

Article

« Les théories tiers-mondistes du droit international (TWAIL) : Un renouvellement ? »

Martin Gallié

Études internationales, vol. 39, n° 1, 2008, p. 17-38.

Pour citer cet article, utiliser l'adresse suivante :

<http://id.erudit.org/iderudit/018717ar>

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <http://www.erudit.org/apropos/utilisation.html>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : erudit@umontreal.ca

Les théories tiers-mondistes du droit international (TWAIL) Un renouvellement ?

Martin GALLIE*

RÉSUMÉ : L'analyse tiers-mondiste du droit international semble connaître un « second souffle » dans la littérature anglophone depuis le milieu des années 90, comme en témoignent les réunions académiques des Third World Approaches to International Law (TWAIL). Si leurs auteurs s'inscrivent dans la continuité des premières analyses tiers-mondistes, on peut repérer des déplacements dans l'analyse. Les TWAIL se démarquent des théories tiers-mondistes de la première génération sur aux moins deux points : la conceptualisation de la souveraineté des États et celle du principe d'universalité, pierres angulaires du droit international. C'est cette tension entre les liens de continuité et de discontinuité qui unissent les TWAIL aux premières théories tiers-mondistes que cet article se propose d'examiner.

ABSTRACT : Since the middle of the 90s, the Third-World analysis of international law seems to experience a « new breath » in English literature, as the academic meetings of Third World Approaches to International Law (TWAIL) at several universities clearly show. If TWAIL remain in continuity with the first wave of Third-World analyses, noticeable changes must be highlighted in the corpus produced so far. Indeed, TWAIL differs from the first Third-World theories on at least two points which are considered as the corner stones of international law : the conceptualization of State sovereignty and the principle of universality. It is the tension between continuity and discontinuity uniting the TWAIL to the first Third-World theories that this article aims to enlighten.

Les théories tiers-mondistes du droit international semblent connaître un « second souffle » dans la littérature anglophone depuis le milieu des années 90, comme en témoignent les réunions académiques des *Third World Approaches to International Law* (TWAIL), aux universités d'Harvard en 1997, d'Osgoode Hall en 2001 et d'Albany en 2007. En mars 1997 s'est ainsi tenue à l'Université d'Harvard la première conférence académique dédiée aux TWAIL. À cette occasion, les participants ont adopté une déclaration commune dans laquelle ils énoncent deux objectifs : regrouper les chercheurs concernés par les défis et opportunités auxquels est actuellement confronté le tiers-monde d'une part, et dénoncer une doctrine dominante qui, selon eux, participe à légitimer un processus global de marginalisation et de domination des peuples du tiers-

* Chercheur au Collège d'études interdisciplinaires de la Faculté Jean Monnet à l'Université de Paris xi, France.

monde, d'autre part¹. Ce réseau de chercheurs déclare partager une volonté commune de démocratiser le droit international, et ce, pour avancer dans la formulation de propositions constructives et alternatives à celles du premier monde².

Sur ce point, les TWAIL s'inscrivent dans la continuité des premières analyses tiers-mondistes du droit international, et simultanément, il nous semble que des unes aux autres, on peut repérer des déplacements dans l'analyse. Les TWAIL se démarquent en effet des théories tiers-mondistes de la première génération sur deux points en particulier : la conceptualisation de la souveraineté des États ainsi que celle du principe d'universalité, pierres angulaires du droit international.

C'est cette tension entre les liens de continuité et de discontinuité qui unissent les TWAIL aux premières théories tiers-mondistes que nous voudrions éclairer ici³. Cet article procède en trois temps. Dans une première partie, nous tenterons de rendre compte schématiquement du contexte historique et sociopolitique dans lequel il faut remettre la production de cette littérature tiers-mondiste. Dans un second temps, nous montrerons qu'il existe une posture méthodologique commune entre la première et la seconde génération des théories tiers-mondistes, les TWAIL s'appuyant sur l'un des principaux concepts hérités de la colonisation : le concept de « tiers-monde ». Son usage constitue en lui-même un point de vue épistémologique critique vis-à-vis de la doctrine dominante. Enfin, dans une troisième et dernière partie, ce sont les discontinuités qui retiendront notre attention. Alors que la première génération s'appuyait avant tout sur les notions de souveraineté nationale et sur le principe d'universalité pour changer l'ordre international établi, les TWAIL développent une analyse critique de ces deux concepts, auxquels ils opposent respectivement les principes de société civile et de pluralisme.

-
1. Les rédacteurs du *TWAIL Vision Statement* sont les professeurs Bhupinder Chimni, James Gathii, Celestine Nyamu, Vasuki Nesiiah, Elchee Noworjee, Hani Sayed. D'autres auteurs se sont depuis ouvertement rattachés à ce courant. Nous pensons tout particulièrement à Antony Anghie, Makua Mutua, Obiara Chinedu Okafor et Balakrishnan Rajagopal. Le texte est disponible dans James Thuo GATHII, « Alternative and Critical. The Contribution of Research and Scholarship on Developing Countries to International Legal Theory », *International Law Journal*, vol. 41, 2000, pp. 263-275, www.albanylaw.edu/twail/twail_vision_statement.php, 25 octobre 2007.
 2. La seconde réunion qui s'est tenue en octobre 2001 à la Osgoode Hall Law School, portait sur « Le tiers-monde et l'ordre international. Droit, politique et globalisation ». La troisième s'est déroulée à New York, en avril 2007, à Albany Law School et poursuivait l'objectif de « reconceptualiser » le concept de tiers-monde à un moment où sa pertinence est contestée, en tenant compte des « différences irréconciliables » qui le structurent.
 3. Les résultats présentés ici s'inscrivent dans une démarche de recherche en cours. Notre objectif consiste à proposer un premier éclairage sur les TWAIL. Pour ce faire, la relation avec les premières théories tiers-mondistes permet une mise en perspective.

I – Contexte d'émergence des théories tiers-mondistes et des TWAIL

Les premières théories tiers-mondistes ont émergé au lendemain de la décolonisation et dans la période dite de la guerre froide. La priorité était alors donnée à l'indépendance nationale, au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, à l'intégration dans l'ordre juridique international et à l'établissement de correctifs interétatiques dans le champ du commerce international. Les TWAIL se construisent dans un tout autre contexte. L'indépendance nationale est acquise pour la majeure partie des États du tiers-monde, et la dislocation du bloc soviétique, en mettant un terme à la guerre froide, a laissé place à une période dite de mondialisation qui serait caractérisée par l'acceptation d'un certain nombre de valeurs communes, telle que l'économie de marché ou la démocratie libérale. C'est dans ce contexte, et à partir du constat de l'échec des stratégies préconisées par les premiers auteurs tiers-mondistes, que les TWAIL se forment et proposent de nouvelles méthodes d'analyse et de nouveaux objectifs.

