ailleurs déjà critiqué celle-ci sur ce point, par leur critique du contenu d'un numéro spécial de la revue académique *International Organizations*, sur le thème « *Legalization and World Politics* »²⁷³, volume auquel Slaughter fut l'une des principales co-auteurs. Leur critique représente l'essentiel de la nôtre, non seulement sur l'apport de Slaughter, mais concernant tous les autres auteurs dominants contemporains du domaine du droit international que nous avons explorés dans les portions de déconstruction de cet essai:

La perspective du droit présentée dans ce volume, malgré qu'importante, est limitée. Dans celui-ci, le droit est construit principalement à travers des cas et des cours, ou par des négociations de traités formels. Les processus de droit sont majoritairement conçus en tant que processus de résolution de conflits, principalement au sein de contextes institutionnalisés formels. [...] Le droit dans cette perspective est seulement contraint; il n'a aucun pouvoir créatif ou génératif dans la vie sociale [traduction libre]²⁷⁴.

²⁷² Slaughter, *supra* note 242, à la p. 24.

²⁷³ Finnemore, Martha, et Stephen J. Toope, « Alternatives to "Legalization": Richer Views of Law and Politics » (2001) 55 : 03 Int'l Org 743.

²⁷⁴ «The view of law presented in the volume, though important, is limited. In it, law is constructed primarily through cases and courts, or through formal treaty negotiation. The processes of law are viewed overwhelmingly as processes of dispute resolution, mostly within formal institutionalized contexts. [...] Law in this view is constraint only; it has no creative or generative powers in social life.» *Ibid*, à la p. 745.

La quête de la formalisation, personnifiée chez Slaughter par celle des réseaux transnationaux, est parallèle à ce conservatisme retrouvé chez Simmons également. Simmons insiste sur l'attrait et l'importance des traités de protection des droits humains plutôt que des normes internationales dans le domaine, les traités représentant donc la formalisation des normes. La formalisation, et conséquemment la légalisation, apparaissent ainsi centraux à la théorie libérale contemporaine.

Il va sans dire que le projet de nouvel ordre mondial de Slaughter représente, pour cette dernière, une solution rationnelle au tri-lemme de la mondialisation auquel la société internationale fait face. Le projet d'un nouvel ordre mondial n'échappe donc pas à un fondement rationaliste. L'exclusion de la *soft law* et l'insistance sur la formalisation présentes chez Slaughter en sont des manifestations phares. Le contraire, c'est-à-dire une inclusion de tous les faits sociaux entourant la pratique du droit international pour son analyse et l'absence du besoin de formaliser les nouvelles formes d'organisation internationale, seraient trop fluides et ne seraient pas des concepts saisissables pour une analyse rationaliste menant à des généralisations universelles.

Nous concluons ce chapitre en rappelant que cette théorie dominante qu'est le libéralisme se base sur un idéal de la conduite humaine, malgré que différent de celui des *Law and Economics*; un idéal également caractérisé par une rationalité à toute épreuve et par une confiance en la prévisibilité émanant de constructions formalisées et légalisées. Le fondationnalisme présent chez Simmons et Slaughter est incompatible avec notre cadre théorique constructiviste. Nous concluons que la simplification de la réalité du panorama juridique international de protection des droits humains considérée, ainsi seulement ses manifestations sous la forme de traités, est un arrangement théorique chez Simmons et Slaughter qui, bien que facilitant l'analyse, n'est encore ici pas représentatif des faits sociaux entourant la pratique dans le domaine. Malgré des rapprochements ontologiques évidents entre le

courant libéral contemporain et notre cadre théorique constructiviste, principalement la prise en compte des facteurs d'analyse domestiques et l'élargissement des acteurs influents aux organisations internationales, nous demeurons insatisfaits des résultats libéraux de ces améliorations face aux *Law and Economics* pour notre perspective.

CHAPITRE III

LE CONSTRUCTIVISME CADRANT UNE PROPOSITION D'INTERPRÉTATION DES FAITS SOCIAUX ENTOURANT LA PRATIQUE DE LA COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME

Nous sommes conscients de l'ampleur des variations au sein du constructivisme, et des nombreuses critiques qui lui sont adressées, particulièrement aux variations plus conservatrices et étroites. Nous souhaitons préciser que nous adoptons plusieurs éléments ontologiques et épistémologiques qui sont, à notre sens, communs et cohérents aux déviations disciplinaires de la théorie constructiviste. Ces derniers sont décrits dans la première sous-section de ce chapitre. Nous abordons en détail à la deuxième section les faits sociaux entourant la Commission, qui est notre sujet d'étude principal, afin de démontrer comment ses activités sont constitutives de son identité juridique qui bénéficie d'une autorité bien au-delà de ce que prévoient des conclusions tirées de cadres positivistes ou rationalistes. À la troisième section, nous répondons directement à notre question de recherche quant aux facteurs permettant d'interpréter le respect étatique du régime international de protection des droits humains supranationaux, en explorant la façon dont les outils de légitimation sont utilisés par la Commission. Finalement, nous concluons ce dernier chapitre par la quatrième section, à laquelle se trouve une brève présentation des implications théoriques de nos propos sur la distinction positiviste de *soft law*, centrale aux théories rationalistes dominantes déconstruites dans les chapitres précédents.

3.1 Précisions ontologiques et épistémologiques du cadre théorique de notre analyse de la Commission

Notre précision première a des implications à la fois ontologiques et épistémologiques: nous soutenons qu'une analyse de droit international doit être alerte au fait que la réalité sociale est constituée de, et construite par, des humains. Conséquemment, notre sujet d'étude principal, en sciences sociales, sera toujours l'humain, au micro-niveau le plus concret. Que l'humain soit étudié en tant qu'individus, qu'il soit analysé en tant que groupes, ou qu'il soit obscurci par une réification de l'État et des organisations internationales, nous proposons que le chercheur doit toujours garder en tête que toutes ces réalités sont construites par des rapports sociaux, et conséquemment, sont intersubjectives.

En effet, d'autres auteurs, tels que Léna Soler, nous rappellent les difficultés associées à la séparation du sujet et de l'objet dans les « sciences de l'homme »²⁷⁵. Sa préoccupation première est: « l'homme peut-il tenir sur l'homme un discours objectif? »²⁷⁶. Celle-ci se décline en trois sous-préoccupations²⁷⁷. D'abord, le chercheur peut-il être neutre, alors que son objet d'étude est un semblable? Ensuite, est-ce que les valeurs, conscientes ou inconscientes, entourant la description d'un chercheur de ce qu'est l'humain teintent cette dernière? Finalement, le savoir proposé par le chercheur l'est-il dans une perspective d'instrumentalisation, de recherche de diffusion de certains intérêts? Il semble pertinent pour le chercheur en droit international d'être conscient de ces questions. Nous distinguons une propension des chercheurs rationalistes à situer, pour leurs analyses, cette séparation sujet/objet dans la sphère des sciences de la nature.

²⁷⁵ Soler, *supra* note 46, aux pp. 266-268.

²⁷⁶ *Ibid*, à la p. 267.

²⁷⁷ *Ibid*, aux pp. 267-268.

Notre proposition en ce sens est d'« interpréter » les faits sociaux entourant les réactions étatiques par rapport aux activités de la Commission, plutôt que de chercher à « expliquer », ou même « comprendre ». Dans ce contexte, interpréter « consiste de manière générale à *déchiffrer et à conférer un sens à une réalité quelconque [...] prise comme donnée* [italiques dans l'original] »²⁷⁸. Nous soutenons que les volontés analytiques d'expliquer et voire de comprendre sous-entendent des visées de théories prédictives. Notre argument quant au fait que cela ne soit pas possible dans une perspective universaliste pour une théorie de sciences sociales est ce qui motive le plus nos autres éléments ontologiques et épistémologiques. Ainsi, notre proposition n'est pas fondationnaliste; elle se base plutôt sur l'essentiel du constructivisme, qui veut que la réalité soit socialement et subjectivement constituée, continuellement en construction, et impermanente.

Nous anticipons, en ce sens, une critique à l'égard de notre proposition concernant le fondationnalisme de l'élément de la protection internationale des droits humains. Nous précisons donc notre conscience du fait que la protection internationale de ces derniers n'est apparue de façon majeure qu'il y a une soixantaine d'années, et qu'ainsi il n'y a rien de déterminé dans l'attention supranationale à ces droits, ni même concernant la validité de droits individuels protégés au sein d'une société. Nous nous basons ainsi sur la pertinence de la contingence socio-historique du concept.

L'élément fondationnaliste que nous avons le plus extensivement critiqué dans ce mémoire est la rationalité présupposée constante et cohérente dans la prise de décisions des acteurs. Nous la considérons plutôt comme un idéal comportemental. Nous adoptons la position de Finnemore quant au fait que la « [r]ationalité est une valeur culturelle. Elle est associée avec la modernité et le progrès et d'autres « biens »

²⁷⁸ *Ibid*, à la p. 86.

culturels de la vie sociale contemporaine [traduction libre] ». ²⁷⁹ Nous ne proposons pas que les acteurs en droit international sont irrationnels; simplement, nous ne présumons pas qu'ils sont socialement et émotivement objectifs, et nous déconstruisons la réification de l'État rationnel.

L'élément ontologique le plus central aux analyses en droit international, l'État, revêt également dans ce mémoire une conceptualisation constructiviste. Nous sommes principalement en accord avec la position critique de Christian Reus-Smit en ce sens, qui déconstruit la fausse dichotomie de la souveraineté et des droits humains en opposition et en compétition ²⁸⁰. Cette conception antagoniste des deux concepts informe les thèses des *Law and Economics* et des libéraux présentées ci-dessus; nous proposons que de théoriser en ce sens résulte en une non cohérence dans la réalité des faits sociaux. En effet, rappelons que les *Law and Economics* affichent une réticence au régime supranational des droits humains motivée par une incompatibilité avec la variable suprême de la souveraineté, et non pas sur une base idéologique de refus des valeurs véhiculées par ce régime, et que les libéraux consacrent énormément d'énergie à la démonstration des avancées des droits humains dans le combat envers la souveraineté étatique, ce que Simmons théorise intensivement.

Pour Reus-Smit, et pour nous ici, la souveraineté est plutôt « une institution variable, pragmatiquement constituée [traduction libre] » ²⁸¹, et non pas un élément à valeur autoréférentielle ²⁸². De façon plus directe, pour reprendre les termes de Martha Finnemore, « Les États existent en plusieurs lieux non pas parce qu'ils ont du succès par rapport à ce qu'ils sont supposés accomplir (assurer la sécurité et la croissance

²⁷⁹ « *Rationality is a cultural value. It is associated with modernity and progress and other cultural "goods" of contemporary social life.* ». Finnemore, Martha, « Norms, Culture, and World Politics: Insights from Sociology's Institutionalism » (1996) 50 : 2 Int'l Org, à la p. 330.

²⁸⁰ Reus-Smit, Christian, « Human Rights and the Social Construction of Sovereignty » (2001) 27 : 4 Rev of Int'l Stud, à la p. 520.

²⁸¹ « [...] *a variable, practically constituted institution.* » *Ibid*, à la p. 526.

²⁸² *Ibid*, à la p. 528.

économique, promouvoir l'égalité) mais parce qu'une culture mondiale plus large les soutient [traduction libre] »²⁸³. Ceci implique, pour notre analyse, que nous ne considérons pas les souverainetés des États des Amériques comme une variable indépendante par rapport à leurs liens avec la Commission.

Nous accordons une importance centrale aux concepts d'analyse de l'influence institutionnelle, ainsi que de l'identité et de l'acculturation qui sont intersubjectifs relativement à cette influence. L'identité revêt un rôle central au sein d'analyses constructivistes. Nous la conceptualisons selon les écrits de Brunnée et Toope en la matière; la formation de l'identité est relationnelle²⁸⁴, et les acteurs peuvent présenter différentes identités selon les interactions considérées²⁸⁵. Quant à l'acculturation, Goodman et Jinks présentent l'argument selon lequel les mécanismes de la coercition et de la persuasion sont ceux qui sont principalement mis de l'avant pour théoriser l'influence institutionnelle. L'acculturation, c'est-à-dire l'adoption dans une culture environnante donnée des croyances et schèmes comportementaux de cette culture par les acteurs, serait sous-représentée dans de telles analyses²⁸⁶. Ces auteurs font cette proposition dans un cadre où ils croient que les constructivistes portent une attention uniquement en marge au concept d'acculturation, au profit du mécanisme de persuasion²⁸⁷. Nous concevons le constructivisme dans ce mémoire comme étant effectivement porteur d'une analyse principalement centrée sur l'acculturation, la persuasion dans le contexte que nous étudions étant secondaire et motivée par cette acculturation.

²⁸³ « *States exist in many places not because they are good at what they are supposed to do (provide security and economic growth, promote equality) but because a larger world culture supports them.* » Finnemore, *supra* note 279, à la p. 332.

²⁸⁴ Brunnée, Jutta, et Stephen J. Toope, « International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law » (2000) 39 Colum J Transnat'l L, à la p. 20.

²⁸⁵ *Ibid*, à la p. 31.

²⁸⁶ Goodman, Ryan, et Derek Jinks, « How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law » (2004) 54 : 3 Duke LJ, aux pp. 625-626.

²⁸⁷ *Ibid*, à la p. 632.

Nous considérons d'ailleurs l'acceptation de l'acculturation en tant que facteur d'analyse des comportements sociaux comme révélatrice d'une position antifondationnaliste. En effet, du moment où l'on admet que la culture normative influence les comportements des acteurs, au-delà de leurs intérêts individuels, nous admettons qu'il n'existe pas de vérité préalable fixe, mais plutôt *des* réalités construites et intersubjectives. Ainsi, la réalité d'un acteur est construite par interactions et significations communes avec d'autres acteurs. Les cultures se saisissent de réalités et les véhiculent, influençant en ce sens les acteurs. La question du constructivisme en ce sens devient identique à celle que posent Berger et Luckmann dans l'ouvrage phare « La construction sociale de la réalité »: « [...] Comment se fait-il que les significations subjectives *deviennent* des facticités objectives [italiques dans l'original]? »²⁸⁸. Voilà résumé ce que nous reprochons aux théories rationalistes; cette transformation n'en est pas une pour ces derniers.

Finalement, ceci nous mène également à souligner l'importance de la multidisciplinarité informée par des disciplines connexes des sciences sociales pour des entreprises académiques telles que la nôtre. Nous intégrons ceci dans ce mémoire, intégration relativisée par les restrictions d'espace et la discipline principale informant celui-ci, c'est-à-dire le droit international. Ainsi, la sociologie guide la plupart des analyses constructivistes, étant l'une de ses disciplines fondatrices. La psychologie nous aide à déconstruire des affirmations rigides sur le comportement humain formant la base des propos de disciplines telles que la politique et le droit. De ne pas inclure des éléments d'analyse sociologique à une étude d'un phénomène du droit international est d'obscurcir la réalité des acteurs pertinents: il s'agit de groupes d'individus interagissant avec d'autres groupes d'individus, interactions sociales sous-tendant donc des dynamiques de groupes et d'influence. De ne pas inclure des éléments d'une analyse psychologique est, pour reprendre les termes de Finnemore et

²⁸⁸ Berger, Peter et Thomas Luckmann, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin Éditeur, 2012, à la p. 64.

Sikkink, de faillir à considérer des dynamiques fondamentales de la vie politique, lorsque sont considérées comme non existantes les émotions et l'empathie²⁸⁹. Nous estimons que l'intégration d'apports de ces deux disciplines, au-delà de celle des Relations internationales dont les contributions au droit international sont évidentes, est souhaitable et permet d'adapter le constructivisme présenté à plusieurs critiques promulguées sur ce cadre théorique en droit international.

3.2 L'identité juridique de la Commission explorée par ses activités: les faits sociaux permettant une conclusion théorique constructiviste

Le tableau présenté en introduction à ce mémoire démontre la hausse constante des activités de la Commission en matière de traitement des pétitions des individus ou groupes d'individus des Amériques, ce qui implique une participation également en hausse des États concernés à ce processus, malgré qu'elle ne soit pas généralisée. La Commission, pour ses activités de *soft law* liées à ces pétitions, adopte des procédures, un langage et un fonctionnement identiques ou fort similaires à la Cour ainsi qu'à d'autres juridictions contraignantes supranationales de droits humains (telle que la Cour européenne des droits de l'homme, sans conteste la manifestation la plus réussie de ce phénomène). Mentionnons à ce titre des exemples d'éléments illustrant notre propos, selon lequel la Commission revêt une identité juridique quasi-identique à des entités bénéficiant de la contraignabilité des jugements qu'elles émettent, contrairement à la Commission qui ne peut émettre, dans une perspective positiviste, que des recommandations. Les commissaires sont nommés en leur qualité d'indépendance plutôt que d'appartenance nationale, tel que convenu à l'article 1, paragraphe 3 de son Règlement²⁹⁰, à l'instar de la majorité des

²⁸⁹ Finnemore, Martha, et Kathryn Sikkink, « International Norm Dynamics and Political Change » (1998) 52 : 4 Int'l Org, à la p. 916.

²⁹⁰ Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, *supra* note 25.

tribunaux internationaux. La procédure de recevabilité des pétitions, décrite à l'article 28 du Statut de la Commission²⁹¹, regroupe des conditions telles que l'irrecevabilité sur la base de l'anonymat d'une pétition, du non épuisement des recours internes, etc. Ces conditions sont analogues à d'autres systèmes régionaux, tels que la Cour européenne des droits de l'homme, pour laquelle celles-ci sont énumérées à l'article 35 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁹². La Commission peut faire la requête auprès d'États concernés de l'octroi de mesures conservatoires afin d'éviter des torts irréparables à des individus ou groupes d'individus des Amériques, procédure qui est détaillée à l'article 25 de son Règlement, ce qui est similaire au pouvoir de la Cour d'*ordonner* des mesures provisoires, selon l'article 25 de son Règlement²⁹³. Lorsque la Commission publie des décisions sur le fond, le format présenté est fort similaire à celui de jugements contraignants, par exemple ceux de la Cour; ainsi, il y a une analyse sur la recevabilité, incluant la compétence de la Commission, ainsi qu'une analyse sur le fond des allégations de violations article par article (de la Déclaration, ou de la Convention). D'autant plus, en matière de règlements à l'amiable, lorsque la Commission est l'arbitre, cela est similaire, par exemple, à la procédure d'arbitrage de l'Organisation mondiale du commerce, conformément à l'article 25 du *Mémorandum d'Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends*²⁹⁴, ou encore à celle de règlements amiables arbitrés par la Cour européenne des droits de l'homme, selon l'article 39 de la Convention pertinente²⁹⁵.

²⁹¹ Statut de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, *supra* note 22.

²⁹² *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 3 septembre 1953, 213 R.T.N.U. 222.

²⁹³ OÉA, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, (2000).

²⁹⁴ *Mémorandum d'Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends, Annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 14 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426.

²⁹⁵ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *supra* note 292.

Au-delà de la participation étatique aux activités de *soft law* de la Commission, plusieurs États vont encore plus loin avec une participation dépassant celle requise par l'entité elle-même, posant un autre obstacle à la cohérence théorique des théories rationalistes, particulièrement les *Law and Economics*. Par exemple, la Cour constitutionnelle de Colombie a déclaré contraignantes pour l'État les mesures conservatoires de la Commission²⁹⁶. Également, en 2013, sept États des Amériques ont saisi de leur propre initiative la Commission dans le but de tenir une audience thématique sur l'abolition de la peine de mort²⁹⁷. De plus, suite au Rapport sur les châtimements corporels et les droits humains des enfants et des adolescents de 2009 du Rapporteur sur les droits de l'enfant de la Commission, le Honduras a adopté une loi interdisant les châtimements corporels et les traitements humiliants en tant que mesures de discipline ou de correction de l'enfant²⁹⁸. Cela démontre donc l'impact significatif de la Commission sur certains États, inspirant des changements nationaux généralisés.