A — La décolonisation et le nouvel ordre économique international

Dans le champ du droit international, la prise en compte des intérêts spécifiques des peuples du tiers-monde est relativement récente⁴. De fait, avant la décolonisation et l'accession à l'indépendance, les peuples du tiers-monde étaient régis uniquement par le droit interne des puissances coloniales et leurs revendications n'étaient pas ou peu prises en compte par les institutions internationales. Mais dès 1960, à la suite de la Conférence de Bandung, puis du vaste mouvement de décolonisation, les nations du tiers-monde s'organisent. Disposant d'une majorité à l'Assemblée générale des Nations Unies, elles peuvent alors imposer une série de déclarations légitimant leurs aspirations en matière de développement économique et politique⁵. L'adoption de pratiques communes et la volonté de construire des positions unifiées pour apparaître comme un groupe de pays organisés politiquement, ou comme un bloc face au premier monde leur permettent de modifier à leur profit les règles du droit

4. Pour une analyse détaillée de la prise en compte des revendications des anciennes colonies par la Société des Nations, voir Antony ANGHIE, « Time Present and Time Past. Globalization, International Financial Institutions and the Third World », *Journal of International Law and Politics*, vol. 32, 2000, pp. 250 et ss.

5. Le mouvement « tiers-mondiste » s'institutionnalisera progressivement avec le regroupement des États « non-alignés » et l'émergence du Groupe des 77 à l'ONU. Le mouvement des non-alignés est né lors de la Conférence de Bandung en 1955 mais c'est la Conférence de Belgrade en 1961 qui constituera la première conférence des pays dits officiellement non-alignés. À l'initiative de Tito et de Nehru les États présents définissent le concept de neutralisme, soutiennent ouvertement les mouvements de libération nationale et refusent toute ingérence étrangère. Les pays non-alignés sont aujourd'hui au nombre de 118. La dernière conférence s'est tenue à La Havane, du 14 au 16 septembre 2006. Le Groupe des 77 est officiellement fondé à l'ONU, le 15 juin 1964, par la Déclaration commune des 77 lors de la première Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement ou CNUCED. Il regroupe aujourd'hui 130 États à l'Assemblée générale des Nations Unies.

international : les déclarations sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux⁶ ou sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles en sont des exemples⁷. Ainsi, avec la décolonisation, les droits humains et l'ensemble des valeurs humanitaires du droit international se retournent contre leurs promoteurs au nom du *droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*⁸. De même, dans le champ commercial, il ne s'agit pas tant pour ces jeunes États de contester les fondements régissant les échanges commerciaux, comme la clause de la nation la plus favorisée ou le traitement national, que de s'intégrer dans ce système en établissant des mécanismes compensatoires, des règles plus justes et plus équilibrées, qui prennent en compte leur niveau de développement. Ils défendent alors l'établissement d'un *nouvel ordre économique international*⁹.

C'est dans ce contexte qu'un courant doctrinal, notamment franco-phon, tente de théoriser les apports des États tiers-mondistes à la construction du droit international et insiste pour modifier le contenu et le mode de

6. *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux*, rés. AG 1514 (XV), doc. off. AGNU, 15^e session, suppl., n° 16, doc. NU A /4648, 1960.

7. *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, rés. AG 1803 (XVII), doc. off. AGNU, 17^e session, suppl. n° 17, doc. NU A /5344/Add1, A/L412/Rev2, 1962.

8. Antonio CASSESE, *Self-Determination of Peoples. A Legal Appraisal*, coll. Hersh Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, 398 p.

9. *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, rés. 3201 (S-VI), 1^{er} mai 1974 ; et le *Programme d'action*, qui complète la Déclaration, rés. 3202 (S-VI), 16 mai 1974. Ces deux déclarations, adoptées par consensus, jettent les grandes lignes et les orientations politiques de la Charte des droits et devoirs économiques des États alors en élaboration (rés. 3281 (XXIX)). Cette dernière, adoptée le 12 décembre 1974 à la majorité, est l'« instrument juridique », elle constitue « un programme d'action juridique » en vue de l'instauration du NOEI ; Michel VIRALLY, « La Charte des droits et des devoirs économiques des États », *AFDI*, vol. XX, 1974, pp. 57-77.

formation du droit international¹⁰. Pour les auteurs de ce courant, l'égalité souveraine des États demeure abstraite tant que l'inégalité de développement n'est pas corrigée. Ils montrent ainsi les intérêts contradictoires entre les pays du tiers-monde et ceux des États occidentaux, défendent le caractère contraignant de certaines résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, et dénoncent « la chronolâtrie juridique » du droit international classique en affirmant qu'« une norme n'est pas nécessairement meilleure parce qu'elle a reçu la consécration de nombre de générations et triomphé de l'épreuve du temps¹¹ ». Dans ce cadre l'État est présenté comme le principal acteur de l'émancipation des peuples et les Nations Unies comme une institution porteuse d'espoirs, représentante de tous les États, et chargée d'assurer le respect de ce *Nouvel ordre économique international*.

Toutefois, dès leur émergence, les théories tiers-mondistes se heurtent à une forte résistance. Les partisans de la doctrine dominante en droit international refusent de reconnaître une quelconque légitimité scientifique à ce courant d'analyse, et au concept de tiers-monde en particulier¹². K. Mickelson a

10. Parmi les auteurs francophones on peut notamment mentionner : Maurice FLORY et Suzanne BASTIDE (dir.), *Pays en voie de développement et transformation du droit international*, Paris, Pedone, 1974 ; Mohammed BEDJAOUÏ, *Pour un nouvel ordre économique international*, UNESCO, Paris, 1979, 295 p. ; Mohammed BENNOUNA, *Droit international du développement*, Paris, Berger-Levrault, 1983, 335 p. ; Madjid BENCHIKH, *Droit international du sous-développement*, Paris, Berger, 1983, 331 p. ; Maurice FLORY, *La formation des normes en droit international du développement*, Paris, CNRS, 1984, 393 p. ; Edmond JOUVE, *Le tiers-monde dans la vie internationale*, Paris, Berger-Levrault, 1986, 307 p. ; Alain PELLET, *Droit international du développement*, coll. Que sais-je ?, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1987, p. 127 ; Guy FEUER et Hervé CASSAN, *Droit international du développement*, 2^e éd., Paris, Précis Dalloz, 1990, 612 p. ; dans la littérature anglophone : Georges ABI-SAAB, « The Newly Independent States and the Rules of International Law », *Howard Law Journal*, vol. 8, 1962, pp. 95 et ss ; Jorge SASTANEDA, « The Underdeveloped Nations and the Development of International Law », *International Organization*, vol. 38, n° 15, 1961 ; Wolfgang FRIEDMANN, « The Position of Underdeveloped Countries and the Universality of International Law », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 2, 1963, pp. 78 et ss ; John HOLMES, « The West and the Third World », *International Journal*, vol. 21, 1965/1966, p. 20 et ss ; Charles ALEXANDROVICZ, « The New States and International Law », *Journal of International Studies*, vol. 3, n° 3, 1974/1975, pp. 226-233 ; Ram Prakash ANAND, « Sovereign Equality of States in International Law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1986, n° II, pp. 9-228 ; Francis SNYDER et Surakiart SATHIRATAI (dir.), *Third World Attitudes Toward International Law*, Amsterdam, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, 850 p. ; Frederico V. GARCIA-AMADOR, *The Emerging International Law of Development. A New Dimension of International Economic Law*, New York, Oceans Publications, 1990, 286 p.