Une autre facette des activités de la Commission pertinente à notre analyse est sa participation fort active, par la présence de ses membres exécutifs, rapporteurs spéciaux, et avocats, à des rencontres et ateliers multilatéraux régionaux et internationaux en matière de protection des droits humains. Cela démontre sa présence ainsi que sa pertinence en tant qu'acteur significatif pour la protection des droits humains. Ses représentants furent présents en 2013 à des événements tenus de la Gambie à l'Afrique du Sud, de la Suisse à l'Angleterre, de la Mongolie aux États-Unis, du Brésil au Chili, pour ne nommer que quelques endroits²⁹⁹. La Commission fut également elle-même instigatrice d'une rencontre multilatérale en 2013: elle organisa une conférence sur l'échange des meilleures pratiques en matière de

²⁹⁶ Goldman, Robert K., « History and Action: The Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights » (2009) 31 Hum Rts Q, à la p. 876.

²⁹⁷ IACHR Annual Report 2013, *supra* note 32, à la p. 6.

²⁹⁸ *Ibid*, à la p. 9.

²⁹⁹ *Ibid*, aux pp. 29-35.

règlements à l'amiable, à laquelle des représentants de 15 pays des Amériques furent présents, en plus d'organisations non gouvernementales de la région et d'autres invités spéciaux³⁰⁰. En ce sens, la Commission a encadré un forum de légitimation de normes.

Une autre activité intéressante à explorer est celle des visites *in loco* menant à la production de rapports étatiques. Selon Felipe González, commissaire à la Commission, ces visites furent « cruciales » pour la visibilité de l'entité dans les premières décennies de son existence, puisque les populations des États visités connurent de ce fait son existence et sa visite par l'entremise des médias, et renforcèrent son impact³⁰¹. Lorsque les États refusaient la visite de la Commission, cela résultait en des répercussions au niveau international, puisque ce refus était publicisé³⁰². Certaines visites eurent d'ailleurs des effets majeurs. Notons par exemple celle conduite en Argentine en 1979, lors de laquelle la Commission trouva des preuves quant à des personnes victimes de disparation forcée, détenues clandestinement. Suite à la publication du rapport sur cette visite, l'OÉA condamna la pratique, et les Nations Unies mirent en place un Groupe de travail sur les disparations forcées afin d'enquêter sur la situation. Grâce à toutes ces pressions, la pratique cessa en Argentine³⁰³. Un autre exemple de ceci est la fuite du pays par le dictateur nicaraguayen Anastasio Somoza, qu'il aurait lui-même attribuée en grande partie au rapport ayant émané de la visite *in loco* de la Commission en temps de bouillonnement politique dans cet État³⁰⁴. Par ailleurs, il est également d'intérêt de noter que certains États demandent parfois eux-mêmes à la Commission la production

³⁰⁰ *Ibid*, aux pp. 35-37.

³⁰¹ Gonzalez, Felipe, « The Experience of the Inter-American Human Rights System » (2009) 40 : 1 VUWLR, aux pp. 105-106.

³⁰² *Ibid*, à la p. 106.

³⁰³ *Ibid*, aux pp. 108-109.

³⁰⁴ Farer, Tom J., « The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox » (1997) 19 : 3 Hum Rts Q, à la p. 538.

d'un rapport étatique³⁰⁵. Ceci est pertinent pour notre analyse dans la mesure où cela démontre, d'une part, le caractère significatif des facteurs domestiques, ici la participation des populations aux résultats du travail de la Commission envers les États. D'autre part, cela démontre l'attrait d'une conception plus fluide de la souveraineté ; il va sans dire que des visites sur le territoire d'un État d'une entité qui évalue la protection des droits humains en son sein est un affront à la souveraineté telle qu'interprétée par des conceptions conservatrices.

Tout ceci nous mène à la conclusion d'un questionnement principal et essentiel, qui constitue notre question de recherche pour ce mémoire: où chercher des indices quant au respect étatique du droit international des droits humains, si les engagements contractuels sous la forme de traités n'offrent pas de résultats conséquents, et si les normes non contraignantes véhiculées ont un pouvoir non négligeable?

3.3 Pourquoi les États respectent-ils le droit international des droits humains? Les indices des outils de légitimation utilisés par la Commission

Nous nous retrouvons face à des faits sociaux clairs et simples; pourtant, si nous tentons d'utiliser les cadres d'analyse dominants dans les études juridiques internationales actuelles, nous nous retrouvons avec plus de questionnements que d'indices. Nous distanciant des propositions rationalistes, pouvons-nous interpréter les activités de la Commission comme étant constituantes d'un processus d'acculturation aux normes véhiculées par la culture de cette entité ? Pouvons-nous proposer que ce processus exerce bien plus de pression à participer à l'amélioration

³⁰⁵ Gonzalez, *supra* note 301, à la p. 118.

des droits humains que ne puisse l'être l'unique élément de ratification d'un traité?
Nous proposons que oui.

Nous démontrons ce propos de la façon suivante. Nous exposerons d'abord notre hypothèse quant à la reproduction, et conséquemment la construction intersubjective, d'identités. Nous précisons ensuite que cette construction se fait à l'aide d'outils de légitimité, terme que nous attribuons aux activités de la Commission présentées à la sous-section précédente. À cet égard, notons que nous nous inspirerons du concept de communautés de pratique tel que repris par Brunnée et Toope, en tant que description de l'environnement dans lequel se construisent, reproduisent, et transforment les identités et les intérêts. Nous présenterons par la suite le concept d'acculturation de Goodman et Jinks, qui représente pour notre proposition le processus par lequel la construction d'identités peut largement s'accomplir. Nous élaborerons ensuite, brièvement par souci d'espace, sur des études en psychologie sociale et en sociologie sur lesquelles se basent Goodman et Jinks, car nous estimons qu'une analyse constructiviste nécessite un regard multidisciplinaire sur le comportement humain. Étant admis que nous adoptons l'approche de l'acculturation pour interpréter les faits sociaux du droit international de protection des droits humains, nous présenterons l'approche interstitielle de Christian Reus-Smit, approche que nous estimons essentielle pour une appréhension holistique des faits sociaux du champ en matière de prises de décisions. La prise de décisions est l'aspect que nous interprétons principalement, lorsque nous étudions le respect du droit international ; il s'agit après tout de choix étatiques. Nous conclurons cette section en abordant le concept de réalité souveraine des auteurs phares du constructivisme en sociologie, Berger et Luckmann, afin de tenter d'interpréter le conservatisme face aux manifestations hybrides du droit international par rapport au droit interne.

Notre hypothèse est que la construction d'une identité juridique avec une « autorité »³⁰⁶ accrue peut se faire par reproduction de comportements. Ainsi, des entités dont les activités ne bénéficient que d'un pouvoir de *soft law* posent des actions et adoptent une forme similaires à celles d'entités qui ont une identité de *hard law*. De cette façon, l'identité qu'elles créent inter-subjectivement avec les autres acteurs qui participent à ces actions devient de plus en plus similaire à celle d'identités contraignantes, ce qui permet d'accroître leur « autorité ». La Commission n'existe après tout que par consensus social, par interprétation collective de son identité. Nous avons démontré dans la section précédente comment plusieurs activités de la Commission contribuent à façonner cette identité, et comment la participation des autres acteurs, particulièrement étatiques, à ces activités valide l'identité de l'organisation en ce sens. Les droits humains promus par la Commission et leur interprétation par celle-ci, formant la base normative de ses actions, sont somme toute fort similaires à ceux promus par des entités dont l'autorité est rarement contestée. L'identité de la Commission est donc graduellement et inter-subjectivement transformée par de tels processus, et cela contribue à rapprocher cette dernière de celles d'entités similaires qui opèrent avec des normes de *hard law*.

Ainsi, nous présentons l'argument selon lequel l'« autorité » de la Commission s'est construite par une reproduction constante et cohérente de comportements et de bases normatives d'entités ayant déjà acquis socialement une telle identité. Nous précisons que cette autorité n'est en aucun cas fixe; elle fut construite, et elle est contextuellement contingente.

Les activités présentées dans la section précédente représentent pour notre analyse ce que nous nommons « outils de légitimité ». Ces activités sont les outils de

³⁰⁶ Lorsque nous mentionnons le terme « autorité » par rapport à la Commission, nous faisons référence au respect juridique des États envers celle-ci, et non pas à la contraignabilité; cela est conséquent avec notre argument selon lequel l'« autorité » d'une entité supranationale n'est pas nécessairement liée avec le fait que ses recommandations soient de *soft law* ou de *hard law*.

la Commission pour se forger une identité juridique légitime aux yeux de la société des États des Amériques. Puisque la construction des identités est intersubjective, chaque fois qu'un État participe à ces activités, il contribue implicitement (ou explicitement, lorsque cela est le cas) à l'identité « autoritaire » de la Commission. Si les rapports de la Commission sur les pétitions qui lui sont présentées et les procédures menant à sa rédaction demeuraient sans attention, sans participation étatique, sans réactions, nous estimons que son identité en serait grandement transformée, et elle serait peut-être même appelée à disparaître. C'est par un processus participatif et de consensus social que la Commission est active et a un effet réel sur les droits humains des populations des Amériques; les États ne respectent pas le droit international « *soft* » des droits humains autant qu'*ils le construisent eux-mêmes*.