11. Mohammed BEDJAOUÏ, *Pour un nouvel ordre économique international*, *op. cit.*, p. 136.

12. Comme le souligne B.S. Chimni, dès la naissance du mouvement, les États du Nord vont contester par la force la légitimité du groupe. Au moment de la Conférence de Bandung en 1955, où 29 États dits non-alignés s'étaient regroupés pour dénoncer le colonialisme et l'ingérence des grandes puissances, la France est en pleine guerre contre l'Algérie. Un an plus tard, l'Égypte est envahie par les troupes franco-britanniques et israéliennes. Au début des années 60 les États-Unis envahissent le Vietnam. Entre 1965 et 1968 les principales figures du mouvement sont renversées ou assassinées : Sukarno en Indonésie, Nkrumah au Ghana, Modibo Keita au Mali. Les États leaders de ce mouvement ont été violemment sanctionnés par les grandes puissances soutenant systématiquement les opposants au régime en place : à Cuba, au Nicaragua, en Angola... ; Bhupinder S. CHIMNI, « Third World Approaches to International Law. A Manifesto », *International Community Law Review*, vol. 8, 2006, p. 6.

bien montré comment ces théories ont largement été discréditées par la doctrine juridique dominante, les considérant généralement comme « idéologiques », « communistes », « réactives », « utopistes », « peu cohérentes », et limitées à des questions spécifiques, ou *ad hoc*¹³.

B — La mondialisation

Le contexte dans lequel il faut replacer les *TWAIL* est celui à la fois de l'effondrement de l'URSS, du déploiement des politiques construites par les institutions de *Bretton Woods* à l'échelle internationale et du développement considérable du droit international, tant au plan normatif qu'institutionnel. La pertinence du concept de tiers-monde est toujours contestée mais cette résistance prend appui sur une nouvelle rhétorique. En premier lieu, le tiers-monde serait éclaté. Il est convenu qu'il n'est plus possible de comparer le Brésil ou Taïwan avec la Bolivie ou l'Ouganda. Ainsi, pour A. Pellet, « l'unité est très fortement menacée par les disparités de plus en plus évidentes entre les 'tiers-mondes' : alors que l'Afrique s'enfoncé dans le sous-développement, l'Amérique latine connaît un renouveau démocratique sans que ses difficultés économiques en soient résolues, tandis que le développement de l'Asie ou, du moins, de certains États asiatiques, est une réalité tangible¹⁴ ». En second lieu, le concept de tiers-monde est contesté au nom d'un universalisme abstrait, « la mondialisation » ; et la fin de la guerre froide aurait permis l'émergence d'un consensus sur le droit international et certaines de ses valeurs qui n'existaient pas auparavant à l'échelle de la planète¹⁵. La « mondialisation » véhiculerait des concepts universaux. L'acceptation à l'échelle planétaire de l'économie de marché et du principe des élections libres serait révélatrice d'un partage de valeurs communes et, pour les plus convaincus de la fin des grands conflits idéologiques¹⁶. Il serait dès lors temps pour certains de « tourner la page » de la période coloniale, et de prendre en considération les spécificités de chacun

13. Karin MICKELSON, « Rhetoric and Rage. Third World Voices in International Legal Discourse », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 16, 1997/1998, pp. 353 et ss.

14. Alain PELLET et Patrick DAILLIER, *Droit international public*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 69.

15. Emmanuelle JOUANNET, « Universalisme du droit international et impérialisme. Le vrai faux paradoxe du droit international ? », dans Emmanuelle JOUANNET et Hélène RUIZ FABRI (dir.), « Impérialisme et droit international en Europe et aux États-Unis », *Société de législation comparée*, 2007, p. 32.

16. Voir, par exemple, Francis FUKUYAMA, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992, pp. 81-170.

mais également les responsabilités propres aux États du tiers-monde¹⁷. Le passé colonial et les contradictions entre les deux groupes de pays apparaissent ainsi mises au second plan par rapport à l'urgence d'identifier les problèmes et les responsabilités spécifiques à chaque pays.

C'est donc dans ce contexte et contre cette nouvelle rhétorique que se forge un nouveau courant tiers-mondiste depuis la fin des années 90.

C — Les éléments caractéristiques des TWAIL

Dans la *Déclaration commune*, adoptée en 1997, les TWAIL se définissent contre « un réseau de chercheurs particulièrement concernés par les défis et les opportunités auxquels sont confrontés les peuples du tiers-monde dans le nouvel ordre mondial¹⁸ ». Ils dénoncent une doctrine dominante (*dominant voice of international law scholarship*) qui participe et contribue encore aujourd'hui « à légitimer un processus global de marginalisation et de domination » des peuples du tiers-monde.

Pour J. Gathii, trois caractéristiques centrales permettent de distinguer les TWAIL de l'analyse dominante en droit international : la reconnaissance de la centralité de la colonisation dans la construction du droit international contemporain ; une approche critique des rapports entre le capital, la libéralisation des échanges et les enjeux « identitaires » ; une approche critique également de l'État qui n'est plus considéré comme l'unique et principal acteur de l'émancipation des peuples¹⁹.

La volonté d'inscrire l'analyse du droit international dans son histoire, une histoire qui ne se limite pas à celle de l'Occident, mais qui prene en considération le rôle de la colonisation dans la formation des normes et des États

17. À titre d'exemple, le président français, Nicolas Sarkozy, a ainsi invité l'Afrique, lors d'un voyage officiel en juillet 2007, à faire sa propre autocritique : « L'Afrique a sa part de responsabilité dans son propre malheur : la colonisation n'est pas responsable des guerres sanglantes que se font les Africains entre eux, des génocides, des dictateurs, du fanatisme, de la corruption et de la prévarication ». « Jamais [l'Africain] ne s'élancera vers l'avenir. Jamais il ne lui vient à l'idée de sortir de la répétition pour s'inventer un destin ». Il faut désormais « construire une relation nouvelle, assainie, décomplexée, équilibrée, débarrassée des scories du passé ». Le président de la Commission de l'Union africaine, Alpha Oumar Konaré, a vivement réagi à ces propos : « une bonne partie du retard de l'Afrique est liée à cela [la colonisation] et cette réalité, je suis sûr que le Président le sait, (...) personne n'a le droit de la nier, et cela n'a rien à voir avec la repentance. Cette exigence de mémoire ne peut pas être simplement le fait des Africains », a-t-il déclaré, ajoutant : « je le dis clairement, cette page, nous ne la déchirerons jamais (...) » ; Philippe BERBARD et Christophe JAKUBYSZYN, « À Dakar, Nicolas Sarkozy appelle l'Afrique à renaître et à s'élancer vers l'avenir », *Le Monde*, 27 juillet 2007 et AFP, « En Afrique, Sarkozy a expérimenté les limites de la rupture », 27 juillet 2007.

18. *TWAIL Vision Statement*, www.albanylaw.edu/twail/twail_vision_statement.php, 25 octobre 2007.

19. James Thuo GATHII, « Alternative and Critical. The Contribution of Research and Scholarship on Developing Countries to International Legal Theory », *op. cit.*, pp. 274-275.

du tiers-monde ainsi que les revendications de ces États, est certainement l'une des caractéristiques centrales des TWAIL. Il s'agit de revoir la manière de comprendre l'évolution du droit en intégrant les rapports Nord/Sud à l'analyse ainsi que de révéler les techniques utilisées par les acteurs dominants pour imposer leurs vues. Comme nous le verrons, le caractère universel des droits humains ou des concepts de « souveraineté », de « civilisation » ou de « développement » est tout particulièrement dénoncé comme un instrument de légitimation, d'ingérence et de contrôle des peuples du tiers-monde.

Le deuxième élément caractéristique est un regard critique sur les stratégies actuellement développées pour assurer le « développement » des peuples du tiers-monde. Si la critique du système économique dominant est plus ou moins radicale selon les auteurs, ils partagent tous la conviction que le système actuel ne répond pas aux aspirations du tiers-monde et qu'il est par conséquent nécessaire de le dénoncer et de construire de nouvelles alternatives en dehors des stratégies préconisées par la doctrine dominante. Enfin, la dénonciation de l'État nation, de son caractère unifié ainsi que les doutes sur sa capacité à répondre aux attentes des peuples du tiers-monde constituent également l'une des caractéristiques centrales et communes aux TWAIL.

Les objectifs poursuivis par les TWAIL sont, selon M. Mutua, de trois ordres, étroitement reliés les uns aux autres²⁰. Premièrement, il s'agit de comprendre et de déconstruire l'utilisation du droit comme un outil permettant la création et la perpétuation d'un système hiérarchique, sexiste et raciste, au service d'une minorité d'États du premier monde. Deuxièmement, les TWAIL souhaitent construire un ordre international alternatif à l'ordre existant. Enfin, ils doivent contribuer, par la recherche scientifique, à l'éradication de la misère des peuples du tiers-monde. Les TWAIL s'engagent à poursuivre ces objectifs en se déclarant « anti-hiérarchiques », « contre-hégémoniques », suspicieux à l'encontre des croyances et vérités universelles et ouverts à d'autres courants critiques tels que les *Critical Legal Studies*, les *Critical Race theory*, les analyses féministes du droit international ou encore les postcolonialistes²¹.

Les TWAIL ne constituent cependant pas un bloc homogène, parfaitement unifié. Au contraire, c'est un courant qui se déclare ouvertement éclaté tant du point de vue des thématiques, des spécialités et des questions qui le traversent, que du point de vue de l'analyse. Dans leur déclaration commune, ils se défendent de partager une vision « unique de la direction et des stratégies » à adopter. La diversité est donc positivement revendiquée par les TWAIL. Elle marquerait une rupture avec les formes d'organisations « passées », « archaïques », « dogmatiques », « intrusives » et « centralisées » attribuées aux vieilles pratiques nationalistes au profit d'autres formes d'organisation, fondées sur

20. Makua MUTUA, « What is TWAIL ? », *American Society of International Law Proceedings*, vol. 94, 2000, pp. 31-32.

21. Antony ANGHIE, « What is TWAIL. A comment », *American Society of International Law Proceedings*, vol. 94, 2000, pp. 39-40.

l'« inclusion dans la diversité », la « décentralisation », « l'horizontalité », la prise en considération des « identités plurielles »²².

Cette stratégie « pluraliste » a des implications concrètes : ces auteurs qui se réclament des TWAIL ne partagent pas tous la même analyse de ce qui peut et doit être fait pour établir un ordre international plus juste²³. Ainsi, souligne O.C. Okafor, certains TWAIL se disent ouvertement socialistes (B.S. Chimni), d'autres peuvent être davantage rattachés au poststructuralisme (B. Rajagopal, V. Nesiiah), ou à l'analyse féministe du droit international (C. Nyamu, S. Tamale²⁴). Une approche pluraliste est, selon eux, la plus à même de regrouper les chercheurs préoccupés par les revendications du tiers-monde et de proposer une analyse du droit international et de son évolution qui ne soit ni dogmatique, ni impérialiste²⁵. Comme le résume D. Fidler, la « quête » des TWAIL pour construire un ordre international post-hégémonique peut être symbolisée par le slogan « l'unité dans la diversité²⁶ ».

L'unité des TWAIL se situe ainsi essentiellement dans leur opposition commune à l'ordre international existant ainsi que dans l'adoption d'une méthode d'analyse du droit, qui prenne appui sur l'histoire du colonialisme et des résistances²⁷.

II – Les continuités avec les premiers auteurs tiers-mondistes

Au regard de ce qui précède il apparaît que les TWAIL sont des héritiers des premières théories tiers-mondistes. Tout comme celles-ci, les TWAIL défendent le caractère central des contradictions entre les pays du tiers-monde et du premier monde et tout comme celles-ci, ils insistent sur la nécessité de développer une autre approche du droit international.

A — La centralité des contradictions entre les deux groupes de pays

Dans la continuité des premiers auteurs tiers-mondistes, et *a contrario* de l'analyse dominante dans le champ du droit international, les TWAIL mettent l'accent sur le caractère encore structurant des contradictions entre le tiers-

22. Balakrishnan RAJAGOPAL, « International Law and Social Movements. Challenges of Theorizing Resistance », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41, 2003, pp. 415-418.