Encore faut-il que ces outils de légitimité s'inscrivent dans un environnement dans lequel ils sont prônes à jouer ce rôle. Le concept de communauté de pratique, repris récemment par Brunnée et Toope, nous aide à conceptualiser cet environnement propice à l'intersubjectivité dans la construction d'identités et d'intérêts. Ces communautés de pratique, qui peuvent se chevaucher, sont des communautés d'acteurs dans lesquelles il y a des pratiques de légalité (« *a practice of legality* »), permettant aux interprétations partagées d'être produites, maintenues et altérées³⁰⁷. Sans ces communautés de pratique, les valeurs supposément partagées demeurent des vœux pieux, pour reprendre l'expression des auteurs (« *lofty rhetoric* »)³⁰⁸. Mais il n'est pas nécessaire que les communautés soient homogènes d'un point de vue moral; il suffit qu'elles partagent l'interprétation de ce qu'elles accomplissent et la raison pour laquelle elles l'accomplissent. Ceci expliquerait donc la possibilité de l'existence même du droit international, en théorie sympathique à la

³⁰⁷ Brunnée, Jutta, et Stephen J. Toope, « Interactional international law: an introduction » (2011) 3 : 02 Int'l Theory, à la p. 313.

³⁰⁸ *Ibid.*

diversité³⁰⁹ (par exemple, des cultures ou religions différentes), réunissant après tout pour un projet commun des États souvent hétéroclites.

Il doit également y avoir présence de processus divers menant ces outils de légitimité à influencer des comportements, au sein de ces environnements. Nous adoptons en ce sens la proposition concernant l'acculturation de Goodman et Jinks, qui traite de l'adaptation des acteurs à une culture sociale. Celle-ci se décline en deux éléments: les pressions cognitives ainsi que les pressions sociales. En ce qui a trait aux pressions cognitives, ils distinguent les coûts socio-psychologiques de la non conformité et les bénéfices socio-psychologiques du conformisme, incluant le « confort cognitif »³¹⁰. Nous reviendrons ci-dessous sur ce point avec le concept de dissonance cognitive. En ce qui concerne les pressions sociales, les auteurs les présentent comme étant composées de coûts tels que la condamnation et l'exclusion, ainsi que de bénéfices tels que des manifestations d'approbation publiques³¹¹. Si nous remettons ces propos dans le contexte de la Commission, nous notons que celle-ci est un acteur important dans ces pressions sociales; elle condamne les violations étatiques de droits humains dans les Amériques par des communiqués de presse diffusés à large échelle, et elle félicite les États pour leurs bonnes pratiques notamment dans ses rapports annuels.

Goodman et Jinks basent leur proposition sur un nombre d'études de psychologie comportementale et de sociologie, fort pertinentes pour une analyse constructiviste. Nous en avons sélectionné trois, que nous estimons centrales à notre problématique. Nous présenterons d'abord le concept de dissonance cognitive, qui nous aide à interpréter les motivations intrinsèques lors de l'acculturation, ainsi que les deux concepts reliés de l'approbation sociale et des processus mimétiques. Nous

³⁰⁹ *Ibid*, aux pp. 313-314.

³¹⁰ Goodman et Jinks, *supra* note 286, à la p. 640.

³¹¹ *Ibid*, à la p. 641.

les appliquerons ensuite à notre problématique à l'étude, afin d'en démontrer la pertinence.

Premièrement, les travaux de Leon Festinger ont une large influence sur la proposition de Goodman et Jinks. Ce dernier est un psychologue social qui mit de l'avant la théorie de la dissonance cognitive dans un article phare publié en 1962³¹². En ses propres termes, Festinger explique le phénomène ainsi:

[C]ette théorie est focalisée autour de l'idée que si une personne a connaissance de plusieurs choses qui ne sont pas cohérentes l'une envers l'autre, elle tentera, par des moyens variés, de les rendre plus cohérentes. [...] La dissonance cognitive est un état de fait motivateur. Tout comme la faim pousse une personne à manger, la dissonance incite une personne à changer ses opinions ou son comportement [traduction libre]³¹³.

Précisons d'abord que bien que Festinger lui-même utilise le terme « choses » (« *things* »), la pertinence de son concept s'exprime mieux, à notre sens, si nous le remplaçons par « explications ». Reformulé, il s'agit donc de la situation dans laquelle est placé un acteur lorsque sont en désaccord, voire en opposition, des explications qu'il se donne de phénomènes sociaux auxquels il est confronté. Festinger suggère que cet acteur cherchera à harmoniser ces explications, pour contrer cette dissonance. Ainsi, il y a dissonance lorsque ne sont pas remplies les attentes que nous nous sommes construites à propos de ce qui va ensemble et ce qui ne le va pas³¹⁴.

³¹² Festinger, Leon, « Cognitive Dissonance » (1962) 207 : 4 Sc Am 93.

³¹³ « *This theory centers around the idea that if a person knows various things that are not psychologically consistent with one another, he will, in a variety of ways, try to make them more consistent. [...] Cognitive dissonance is a motivating state of affairs. Just as hunger impels a person to eat, so does dissonance impel a person to change his opinions or his behavior.* » *Ibid*, à la p. 93.

³¹⁴ *Ibid*, à la p. 94.

Le concept de respect étatique des activités de la Commission dans un contexte de dissonance cognitive est d'autant plus pertinent lorsque nous considérons la nature du système de droit international; les conséquences matérielles ne sont pas celles du droit interne. Un « État » ne sera pas emprisonné pour violations du droit international. S'il est condamné autrement, ce sera généralement pour une violation d'une obligation « contraignante », au sens du consensus social actuel de la communauté internationale autour du droit international, dont la Commission ne bénéficie pas. Ainsi, la dissonance cognitive est un concept bien plus intéressant pour interpréter le respect du droit international des droits humains que ne l'est la contraignabilité, qui dans les faits, somme toute, demeure sans conséquences directes très graves.

Selon notre interprétation, il y a donc dissonance cognitive d'une non participation aux activités de la Commission, dans notre cas à l'étude. Par exemple, ceci serait le cas pour un État qui choisirait de ne pas répondre aux demandes de la Commission par rapport à une pétition présentée par ses nationaux. De poser ce geste serait en dissonance avec une identité d'un État respectant les droits humains de sa population, bien plus attrayante socialement qu'une identité contraire. Cette interprétation est également pertinente en ce qui concerne la participation d'États des Amériques post-dictatures souhaitant faire coïncider leurs nouvelles identités démocratiques avec les valeurs prônées par la Commission.

Sont également considérés par Goodman et Jinks les travaux de John C. Turner, psychologue social, qui parmi plusieurs autres met de l'avant les processus d'influence sociale, soutenant par le domaine de la psychologie les affirmations de Goodman et Jinks sur la pression sociale. En situations où les actions sont publiques et identifiables, les acteurs développent une peur de la différence au sein d'un groupe et se conforment ainsi aux attentes positives, afin de bénéficier d'approbation sociale

et d'éviter le rejet³¹⁵. Goodman et Jinks citent également les travaux de W. Richard Scott, sociologue, sur les processus mimétiques. La proposition est que les acteurs (individus et organisations) cherchent à imiter les façons de procéder d'acteurs modèles, ainsi d'acteurs perçus comme ayant du succès. Les acteurs chercheraient généralement à agir de façon conventionnelle, afin de ne pas être perçus comme différents³¹⁶. Ceci est cohérent avec les actions de la Commission qui imitent celles d'entités similaires avec une autorité plus formalisée, tel que nous l'avons proposé ci-dessus. Et ceci constitue potentiellement un autre indice d'interprétation des actions étatiques dans la région par rapport à l'organisation: si tous participent aux activités de la Commission, serait-ce difficile d'être l'unique État qui ne réponde pas, par exemple, aux demandes de cette dernière par rapport à une pétition impliquant ses nationaux?

Nous concevons ainsi l'acculturation en tant que concept permettant d'interpréter la formation et la transformation des identités des acteurs. Les identités et conséquemment les intérêts des acteurs ne sont donc pas fixes ni donnés, mais bien inter-subjectivement formés par les interactions entre acteurs et structures. Nous partageons l'avis d'Hélène Mayrand selon lequel « le constructivisme peut s'avérer utile pour comprendre et expliquer comment les arrangements intersubjectifs deviennent des structures idéologiques qui façonnent les identités et préférences des acteurs internationaux et motivent leurs décisions et actions »³¹⁷. Nous sommes d'avis que l'interprétation de faits sociaux par le concept d'acculturation permet de déceler ces structures idéologiques. Une fois identifiées, elles peuvent être déconstruites, et de là émane un potentiel pouvoir émancipateur pour les acteurs ayant pour but de transformer ces structures. Nous abordons plus en détail à la sous-section suivante les

³¹⁵ Turner, John C., *Rediscovering the Social Group - A Self-Categorization Theory*, Oxford, Basil Blackwell Ltd, 1987, à la p. 68.

³¹⁶ Scott, W. Richard, *Institutions and Organizations*, Thousand Oaks, SAGE Publications, 1995, aux pp. 44-45.

³¹⁷ Mayrand, Hélène, « L'apport mutuel entre constructivisme et théories critiques », dans Bachand, Rémi, dir, *Théories critiques et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, à la p. 165.

implications de la déconstruction de la dichotomie *hard law/soft law*, qui ne se concrétise après tout que par l'acculturation des acteurs pertinents.

Nous avons donc présenté la justification derrière notre choix d'utiliser le concept d'acculturation pour interpréter la formation des identités et intérêts de la Commission et des autres acteurs en interaction avec elle. Nous adoptons, de façon complémentaire, l'approche interstitielle de Christian Reus-Smit pour interpréter la prise de décisions en droit international généralement, et ceci inclusivement de notre problématique. Ainsi, une fois interprétée la construction des identités des acteurs par l'acculturation, prélude nécessaire pour une analyse constructiviste complète, cette approche de Reus-Smit nous permet une interprétation de la prise de décisions de ces acteurs.