23. Bhupinder CHIMNI, « An Outline of a Marxist Course on Public International Law », *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, 2004, pp. 11-13.

24. Obiara Chinedu OKAFOR, « Newness, Imperialism and International Legal Reform in Our Time. A TWAIL Perspective », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 43, 2005, pp. 176-177.

25. Makua MUTUA, « What is TWAIL ? », *American Society of International Law Proceedings*, *op. cit.*

26. David FIDLER, « Revolt From or Within the West ? TWAIL, The Third World and The Future Direction of International Law », *Chinese Journal of International Law*, vol. 2, 2003, p. 32.

27. Les TWAIL peuvent ainsi davantage être perçus comme « un concert de voix » (*chorus of voices*) plutôt que comme un « collège monolithique » (*monolithic collegium*) ; Obiara Chinedu OKAFOR, « Newness, Imperialism and International Legal Reform in Our Time. A TWAIL Perspective », *Osgoode Hall Law Journal*, *op. cit.*

monde et les anciennes puissances coloniales. Pour ces auteurs, s'il est vrai qu'on ne peut raisonner sur le tiers-monde pris comme un tout, défini géographiquement et défendant une politique globale et cohérente, il reste en revanche possible et nécessaire de raisonner sur l'opposition entre pays du premier monde et pays du tiers-monde²⁸. Ainsi, sans minimiser l'hétérogénéité des pays du Sud²⁹, certains éléments justifient toujours le recours au concept de tiers-monde. En premier lieu, de nombreux points communs caractérisent encore aujourd'hui les États de la périphérie : le passé colonial, la faiblesse de l'État, leur marginalisation dans les institutions internationales, leur extrême pauvreté³⁰. En second lieu, le tiers-monde constitue l'un des rares concepts permettant de contester le caractère global et unitaire du droit international ; en soulignant les contradictions entre deux groupes de pays, il permet notamment de dénoncer des politiques hégémoniques qui, derrière le « sceau de l'universalité », imposent des pratiques qui ne correspondent qu'aux intérêts d'une minorité. En troisième lieu, le maintien d'accords dits de développement ou de coopération, qui régulent encore aujourd'hui les échanges, l'aide financière, et dans une large mesure les rapports politiques entre les deux groupes de pays, justifie également la pertinence du concept ; d'autant plus que les divergences d'intérêts entre les États du premier monde ont tendance à s'estomper lorsque des choix cruciaux doivent être faits (grandes négociations économiques, interventions financières, militaires, etc.)³¹.

D'un point de vue épistémologique, les TWAIL partagent un postulat : le droit international n'évolue pas de manière linéaire, continue et légitime. Ce sont les rapports contradictoires entre les deux groupes de pays qui orientent sa structure et son contenu. Comme le souligne Gathii, de la même manière que l'analyse tiers-mondiste se développe en opposition à une approche consensuelle et universaliste libérale/conservatrice du droit international, cette approche consensuelle se forme en opposition avec les approches tiers-mondistes³². Cette dialectique est l'un des moteurs du droit international. A *contrario*, son occultation ne permet pas de rendre compte du contenu et du rôle du droit international. Le concept de « tiers-monde », insiste M. Mutua, ne recouvre donc pas la même chose que les termes « sous-développés », « moins développés » ou « en développement »³³. Il permet de souligner les contradictions entre les anciennes puissances coloniales et les États du tiers-monde, les premières n'existant pas sans les seconds, et inversement.

28. Bhupinder S. CHIMNI, « Third World Approaches to International Law. A Manifesto », *International Community Law Review*, *op. cit.*, p. 5.

29. Il est à cet égard particulièrement révélateur que la dernière rencontre académique des TWAIL à l'université d'Albany ait précisément porté sur la reconnaissance de « différences irréconciliables ».

30. James Thuo GATHII, « Rejoinder. Twailing International Law », *Michigan Law Review*, vol. 98, n° 6, 2000, pp. 2066-2071.

31. Obiara Chinedu OKAFOR, *op. cit.*, pp. 174-176 ; Philippe MARCHESIN, *Les nouvelles menaces. Les relations Nord-Sud des années 1980 à nos jours*, Paris, Karthala, 2001, pp. 10-11.

32. James Thuo GATHII, « Rejoinder. Twailing International Law », *op. cit.*, p. 2068.

33. Makua MUTUA, « What is TWAIL ? », *op. cit.*, p. 35.

Cette insistance sur la contradiction entre le premier et le tiers-monde ne signifie pas, pour les TWAIL, que seuls les rapports entre les deux groupes de pays sont explicatifs de l'évolution du droit international. D'autres rapports conditionnent et structurent cette évolution : les rapports sociaux de classes, de sexe, de race, etc.³⁴. Cependant, il n'existe aucune raison aujourd'hui d'évacuer ou de reléguer au second plan la division internationale du travail et les contradictions entre les États du tiers-monde et les États occidentaux pour comprendre le rapport que les institutions internationales, les États ou les peuples entretiennent vis-à-vis du droit international.

B — La dénonciation de l'ordre juridique international et de la doctrine dominante

Dans la continuité des premiers auteurs tiers-mondistes, les TWAIL s'engagent également à dénoncer l'ordre juridique international existant ainsi que son évolution. À contre-courant de l'analyse dominante, les TWAIL estiment que les développements institutionnels et normatifs récents du DI ne traduisent pas un renforcement du droit sur la force. Au contraire, pour certains, on assiste à l'émergence d'un « État impérial global » (*Imperial Global State*) via le transfert de la souveraineté des États du tiers-monde vers les institutions internationales contrôlées par une classe capitaliste transnationale³⁵. D'autres préfèrent parler d'un ordre « hégémonique » mais l'analyse est unanime³⁶. Le droit international reste un instrument au service des intérêts des anciennes puissances coloniales. Cette critique est présente dans toutes les études des TWAIL et porte sur l'ensemble du champ du DI. Nous limiterons cependant notre analyse à quelques exemples qui ont retenu l'attention des TWAIL et qui apparaissent particulièrement révélateurs des critiques adressées par ces auteurs à une analyse dominante tendant à présenter l'évolution du droit international comme nécessaire et légitime, et plus généralement comme un progrès continu.