Nous considérons que cette méthode d'analyse complémentaire représente, à notre sens, l'une des manifestations du constructivisme les plus achevées et répondant le mieux aux critiques adressées au courant. Sa proposition émane d'une critique des théories rationalistes en lien avec le problème de l'intériorité. Reus-Smit décrit ce dernier en ces termes: « Ce problème apparaît lorsque la source de l'obligation est située au sein d'un aspect d'un système normatif particulier, mais où la théorie en question est dépourvue des ressources théoriques pour justifier l'existence ou la légitimité du système en soi [traduction libre] »³¹⁸. L'auteur insiste particulièrement pour cette critique sur les théories rationalistes qui en seraient notamment affectées. Le problème de l'intériorité affligerait surtout les théories basées sur les sanctions, le consentement, l'équité et la délibération (les processus de communication d'Habermas). Par exemple, sur le consentement, Reus-Smit reprend la critique de Hart selon laquelle le consentement ne peut être contraignant que s'il existe une règle

³¹⁸ « *This problem arises when the source of obligation is located within an aspect of a particular normative system, but where the theory in question lacks the theoretical resources to account for the existence or legitimacy of the system as a whole.* » Reus-Smit, Christian, « *Politics and International Legal Obligation* » (2003) 9 : 4 *Eur J Int'l Rel*, à la p. 593.

préalable qui attribue ce pouvoir au consentement. Or, le consentement lui-même ne peut être la source de la force obligatoire de cette règle préalable³¹⁹.

La proposition de Reus-Smit pour contrer ce problème lors d'une appréhension théorique de faits sociaux s'inspire du politologue Ronald Beiner³²⁰. Quatre modes de délibération et d'action sociales devraient être considérés : le mode idiographique (qui sommes-nous?), le mode téléologique (que désirons-nous?), le mode éthique (comment devrions-nous agir?), et le mode instrumental (comment obtenir ce que nous désirons? qu'avons-nous besoin pour obtenir ce que nous désirons?)³²¹. Les rationalistes ne se concentreraient que sur le quatrième mode, ainsi le mode instrumental³²². La considération des quatre modes en analyse de la prise de décision politique inspire donc le titre d'approche interstitielle.

Prenons un exemple cité ci-dessus pour appliquer cette approche à notre problématique. Réitérons que l'analyse de la construction des identités (par le concept d'acculturation, selon notre proposition) doit donc précéder cette interprétation de la prise de décisions, afin d'être fidèle à un cadre théorique constructiviste. Lorsque nous interprétons l'action des sept États ayant déposé auprès de la Commission une demande de rencontre sur l'abolition de la peine de mort dans les Amériques, nous concevons rapidement comment les conclusions d'une approche interstitielle sont bien plus satisfaisantes que ne puisse l'être la considération unique d'un seul mode pour analyse. L'appréhension de cette situation selon les quatre modes de Reus-Smit offre une interprétation bien plus holistique. Par le mode idiographique, ces États ont répondu avoir une identité prônant le droit humain à la vie; par le mode téléologique, ils ont répondu vouloir abolir la peine de mort qui nuit à la protection de ce droit; par le mode éthique, ils ont répondu qu'une action politique non confrontationnelle de

³¹⁹ *Ibid.*, à la p. 600.

³²⁰ *Ibid.*, à la p. 607.

³²¹ *Ibid.*

³²² *Ibid.*

groupe auprès d'une entité ayant autorité en matière de protection des droits humains était la voie à suivre; et par le mode instrumental, ils ont conclu que de saisir la Commission pour chapeauter cette initiative était le moyen permettant de concilier le tout. Nous voyons ici clairement les liens et les interstices entre chacune des réponses aux modes. Si nous ne considérons que le quatrième mode, nous saisissons difficilement les motivations de ce moyen d'action.

Pour conclure cette section, nous souhaitons nous poser la question: d'où provient toute cette réticence académique et parfois politique à une reconnaissance explicite de l'autorité qu'a acquise la Commission, ou qu'a acquise tout simplement la *soft law* dans certains domaines? Nous considérons que le concept de réalité souveraine de Berger et Luckmann est un indice d'interprétation pertinent pour des pistes de réponse à cette question. Pour ces derniers, la réalité représente « une qualité appartenant à des phénomènes que nous reconnaissons comme ayant une existence indépendante de notre propre volonté. »³²³. La réalité à laquelle chaque individu fait face dans la vie quotidienne lui confère la « position privilégiée » menant au titre de réalité souveraine³²⁴, à laquelle la conscience reviendrait toujours³²⁵. Cette réalité est considérée comme valide jusqu'au moment où elle ne suffit pas à résoudre un problème rencontré³²⁶.

Si nous appliquons ce concept à notre cas à l'étude, nous pouvons interpréter la réticence affichée de cette façon: le droit international est encore un phénomène exceptionnel par rapport au droit national, en termes de manifestations de son existence, de sa légitimité sociale et de ses conséquences. La réalité souveraine des juristes est majoritairement celle du droit interne, bien plus que des manifestations du droit international. Si la « réalité » du droit pour un acteur est typifiée par les

³²³ Berger et Luckmann, *supra* note 288, à la p. 39.

³²⁴ *Ibid*, à la p. 68.

³²⁵ *Ibid*, à la p. 73.

³²⁶ *Ibid*, à la p. 96.

éléments du droit interne, il cherchera donc à discréditer comme manifestation « réelle » du droit celles qui ne correspondent pas à la typification propre à sa réalité souveraine en la matière. Nous croyons que nos arguments liés au conservatisme analytique de certains auteurs des *Law and Economics* exemplifient fort bien cette proposition. Lorsque le droit international ne correspond pas aux éléments constitutifs du droit interne, il y a quête d'invalidation de ce dernier, ou du moins de sa terminologie similaire. L'inconfort est palpable. Nous lions cette proposition globalement aux auteurs qui refusent une inclusion de la *soft law* dans le domaine du droit international relatif aux droits humains. En effet, leur réalité souveraine en matière de droit ne correspond pas à ces manifestations, et elle ne peut ainsi pas faire partie de cet ensemble. Ceci rejoint également le concept de dissonance cognitive de Festinger.

Nous considérons donc que les théories de droit international (et de Relations internationales) se doivent d'être cohérentes avec les faits sociaux constants de la Commission, dont l'identité en est une de *soft law*. La « validité sociale » dont bénéficie celle-ci, pour reprendre le terme de Reus-Smit³²⁷, devrait suffire au théoricien pour une appréhension du phénomène contemporain du droit international relatif aux droits humains inclusive du « pouvoir » de la *soft law*, et *a contrario* de la non pertinence dans le domaine de la distinction positiviste de contraignabilité juridique. Ceci représente l'aboutissement de notre problématique: nous ne distinguons aucune raison valable pour une analyse des faits sociaux de la pratique des droits humains inclusive de la distinction de *soft law* et de *hard law*, et d'autant plus, de la recherche de discréditation de la pertinence de la *soft law* dans le domaine et de son étude. Nous ajoutons que du moment qu'il est admis qu'une obligation juridique est une construction sociale, il devient possible d'émettre l'hypothèse que le concept est maniable; cette conclusion nous mène à notre section suivante, sur les

³²⁷ Reus-Smit, *supra* note 318, à la p. 611.

implications de notre proposition en lien avec le travail concret pour l'amélioration des droits humains dans les Amériques.

3.4 Implications théoriques de notre proposition liées au concept de *soft law*

Notre argument a donc pour finalité la non-cohérence de la distinction positiviste de *hard law* et *soft law* en droit international des droits humains, exemplifiée par les actions de la Commission. Ceci implique un changement de définition de ce qu'est l'obligation dans ce champ d'étude et de pratique. Nous partageons en ce sens la proposition théorique de Brunnée et Toope : « L'obligation juridique, ainsi, est le mieux appréhendée comme étant un engagement internalisé, plutôt qu'un devoir imposé de façon externe et assortie d'une sanction pour la non performance [traduction libre] »³²⁸.

Quelles sont les implications d'un tel changement de définition ? Nous présenterons dans cette sous-section des pistes de réflexion quant aux effets dans la pratique concrète des droits humains d'un changement de paradigme dominant en matière d'appréhension conceptuelle du droit international des droits humains. Ainsi, nous présenterons dans cette sous-section les effets potentiels de la déconstruction de la dichotomie *hard law/soft law*, construction sociale intersubjective au sein des communautés de pratique du droit international. Bien que cette fiction juridique soit majoritairement l'objet des universitaires de ce champ d'étude, elle produit des effets réels dans la pratique de la protection des droits humains, minant la crédibilité du corpus de *soft law*, qui est pourtant essentiel à cette pratique. Cela implique un positionnement en faveur des actions *bottom-up* pour de réelles améliorations

³²⁸ « *Legal obligation, then, is best viewed as an internalized commitment and not as an externally imposed duty matched with a sanction for non-performance.* » Brunnée et Toope, *supra* note 307, à la p. 312.

tangibles des droits humains, lorsque les outils de légitimité sont optimisés en ce sens. Nous estimons donc que les actions étatiques *top-down* en droit international des droits humains ne sont que prélude à tout ce travail des acteurs non étatiques, qui bâtissent sur les opportunités de légitimation de leurs actions offertes par le droit international.

Nous observons d'abord que le fait de maintenir cette fausse dichotomie est potentiellement un obstacle à une théorisation optimale des droits humains, complémentaire aux actions pour leur protection, respect et promotion. En effet, s'il y a réticence à, et recherche de discréditation du pouvoir de la Commission, cela bénéficie-t-il une meilleure interprétation des mécanismes pouvant mener à une autorité accrue en matière de droits humains? Nous estimons ces propos de Goodman et Jinks fort pertinents: « La question de savoir si le droit international peut promouvoir les normes de droits humains peut être remaniée, de façon importante, en demandant comment les régimes de droits humains peuvent le mieux utiliser les mécanismes d'influence sociale [traduction libre] »³²⁹.