Les TWAIL dénoncent notamment le postulat selon lequel les attentats du 11 septembre 2001 auraient inauguré une « nouvelle ère » dans le champ des relations internationales qui nécessiterait une réforme en profondeur des règles du DI, telles que la levée de l'interdiction du recours à l'usage de la force ou de la torture. Ils rappellent que les États dominants ont toujours invoqué des « nécessités nouvelles » ou des « contraintes d'un nouvel ordre » pour tenter de modifier à leur profit les règles existantes³⁷. Comme l'a déjà souligné D. Kennedy, dans le champ du droit international, la nouveauté est générale-

34. Makua MUTUA, « Critical Race Theory and International Law. The View of an Insider-Outsider », *Villanova Law Review*, vol. 45, 2000, pp. 840-854.

35. Bhupinder S. CHIMNI, « International Institutions Today. An Imperial Global State in the Making », *European Journal of International Law*, vol. 1, 2004, pp. 1-37.

36. Sur le sujet, nous renvoyons aux débats entre B.S. CHIMNI, C. MIÉVILLE, A. ORFORD, N. BERMAN, V. NESIAH et Ph. ALLOTT, « Roundtable. War, Force, and Revolution », *American Society of International Law Proceedings*, vol. 100, 2006, pp. 261-277.

37. Antony ANGHIE, « The War on Terror and Iraq in Historical Perspective », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 43, n^{os} 1-2, 2005, pp. 45-66.

ment invoquée quand rien ne change³⁸. De fait, la nouveauté suppose de s'adapter, généralement dans l'urgence, et non de faire un bilan de pratiques passées. Concrètement, souligne A. Anghie, cette rhétorique sert des intérêts bien particuliers. En invoquant l'échec de la Société des Nations, une minorité d'États tente d'imposer au reste du monde la nécessité de réformer le cadre institutionnel existant. En d'autres termes, si l'ONU n'est pas capable de s'adapter et de faire face à ses nouvelles réalités, alors il faut passer outre³⁹.

Le terrorisme, insistent les TWAIL, n'est pas une nouveauté pour les États du tiers-monde. La colonisation et la guerre froide en ont donné de multiples exemples⁴⁰. Ce qui évolue en revanche, c'est la définition du terrorisme en droit international. Pour U. Baxi, le changement majeur depuis les événements du 11 septembre 2001 est l'occultation du terrorisme d'État, en particulier celui des États occidentaux qui, *via* les compagnies multinationales notamment, soutiennent ou exercent des activités terroristes dans les pays du tiers-monde⁴¹. Ce glissement dans l'analyse du terrorisme, souligne I. Mgbeoji, sert aujourd'hui à stigmatiser les États et les peuples du tiers-monde et à remettre en cause les libertés individuelles ; cela tant dans les États du tiers-monde que dans ceux du premier monde⁴². La « guerre contre le terrorisme » instaure une nouvelle règle d'autodéfense, fondée sur le soupçon, sans aucun précédent récent en DI et limite par conséquent le recours à des moyens pacifiques pour mettre un terme aux violences internationales⁴³. Cette « guerre » est ainsi dénoncée comme une véritable guerre contre le droit international, les droits humains et le droit humanitaire, une guerre contre le pluralisme et l'organisation pacifique des relations interétatiques⁴⁴.

Gathii rappelle ainsi que l'interdiction des guerres préventives est un acquis du droit international et que la pratique d'une minorité d'États ne peut, à elle seule, modifier cette règle de droit coutumier⁴⁵. Le développement d'interventions dites humanitaires est également contesté. C'est tout particulière-

38. David KENNEDY, « When Renewal Repeats. Thinking against the Box », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, 2000, pp. 335-500.

39. Antony ANGHIE, « The War on Terror and Iraq in Historical Perspective », *op. cit.*

40. Obiara Chinedu OKAFOR, « Newness, Imperialism and International Legal Reform in Our Time. A TWAIL Perspective », *op. cit.*, p. 187.

41. Upendra BAXI, « The 'War on Terror' and the 'War of Terror'. Nomadic, Multitude, Aggressive Incumbents, and the 'New' International Law », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 43, n^{os} 1-2, 2005, pp. 7-50.

42. Ikechi MGBEOJI, « The Bearded Bandit, the Outlaw Cop, and the Naked Emperor. Toward a North/South Deconstruction of the Texts and Contexts of International Law (Dis)engagement with Terrorism », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 43, n^{os} 1-2, 2005, pp. 105-135.

43. À titre d'exemple, le Conseil de sécurité adopte désormais des mesures individuelles, comme la confiscation des avoirs financiers, à l'encontre de personnes soupçonnées de terrorisme, sans aucune forme de procès ; James Thuo GATHII, « Commerce, Conquest, and Wartime Confiscation », *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 31, 2005-2006, pp. 709-739.

44. Upendra BAXI, « The 'War on Terror' and the 'War of Terror'. Nomadic, Multitude, Aggressive Incumbents, and the New International Law », *op. cit.*, pp. 48-49.

45. James Thuo GATHII, « Assessing Claims of a New Doctrine of Pre-emptive War under the Doctrine of Sources », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 43, n^o 1, 2005, pp. 1-34.

ment la sélectivité, le « deux poids, deux mesures », qui est remis en cause. Selon M. Ayooob, la violation continue des Conventions de Genève et le non-respect par Israël d'une trentaine de résolutions du Conseil de sécurité adoptées depuis 1968 ne constituent pas une justification suffisante pour intervenir alors que le non-respect d'une seule résolution par l'Irak a permis à certains auteurs de légitimer l'intervention des États-Unis et de ses alliés⁴⁶. Dans le même sens, en retraçant l'histoire des interventions dites humanitaires, V. Nesiiah montre qu'il y a toujours eu un lien étroit entre l'intervention humanitaire et l'intervention militaire et que les deux concepts ne sont pas tant opposés qu'associés afin de légitimer les interventions armées dans les États du tiers-monde. Selon elle, les « interventions humanitaires » servent à masquer des interventions purement impérialistes⁴⁷.

L'émergence d'une véritable administration internationale, avec la prolifération d'institutions et de juridictions chargées d'établir et de contrôler le droit international n'échappe pas aux critiques des TWAIL. Le problème n'est pas le développement en soi de mécanismes de contrôle du DI. Dans certains cas, ils peuvent constituer d'utiles instruments de résistance à l'oppression. Le problème a trait aux conséquences asymétriques de ces institutions et juridictions sur le droit interne des États du tiers-monde et du premier monde⁴⁸. À titre d'exemple, les développements considérables de la justice pénale internationale, généralement présentés comme l'un des principaux progrès de ses dernières années, sont largement critiqués. Les TWAIL dénoncent une justice partielle, qui évacue les violations massives des droits économiques et sociaux de son champ d'intervention et qui reste centrée sur la responsabilité individuelle des crimes, excluant de ce fait les responsabilités collectives et celles des institutions internationales en charge de la paix et de la sécurité et des États les plus puissants⁴⁹. De même, dans le champ du droit commercial, la création de l'Organe de règlement des différends à l'OMC ou l'augmentation des recours en matière d'arbitrage, également présentées comme d'importants progrès du droit sur la force par la doctrine dominante, sont soumises à la critique des TWAIL. Ceux-ci insistent notamment sur l'absence d'effectivité du Traitement spécial et différencié ainsi que sur le caractère asymétrique des obligations à la

46. Mohammed AYOOB, « Third World Perspective on Humanitarian Intervention and International Administration », *Global Governance*, vol. 10, 2004, pp. 99-119.