Il faut se demander: quelle est la réelle utilité des arguments pour le maintien de cette distinction? Elle sont toujours fort présentes; par exemple, à l'exception de Guzman, les auteurs que nous avons présentés dans ce mémoire proposent des théories qui reposent ou, à tout le moins, qui postulent implicitement sur une telle distinction. Également, notons des efforts récents en ce sens, tels que ceux de Martin V. Totaro (remerciant d'ailleurs entre autres Andrew Guzman et Eric Posner pour leurs commentaires sur son article) qui présente un argument contre la considération du développement participatif comme droit humain judiciaire (*legal human right*)³³⁰,

³²⁹ « *The question whether international law can promote human rights norms may be recast, in an important sense, as how human rights regimes can best harness the mechanisms of social influence.* » Goodman et Jinks, *supra* note 286, à la p. 629.

³³⁰ Totaro, Martin V., « *Legal Positivism, Constructivism, and International Human Rights Law: The Case of Participatory Development* » (2007) 48 Va J Int'l L 719.

droit qu'il prend en exemple pour démontrer son argument général. Il propose que la plus grande critique que l'on puisse faire à la coutume est de représenter des idéaux plutôt que des standards de conduite³³¹, et son argument envers le droit au développement participatif va dans la même direction. Mais les traités représentent-ils réellement des standards de conduite, ou eux également des idéaux? Prenons par exemple le PIDESC; est-ce que le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle et sa famille est dans les faits un droit dont le respect et la protection représentent un standard de conduite étatique, puisque 162 États ont ratifié ce traité³³²? Ce serait bien difficile à démontrer de façon convaincante. Nous sommes plutôt d'avis que, pour paraphraser Wendt, *les droits humains sont ce que les acteurs en font*, plutôt que ce qu'en résulte la concrétisation de contraignabilité, et sont en ce sens inter-subjectivement construits et véhiculés.

Nous avons conclu ci-dessus que le pouvoir de la *soft law* dans la pratique des droits humains trouve difficilement son équivalent au niveau théorique dominant du droit international. Force est pourtant de se demander, s'il y a consensus (ou quasi-consensus) d'interprétation collective sur l'autorité de la Commission, quelle serait la motivation d'une confirmation positiviste? De façon reformulée, quel serait l'intérêt que les activités de la Commission soient auréolées d'une consécration positiviste de contraignabilité, si ces activités ont un effet positif concret dans la pratique, même si cela s'accomplit par d'autres moyens que la *hard law*? Nos conclusions en ce sens appuient celles d'auteurs tels qu'Amartya Sen ainsi que Goodman et Jinks. Sen affirme:

³³¹ *Ibid*, à la p. 764.

³³² « Chapitre IV - Droits de l'homme - 3. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », en ligne: Nations Unies - Collection des Traités
<https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=fr>.

Pour certains droits, la route idéale n'est peut-être pas la judiciarisation mais quelque chose d'autre, telles que la reconnaissance ou l'agitation, ou même des discussions et une sensibilisation publiques, avec l'espoir de changer le comportement de ceux qui contribuent aux violations de droits humains [traduction libre]³³³.

Goodman et Jinks affirment quant à eux que les conditions favorables à l'acculturation sont manipulables à des fins de promotion du changement par des institutions³³⁴; ainsi, dans notre cas à l'étude, les outils de légitimité que sont les activités actuelles de la Commission contribuent à créer un climat favorable à une autorité accrue. Les auteurs poussent leur argument plus loin: les mécanismes de *soft law* pourraient même être plus efficaces que la *hard law* pour l'établissement de normes durables³³⁵, considérant entre autres que celles-ci ne sont pas coercitives et ainsi que les actions en ce sens sont dans une plus grande mesure caractérisées par les acteurs se reconnaissant dans ces normes. Brunnée et Toope présentent le même argument, lorsque ces normes sont ancrées dans des interprétations partagées (« *shared understandings* »), et qu'elles génèrent ainsi une « fidélité » chez les acteurs³³⁶.

D'ailleurs, le concept de communautés de pratique, utilisé récemment par Brunnée et Toope et présenté ci-dessus, permet de déceler plusieurs indices sur la façon dont des acteurs non étatiques peuvent effectivement se pourvoir du droit international afin d'améliorer la situation concrète des droits humains. Mayrand synthétise clairement l'utilité du concept :

³³³ « *For some rights, the ideal route may well not be legislation but something else, such as recognition or agitation, or even public discussion and education, with the hope to change the behavior of those who contribute to the violation of human rights.* » Sen, Amartya, « Human Rights and the Limits of Law » (2005) 27 *Cardozo L Rev*, à la p. 2920.

³³⁴ Goodman et Jinks, *supra* note 286, à la p. 654.

³³⁵ *Ibid*, aux pp. 689-690.

³³⁶ Brunnée et Toope, *supra* note 307, à la p. 315.

En effet, le concept de communauté de pratique permet d'adopter une compréhension plus nuancée de la pratique internationale en incluant dans celle-ci une grande variété d'acteurs, tels que les juristes et les organisations non gouvernementales et transnationales. De plus, ce concept permet de regarder comment ces acteurs ont développé, interprété et appliqué le droit international pour exclure ou inclure certaines pratiques juridiques. Une telle approche permet de connaître les acteurs qui sont exclus de ce processus de socialisation et de la définition des arrangements intersubjectifs, mais également comment certains groupes offrant une résistance aux courants dominants parviennent à faire changer le discours et la pratique juridiques internationaux³³⁷.

Cela résume également, à notre sens, l'apport critique qui émane de notre proposition théorique constructiviste.

Ainsi, sommes-nous d'avis qu'il serait potentiellement bénéfique de consacrer davantage d'efforts théoriques à l'interprétation des mécanismes menant à une autorité accrue des institutions de promotion des droits humains par d'autres voies que la judiciarisation, plutôt que de chercher à invalider les manifestations de *soft law* ou de ne démontrer la pertinence que des seules normes de *hard law*, dans la mesure évidemment où l'amélioration des droits humains constitue la tangente normative des chercheurs. Nous plaidons pour une reconnaissance et une acceptation du caractère hybride du droit international; l'entêtement conservateur de la reproduction des concepts du droit interne au droit international pour en estimer sa validité n'est pas cohérent avec les faits sociaux entourant sa pratique. En somme, nous ne concevons pas que l'interprétation des droits humains au niveau international bénéficie d'analyses basées sur une distinction positiviste qui n'est que fiction juridique dont la justification de la validité n'est plus cohérente.

³³⁷ Mayrand, *supra* note 317, aux pp. 168-169.

Pour résumer notre proposition de reconstruction, nous insistons d'abord sur les positions ontologiques et épistémologiques que nous avons prises. Nous avons proposé qu'un cadre théorique constructiviste critique a pour point de départ un but d'*interprétation* des faits sociaux. Nous nous sommes opposés au fondationnalisme en ce qui a trait aux propositions théoriques en sciences sociales, et sommes particulièrement sceptiques face à l'utilisation idéalisée de la rationalité pour l'analyse de prises de décisions par des acteurs. Nous avons présenté l'argument selon lequel les interprétations théoriques de faits sociaux ne devraient pas perdre de vue que ceux-ci sont intersubjectifs, et qu'ils sont construits de cette façon ; les éléments ontologiques choisis pour analyse ne sont ni permanents, ni immuables en sciences sociales. Nous avons ensuite démontré comment les activités de la Commission reproduisent celles d'entités bénéficiant d'une autorité contraignante, permettant ainsi la construction d'une identité avec une autorité légitime dans le contexte socio-historique actuel de la pratique des droits humains dans les Amériques. Ainsi, les acteurs pertinents, c'est-à-dire les États, les organisations internationales, les organisations non gouvernementales ainsi que les autres acteurs non étatiques, construisent par interactions sociales menant à des interprétations partagées constamment en transformation ce qu'est le droit international des droits humains aujourd'hui. Nous nous sommes appuyés principalement sur les concepts complémentaires de communauté de pratique de Brunnée et Toope, d'acculturation de Goodman et Jinks, de l'approche interstitielle de Reus-Smit et de réalité souveraine de Berger et Luckmann pour démontrer la pertinence du constructivisme pour appréhender les faits sociaux en matière de droit international des droits humains. Finalement, nous avons décrit les implications de la déconstruction de la fiction juridique de *hard law/soft law* pour la pratique de protection des droits humains, démontrant les opportunités concrètes que créent les interprétations *théoriques* de phénomènes sociaux nous interpellant en sciences juridiques.

CONCLUSION

Le questionnement principal de ce mémoire émane d'un constat quant au travail impressionnant de la Commission interaméricaine des droits de l'homme et de la difficulté à théoriser celui-ci par les courants théoriques dominants. Ce constat est en ligne avec la question de base des théories du domaine: pourquoi les États respectent-ils le droit international? Nous nous demandons plus précisément: pourquoi les États participent-ils ou respectent-ils les activités, demandes et recommandations supranationales de la Commission, si la conception du droit international public la plus largement disséminée ne permet pas une interprétation d'un tel pouvoir de *soft law*?

Nous avons d'abord cherché à exposer la pertinence des activités de la Commission, ainsi que leur portée dans les Amériques. Nous avons ensuite exploré les questionnements qui s'en suivent; ceci nous permit d'identifier le constructivisme comme courant théorique pouvant le mieux nous outiller pour l'interprétation des faits sociaux de notre problématique. Pour en arriver à cette conclusion, nous avons d'abord déconstruit les théories des *Law and Economics* et du libéralisme contemporain, qui ont donc fait l'objet d'analyses et de critiques, en raison de leur popularité académique actuelle ainsi que de la notoriété de leurs auteurs phares. Ces déconstructions ont démontré la non cohérence de ces théories dominantes avec les faits sociaux entourant la pratique de la Commission.