47. Vasuki NESIAH, « From Berlin to Bonn to Baghdad. A Space for Infinite Justice », *Harvard Human Rights Journal*, vol. 17, 2004, pp. 75-99.

48. Bhupinder S. CHIMNI, « Co-option and Resistance. Two Faces of Global Administrative Law », *New York Journal of Law and Politics*, vol. 37, 2005, pp. 799-829.

49. Martii KOSKENNIEMI, « Between Impunity and Show Trials », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 6, 2002, pp. 1-35 ; Antony ANGHIE et Bhupinder S. CHIMNI, « Third World Approaches in International Law and Individual Responsibility in Internal Conflict », *Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 36, 2004, pp. 185-210 ; Joe OLOKA-ONYANGO et Deepika UDAGAMA, *La mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance de tous les droits de l'homme*, Rapport intérimaire, 2 août 2001, E/CN.4/Sub.2/2001/10.

charge des deux groupes de pays⁵⁰. Ibronke T. Odumosu relève que les 110 affaires actuellement pendantes devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ont été initiées par des investisseurs étrangers contre des États non membres de l'OCDE⁵¹.

C'est ainsi que les TWAIL, dans la continuité des premiers auteurs tiers-mondistes, défendent une analyse critique de l'ordre juridique existant, et remettent en cause l'idée selon laquelle les développements normatifs et institutionnels de ces dernières années traduiraient un renforcement du droit sur la force. Ils dénoncent ainsi l'approche dominante de l'étude du droit international qu'ils estiment largement indifférente aux revendications du tiers-monde. Ces revendications insistent-ils, échappent le plus souvent à la critique du droit⁵². La doctrine française, qui était pourtant l'une des premières à avoir soutenu et théorisé le « droit du développement », a ainsi largement abandonné son enseignement au profit de celui du droit du commerce international ou du droit des affaires⁵³. B.S. Chimni, dans son manifeste pour une analyse tiers-mondiste du DI, tient ainsi à mettre en garde les étudiants du tiers-monde contre le mode actuel de production et de diffusion de la doctrine occidentale et les invite à rechercher d'autres sources documentaires en droit international⁵⁴. Dans cette optique, il propose une liste de sujets qu'il estime important de traiter : la transparence des institutions internationales et leur responsabilité, les mécanismes permettant d'engager la responsabilité des firmes multinationales, la conceptualisation de la notion de souveraineté permanente comme un droit des peuples et non des États, l'appropriation des outils juridiques, et en particulier les droits de l'homme, la protection de la souveraineté monétaire, la définition d'un développement durable conforme aux intérêts du Sud, la mobilité des personnes, et ainsi de suite⁵⁵.

50. Raj BHALA, « Marxist Origin of The Third-World Claim », *Fordham International Law Journal*, vol. 34, 2000/2001, pp. 132-157 ; James Thuo GATHII, « Fairness as Fidelity to Making the WTO Fully Responsive to All Its Members », *ASIL Proceedings of the 97th Annual Meeting*, 2003, pp. 157-167.

51. Ibronke T. ODUMOSU, « The Antinomies of the (Continued) Relevance of ICSID to the Third World », *San Diego International Law Journal*, vol. 8, 2006-2007, p. 348.

52. Karin MICKELSON, « Rhetoric and Rage. Third World Voices in International Legal Discourse », *op. cit.*, pp. 340 et ss. Sur l'enseignement du droit international voir également P.K. MENON, « Third World Perspectives on International Law and its Teaching », *Korean Journal of Comparative Law*, vol. 21, 1993, pp. 166-169 ; Robert CHARVIN, « Le droit international tel qu'il a été enseigné. Notes critiques de lecture des traits et manuels (1850-1950) », dans MÉLANGES CHAUMONT, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international*, Paris, Pedone, 1984, pp. 135-159.

53. Robert CHARVIN, « Le droit international, instrument de dialogue entre les civilisations ou monopole occidental ? », *Nord-Sud* XXI, 1997, p. 14.

54. Bhupinder S. CHIMNI, « Third World Approaches to International Law. A Manifesto », *op. cit.*, p. 15.

55. *Ibid.*, pp. 22-26.

En reconnaissant la centralité d'un raisonnement focalisé sur les contradictions entre les deux groupes de pays et en dénonçant l'ordre établi, les auteurs du TWAIL partagent dans une large mesure les objectifs et les méthodes des premiers auteurs tiers-mondistes. À l'instar de ces derniers, les TWAIL apparaissent comme un courant de pensée qui tente de s'opposer à l'approche dominante dans le champ du droit international. En ce sens, c'est un mouvement politique et intellectuel⁵⁶. Sur d'autres aspects, en revanche, les TWAIL se distinguent fortement des premiers auteurs tiers-mondistes. C'est ce que nous allons illustrer dans la troisième partie.

III – Un courant en rupture : la critique de l'État postcolonial et de l'universalisme du droit international

Les stratégies des premiers auteurs tiers-mondistes sont largement analysées par les TWAIL comme « nationaliste/étatiste » et « intégrationniste/réformiste »⁵⁷. Il s'agissait prioritairement de reconnaître le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, *via* la reconnaissance de l'État dans l'ordre juridique international, et de réformer le droit international, notamment par l'adoption de résolutions au sein des Nations Unies. L'État postcolonial et les fondements du droit international n'étaient pas ou peu contestés par les premiers tiers-mondistes. Les TWAIL adoptent pour leur part une approche très critique de l'État-nation et du caractère universel du DI.

A — Une critique de la conception et du rôle de l'État en droit international

Les premiers auteurs tiers-mondistes développaient une approche peu critique de l'État. La priorité était donnée à l'indépendance nationale. L'État était envisagé comme un tout, transcendant les conflits de classe, de race, de sexe, etc. La principale fonction des élites était de légitimer l'État comme source de régulation sociale⁵⁸. De manière schématique, l'intérêt de l'État était identifié à celui du peuple. Les TWAIL, tout en reconnaissant l'importance de la notion de souveraineté étatique pour préserver l'État de toute ingérence dans les affaires intérieures, critiquent fortement le concept d'État souverain, sa construction, mais également son caractère violent et autoritaire⁵⁹.