Nous avons démontré, dans notre premier chapitre, les problèmes théoriques des *Law and Economics* à s'appliquer à notre cas à l'étude, d'une part par les écrits d'Eric Posner et ses collègues Jack Goldsmith et Alan O. Sykes, et d'autre part par

les écrits d'Andrew Guzman. L'élément commun qui a guidé notre critique de cette théorie est celui de la proposition du choix rationnel, qui domine les propos de tous ces auteurs. Loin de proposer que les acteurs agissent de façon irrationnelle, nous avons cependant démontré, soutenu par des apports de disciplines telles que la psychologie cognitive, comment la théorie du choix rationnel idéalise et uniformise le comportement humain, particulièrement en ce qui concerne le processus de prise de décisions. Nous avons également critiqué l'entêtement de certains auteurs travaillant avec les outils des *Law and Economics* à chercher une transposition de la réalité du droit national à laquelle ils furent exposés au droit international pour en confirmer sa validité. Nous avons soutenu une critique de l'infalsifiabilité pour toutes les propositions théoriques présentées. Nous estimons en effet que la plupart des théories qui se veulent prédictives sont affligées de cette caractéristique, car l'erreur dans la prédiction y trouvera toujours sa justification.

Dans notre deuxième chapitre, nous avons démontré comment les écrits dominants de Beth A. Simmons et d'Anne-Marie Slaughter, malgré le fait qu'elles prônent l'amélioration des droits humains et la paix universelle, ne laissent aucune place théorique à la *soft law* dans le domaine, place que nous avons pourtant exposée dans la pratique de la Commission. Le fondationnalisme qui teinte leurs propositions théoriques a guidé nos principales critiques à leur égard. Nous avons toutefois apprécié que ces auteures considèrent les facteurs domestiques dans leurs analyses, contredisant la proposition implicite des *Law and Economics* que la prise de décisions étatique en matière de droit international se produit dans une bulle imperméable aux tractations internes.

Notre troisième chapitre a revêtu la forme d'une proposition de reconstruction en ligne avec notre proposition théorique. Nous y avons présenté les éléments théoriques qui, à notre sens, devraient être constitutifs des analyses du droit international des droits humains. Nous avons ensuite exploré les activités de la

Commission qui sont représentatives de sa reproduction d'éléments d'autres entités ayant une autorité plus formalisée que la sienne, et conséquemment représentatives de la construction de son identité juridique assortie d'une certaine autorité. Ceci nous permet une réponse directe à notre question de recherche. Nous avons présenté l'argument selon lequel les activités de la Commission sont des outils de légitimité, dans un processus d'acculturation, et qu'ils sont donc accompagnés de pressions cognitives et de pressions sociales. Nous nous basons principalement, pour cette proposition, sur les écrits de Ryan Goodman et Derek Jinks. Les écrits de Brunnée et Toope nous ont également été utiles pour leur interprétation du concept de communauté de pratique, qui est un outil pour l'analyse de l'environnement dans lequel ces processus d'acculturation peuvent se produire. Nous avons également suggéré l'adoption de l'approche interstitielle de Christian Reus-Smith pour une interprétation des phénomènes du droit international, afin de ne pas tomber dans le piège de l'intériorité, comme la plupart des propositions théoriques rationalistes. Nous en arrivons à la finalité de notre réflexion: nous n'estimons pas pertinente la distinction de *soft law* et de *hard law* en droit international des droits humains, et ne croyons pas que l'élément positiviste de contraignabilité est celui qui devrait guider une analyse dans ce champ.

Nous estimons que ce mémoire n'est que le début d'une lignée de nombreux questionnements. Nous pouvons déjà en concevoir plusieurs. Par exemple, la réticence notoire des États-Unis à l'autorité de toute entité supranationale de droits humains, inclusivement de la Commission, est en soi une réflexion fort stimulante à plusieurs ramifications. Les outils théoriques du constructivisme semblent à prime abord être d'une pertinence significative, particulièrement si l'on conçoit cette question du point de vue de l'identité. Les États-Unis démontrent-ils cette résistance par dissonance cognitive envers le rôle joué par ces entités supranationales, alors que le rôle que s'est attribué cet État en est un de leader de la promotion des droits humains libéraux? Est-ce révélateur que les auteurs dominants dans le domaine, qui

peinent pourtant à expliquer des faits sociaux régionaux simples et manifestes, soient bien souvent des universitaires américains ? Autrement dit, est-ce que la culture normative académique d'un individu influence ses positions théoriques dissimulées sous des prétentions d'objectivité et la popularité de ses écrits ?

Également, la démonstration de la non pertinence de la distinction de *soft law* et de *hard law* en droit international des droits humains s'applique-t-elle à d'autres domaines du droit international, voire même, à certains domaines du droit national ? Il existe un transfert de pouvoir à la société civile, plutôt qu'aux autorités étatiques politiques et juridiques, lorsqu'il est question de *soft law*, puisque la mise en oeuvre s'accomplit par d'autres motivations et moyens que la contraignabilité. Ceci peut être intéressant à explorer pour des groupes plus vulnérables dont les revendications sont marginalisées par rapport aux intérêts dominants.

Enfin, en ce qui concerne plus précisément le travail de la Commission, la pertinence d'une analyse constructiviste s'illustre également dans le contexte du rôle joué par la société civile pour la construction et la légitimation de l'identité de cette entité. En effet, considérant que la Commission dédie des ressources à l'éducation des populations des Amériques quant à leurs droits, ainsi qu'au système interaméricain de protection des droits humains et ses procédures³³⁸, il serait fort pertinent d'explorer comment cela s'est manifesté au fil des années selon une vision théorique constructiviste.

Au-delà de cela, nous estimons que ce mémoire est un manifeste pour l'importance des théories dans l'analyse du droit, ainsi que dans la pratique de protection des droits humains. Comment changer notre réalité commune en la matière, outre que de la déconstruire, afin d'en percevoir les éléments considérés

³³⁸ Gonzalez, *supra* note 301, à la p. 119.

comme *a priori*, qui sont pourtant construits et font obstacles à une amélioration de la situation? Comment, sans la déconstruction, découvrir d'autres façons d'appréhender les faits sociaux nous interpellant, autres que celles qui nous furent transmises par un enseignement du point de vue dominant? Nous estimons que c'est ce processus qui mène à des solutions innovatrices. De surcroît, nous estimons que seule l'*interprétation* en matière d'analyse de faits sociaux est constructive, puisque ce processus ne s'embourbe pas de la nécessité de présenter une théorie prédictive ; au contraire, elle propose l'impossibilité de cette réalisation en sciences sociales. Certes, une analyse théorique n'échappe pas à la dimension philosophique; c'est ce qui, pour nous, en fait sa richesse et assure la pérennité des débats, et surtout, qui nourrit le changement dans les actions concrètes.

Nous concluons qu'une théorisation accrue des activités de la Commission et une théorisation plus pertinente de la *soft law* en droit international des droits humains sont des outils pour une interprétation plus optimale de ces faits sociaux, et pour la recherche de solutions innovatrices.

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine

Articles de périodiques

Aalberts, Tanja et Jean D'asprenmont, « Which Future for the Scholarly Concept of Soft International Law? Editors' Introductory Remarks » (2012) 25 : 2 Leiden J Int'l L 309.

Abbott, Kenneth W., et Duncan Snidal, « Hard and Soft Law in International Governance » (2000) 54 : 3 Int'l Org 421.

Alvarez, Jose E., et Anne-Marie Slaughter, « A Liberal Theory of International Law » (2000) 94 Proceedings of the Annual Meeting (Am Soc Int'l L) 240.

Becker, Gary S., « Crime and Punishment: An Economic Approach » (1968) 76 : 2 J Polit Econ 169.

Brunnée, Jutta, et Stephen J. Toope, « Interactional international law: an introduction » (2011) 3 : 02 Int'l Theory 307.

Brunnée, Jutta, et Stephen J. Toope, « International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law » (2000) 39 Colum J Transnat'l L 19.

Coase, R. H., « The Problem of Social Cost » (1960) 3 JL & Econ 1.

Coffman, E. J., et Daniel Howard-Snyder, « Three Arguments Against Foundationalism: Arbitrariness, Epistemic Regress, and Existential Support » (2006) 36 : 4 Can J Phil 535.

Conroy, Melanie, « Book Notes - A New World Order. » (2006) 19 Harv Hum Rts J 299.

Duplessis, Isabelle, « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international » (2008) Hors-série 2007 RQDI 245.

Farer, Tom J., « The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox » (1997) 19 : 3 Hum Rts Q 510.

Festinger, Leon, « Cognitive Dissonance » (1962) 207 : 4 Sci Am 93.

Finnemore, Martha, et Kathryn Sikkink, « International Norm Dynamics and Political Change » (1998) 52 : 4 Int'l Org 887.

Finnemore, Martha, et Stephen J. Toope, « Alternatives to "Legalization": Richer Views of Law and Politics » (2001) 55 : 03 Int'l Org 743.

Finnemore, Martha, « Norms, Culture, and World Politics: Insights from Sociology's Institutionalism » (1996) 50 : 2 Int'l Org 325.

Goldman, Robert K., « History and Action: The Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights » (2009) 31 Hum Rts Q 856.

Goldmann, Matthias, « We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law » (2012) 25 : 02 Leiden J Int'l L 335.

Goodman, Ryan, et Derek Jinks, « How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law » (2004) 54 : 3 Duke LJ 621.

Gonzalez, Felipe, « The Experience of the Inter-American Human Rights System » (2009) 40 : 1 VUWLR 103.

Guzman, Andrew T., « A Compliance-Based Theory of International Law » (2002) 90 :6 Cal L Rev 1823.

Guzman, Andrew T., « Doctor Frankenstein's International Organizations » (2012) ID2015010 SSRN.

Helfer, Laurence R. et Anne-Marie Slaughter, « Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication » (1997) 107 Yale LJ 273.

Helfer, Laurence R., et Anne-Marie Slaughter, « Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo » (2005) 93 Cal L Rev 899.

Hylton, Keith N., « Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics » (2005) 64 Md L Rev 85.

- Jolls, Christine, « Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rules » (1998) 51 Vand L Rev 1653.
- Kahneman, Daniel et Amos Tversky, « Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases » (1975) 185 : 4157 Science 1124.
- Kohler, Stefan, « Altruism and fairness in experimental decisions » (2011) 80 : 1 J Econ Behav Org 101.
- Korobkin, Russell B., et Thomas S. Ulen, « Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics » (2000) 88 : 4 Cal L Rev 1051.
- Kuhn, Deanna, « How do people know? » (2001) 12 : 1 Psychol Sc 1.
- Lepper, Mark R., Charles G. Lord et Lee Ross, « Biased assimilation and attitude polarization: The effects of prior theories on subsequently considered evidence » (1979) 37 : 11 J Pers Soc Psychol 2098.
- Martin, Lisa L. et Beth A. Simmons, « Theories and Empirical Studies of International Institutions » (1998) 52 :4 Int'l Org 729.
- Mutua, Makau, « Savages, victims, and saviors: the metaphor of human rights » (2001) 42 : 1 Harv Int'l LJ 201.
- Posner, Eric A., et John C. Yoo, « Judicial Independence in International Tribunals » (2005) 93 Cal L Rev 1.
- Posner, Eric A., « Some Skeptical Comments on Beth Simmons's Mobilizing for Human Rights » (2011) 44 NYUJ Int'l L & Pol 819.
- Posner, Richard, « Economic Approach to Law » (1974) 53 Tex L Rev 757.
- Posner, Richard, « The sociology of the sociology of law: A view from economics » (1995) 2 : 4 Eur J L & Econ 265.
- Reus-Smit, Christian, « Human Rights and the Social Construction of Sovereignty » (2001) 27 : 4 Rev Int'l Stud 519.
- Reus-Smit, Christian, « Politics and International Legal Obligation » (2003) 9 : 4 Eur J Int'l Rel 591.
- Samuelson, William, et Richard Zeckhauser, « Status Quo Bias in Decision Making » (1988) 1 : 1 J Risk Uncertainty 7.

Scharf, Michael P., « International Law in Crisis : A Qualitative Empirical Contribution to the Compliance Debate » (2009-2010) 31 *Cardozo Law Review* 45.

Sen, Amartya, « Human Rights and the Limits of Law » (2005) 27 *Cardozo L Rev* 2913.

Shapiro, Fred R., « The Most-Cited Legal Scholars » (2000) 29 : S1 *J Legal Stud* 409.

Totaro, Martin V., « Legal Positivism, Constructivism, and International Human Rights Law: The Case of Participatory Development » (2007) 48 *Va J Int'l L* 719.

Monographies

Bacharach, Michael, *Economics and the Theory of Games*, Londres, The MacMillan Press, 1976.

Berger, Peter et Thomas Luckmann, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin Éditeur, 2012.

Bettman, James R., Eric J. Johnson et John W. Payne, *The Adaptive Decision Maker*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 1993.

Bissardon, Sébastien, *Guide du langage juridique - Vocabulaire, pièges et difficultés*, 3^e éd, Paris, LexisNexis Litec, 2009.

Burchill, Scott, Richard Devetak, Jack Donnelly, Andrew Linklater, Matthew Paterson, Christian Reus-Smit et Jacqui True, *Theories of International Relations*, 3^e éd, Londres, Palgrave MacMillan, 2005.

Calabresi, Guido, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970.

Cane, Peter et Joanne Conaghan, dir, *The New Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Cavalerie, R., M. Fontaine et J.A. Hassenforder, *Dictionnaire de droit*, Collection Plein Pot Dico, Vanves, Éditions Foucher, 1996.

- Corniot, S. (Secrétaire de la rédaction), *Dictionnaire de droit - Tome 1 - A-I*, 2^e éd, Paris, Librairie Dalloz, 1966.
- Fierke, K.M. et Sven Erik Jorgensen, dir, *Constructing International Relations : The Next Generation*, Armonk, M. E. Sharpe, 2001.
- Goldsmith, Jack L. et Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, New York ; Toronto, Oxford University Press, 2005.
- Guzman, Andrew, *How International Law Works*, Oxford University Press, 2008.
- Haidt, Jonathan, *The Righteous Mind – Why Good People Are Divided by Politics and Religion*, New York, Pantheon Books, 2012.
- Kowert, Paul, Vendulka Kubalkova et Nicholas Onuf, dir, *International Relations in a Constructed World*, Armonk, M. E. Sharpe, 1998.
- Lescuyer, Georges, *Histoire des idées politiques*, 14^e éd, Paris, Éditions Dalloz, 2001.
- Macleod, Alex et Dan O'Meara, dir, *Théories des relations internationales: Contestations et résistances*, 2^e éd, Montréal, Athéna éditions, 2010.
- Mayrand, Hélène, « L'apport mutuel entre constructivisme et théories critiques », dans Bachand, Rémi, dir, *Théories critiques et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 147.
- McDermott, Rose, *Risk-Taking in International Politics*, Ann Harbor, The University of Michigan Press, 2008.
- Nesher, Dan, *On Truth and the Representation of Reality – A Collection of Inquiries from a Pragmatist Point of View*, Lanham, University Press of America, 2002.
- Nobles, Richard, « Economic Analysis of Law », dans Cane, Peter et Joanne Conaghan, dir, *The New Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Patterson, Dennis, dir, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2010.
- Posner, Eric A. et Alan O. Sykes, *Economic Foundations of International Law*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2013.

Raynal, Jean-Jacques, *Histoire des grands courants de la pensée politique*, Coll. Les Fondamentaux, Paris, Hachette Supérieur, 2006.

Routledge, Bryan R., « Economic's of the Prisoner's Dilemma: A Background », dans Danielson, Peter A., dir, *Modeling Rationality, Morality, and Evolution*, New York, Oxford University Press, 1998, 92.

Scott, W. Richard, *Institutions and Organizations*, Thousand Oaks, SAGE Publications, 1995.

Simmons, Beth A., *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Slaughter, Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

Soler, Léna, *Introduction à l'épistémologie*, 2^e éd, Paris, Éditions Éllipses, 2009.

Stoetzer, O. Carlos, *The Organization of American States*, Westport, Praeger, 1993.

Turner, John C., *Rediscovering the Social Group - A Self-Categorization Theory*, Oxford, Basil Blackwell Ltd, 1987.

Weber, Anne, *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, Paris, Éditions A. Pedone, 2008.

Instruments juridiques

Documents d'intérêt universel

Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3.

Mémoire d'Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends, Annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 14 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426.

Documents d'intérêt régional

Charte de l'Organisation des États américains, 30 avril 1948, 1609 RTNU 406 [modifiée en 1967, 1985, 1992 et 1993].

Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22 novembre 1969, 1144 RTNU 123.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 3 septembre 1953, 213 R.T.N.U. 222.

OEA, Assemblée générale, 39e session, *Resolution on Cuba*, AG/RES. 2438 (XXXIX-O/09) (2009).

OEA, Assemblée générale, *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, Doc. off. OEA/Ser.L/V.II.23/Doc.211, rev. 6 (1948).

OÉA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, (2009).

OÉA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Statut de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, (1979).

OÉA, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, (2000).

OEA, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, (1979).

Autres ressources électroniques

« AICHR - ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights », en ligne: ASEAN <<http://aichr.org>>.

« Andrew T. Guzman », en ligne: Berkeley Law - University of California <<http://www.law.berkeley.edu/php-programs/faculty/facultyProfile.php?facID=583>>.

« Anne-Marie Slaughter », en ligne: Princeton University <<https://www.princeton.edu/~slaughtr/>>.

« Arabic Human Rights Committee », en ligne: League of Arab States
 <http://www.lasportal.org/wps/portal/las_en_humanrights/hompage!/ut/p/c5/dY7LcoIwGEafpQ_Q-f8gErdgMFxKBYqC2TjgJRMJSS2djvL0tTPder7l-RYHBDxm2h8l229ITauhAeHtkZTVJuUEucsCjGmROt42zjChkICQ2naPZ80O_Y1ZX7KQleMUoI46J1nHXIXJh_XDLNKvg6H3POjxUMx20rLBVGr-1Ux5oanGmBtSq5P7duE4pktn1xhyFPeFw8V0I_moVuP1uNiwZa5LT55pZmcrqP-KnxdW3r9_go_wHtnhBJ99hxfXf_kFh0BA8g!/dl3/d3/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/>.

« Beth A. Simmons », en ligne: Harvard University
 <<http://scholar.harvard.edu/bsimmons/>>.

« Chapitre IV - Droits de l'homme - 3. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », en ligne: Nations Unies - Collection des Traités
 <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=fr>.

Elizabeth Dickinson, « Bahrain selected as HQ of Arab Court for Human Rights » (3 septembre 2013), en ligne: The National
 <<http://www.thenational.ae/news/world/middle-east/bahrain-selected-as-hq-of-arab-court-for-human-rights>>.

« Eric Posner » en ligne: The University of Chicago - The Law School
 <<http://www.law.uchicago.edu/faculty/posner-e>>.

« État des affaires », en ligne: Cour africaine des droits de l'homme et des peuples
 <<http://www.african-court.org/fr/index.php/2012-03-04-06-06-00/etat-des-affaires>>.

« IACHR Annual Report 2013 », en ligne : Organisation des États américains
 <<http://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2013/TOC.asp>>.

« Jack Landman Goldsmith », en ligne: Harvard Law School
 <<http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/10320/Goldsmith/>>.

« Les décisions sur les communications », en ligne: Commission africaine des droits de l'homme et des peuples
 <<http://www.achpr.org/fr/communications/decisions/>>.

« Member States », en ligne : Organisation des États américains
 <http://www.oas.org/en/member_states/default.asp>.

« Réforme de la Cour », en ligne: Cour européenne des droits de l'homme
 <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/reform&c=fra#n13740489754493224534507_pointer>.