56. Antony ANGHIE et Bhupinder S. CHIMNI, « Third World Approaches in International Law and Individual Responsibility in Internal Conflict », *op. cit.*

57. James Thuo GATHII, « International Law and Eurocentricity », *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, pp. 184 et ss.

58. Karin MICKELSON, « Rhetoric and Rage. Third World Voices in International Legal Discourse », *op. cit.*, p. 359.

59. James Thuo GATHII, « Neoliberalism, Colonialism and International Governance. Decentering the International Law of Governmental Legitimacy », *Michigan Law Review*, vol. 98, 2000, pp. 1996-2055.

O.C. Okafor insiste ainsi sur les origines coloniales des États du tiers-monde, dont les frontières ont été imposées par les anciennes métropoles, sans considération pour les réalités sociales et ethniques de ces pays. Les États africains, en particulier, ne sont donc pas un produit des luttes internes mais un héritage de la décolonisation et du modèle dominant de l'État-nation, tel que conçu, promu et défini par les anciennes puissances coloniales⁶⁰. Réappropriés par une élite minoritaire, qui a davantage cherché à rendre ces États légitimes au regard des exigences du droit international qu'à renforcer la démocratie interne et à prendre en considération les différentes catégories de sa population, les États postcoloniaux sont ainsi jugés, à la différence des premiers auteurs tiers-mondistes, « structurellement illégitimes⁶¹ ». *De facto*, selon B.S. Chimni, les critères imposés par le droit international pour consacrer l'existence d'un « État démocratique » sont relativement limités⁶². Peu importe le contenu de cette démocratie à partir du moment où la liberté d'expression est reconnue, que plusieurs partis peuvent se présenter et que l'État s'engage à respecter ses engagements internationaux, et en particulier la protection de la propriété privée. Peu importent les conséquences des politiques mises en œuvre du moment qu'elles n'entrent pas en contradiction avec les dispositions des grandes institutions économiques et financières⁶³.

Les TWAIL invitent ainsi à revoir le rôle de l'État postcolonial dans l'élaboration d'un droit international plus juste, et à questionner sa capacité à assurer l'émancipation des peuples du tiers-monde. Cette critique de l'État suppose, selon eux, d'accorder davantage de place aux luttes sociales et aux revendications locales et de déplacer l'analyse d'une approche principalement étatiste vers la prise en considération des mouvements sociaux et des pouvoirs locaux⁶⁴. En ce sens, B. Rajagopal souligne le paradoxe suivant : tandis que la majeure partie des peuples du tiers-monde vit dans des espaces non-institutionnalisés (la famille, le secteur informel et en dehors des partis politiques), la doctrine dominante reste centrée sur les mécanismes institutionnels et interétatiques⁶⁵. L'auteur insiste *a contrario* sur la nécessité d'étudier les rela-

60. Bhupinder CHIMNI, « An Outline of a Marxist Course on Public International Law », *op. cit.*, pp. 5-7.

61. Obiara Chinedu OKAFOR, « After Martyrdom. International Law, Sub-State Groups, and the Construction of Legitimate Statehood in Africa », *Harvard International Law Journal*, vol. 41, 2000, p. 511.

62. Bhupinder S. CHIMNI, « 'Third World' Approaches to International Law. A Manifesto... », *op. cit.*, p. 6.

63. Voir également en ce sens les travaux d'Antony ANGHIE, « Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law », *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, n° 37, 2005.

64. Obiara Chinedu OKAFOR, « Re-Conceiving 'Third World' Legitimate Governance Struggles in our Time. Emergent Imperatives for Rights Activism », *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 6, 2000, pp. 1-38.

65. Balakrishnan RAJAGOPAL, *International Law from Below. Development, Social Movements, and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 2.

tions entre les institutions internationales et les luttes locales et invite les TWAIL à théoriser cette résistance⁶⁶. Il montre ainsi, comment les politiques préconisées par les institutions internationales, telle que la lutte contre la pauvreté par exemple, sont amenées à évoluer en fonction des résistances locales⁶⁷.

Les TWAIL préconisent de prendre en compte à la fois les contradictions internes au sein des États et le rôle de la société civile pour comprendre le développement du droit international et des institutions internationales, mais également pour envisager un autre droit international⁶⁸. La démocratisation recherchée du droit international suppose ainsi de « décentraliser » sa légitimité⁶⁹, en tenant compte des expériences locales des pays du tiers-monde, des pouvoirs locaux, voire pour certains, d'institutionnaliser une « citoyenneté globale⁷⁰ ».

Cette invitation à reconnaître le caractère central des mouvements sociaux dans la formation et le développement du droit international est largement commune aux TWAIL. Toutefois, pour D. Fidler, cette prise en considération ne suffit pas, en elle-même, à favoriser l'établissement d'un ordre international structurellement démocratique⁷¹. Il montre comment le libéralisme s'accommode fort bien du développement de réseaux d'ONG et des mouvements sociaux transnationaux. Au niveau interne, le libéralisme encourage la « participation civile » via la défense de la liberté d'expression et le droit de vote ; au niveau international, il favorise le développement de réseaux transnationaux de solidarité, en soutenant financièrement les ONG qui composent les mouvements sociaux internationaux. Selon l'auteur, la liberté d'expression ne signifie pas que l'on soit entendu et n'implique pas une remise en cause de la répartition des pouvoirs. La reconnaissance du rôle de la société civile et des mouvements sociaux par les TWAIL n'entre pas nécessairement en contradiction avec l'agenda hégémonique des États du premier monde. En ce sens, poursuit Fidler, cette reconnaissance pourrait être comparée avec l'acceptation des structures westphaliennes et étatistes du droit international par les États du tiers-monde au lendemain de la décolonisation, acceptation contre laquelle les TWAIL se sont pourtant en partie construites⁷².

66. B. RAJAGOPAL, « International Law and Social Movements. Challenges of Theorizing Resistance », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41, 2003, pp. 415-418.

67. *Idem*, « From Resistances to Renewal. The Third World, Social Movements, and the Expansion of International Institutions », *Harvard International Law Journal*, vol. 41, 2000, pp. 529-579.

68. Bhupinder S. CHIMNI, « Comments. Just World Under Law. A View From the South », *American University International Law Review*, vol. 22, 2006, pp. 17-25.

69. James Thuo GATHII, « Neoliberalism, Colonialism and International Governance. Decentering the International Law of Governmental Legitimacy », *Michigan Law Review*, vol. 98, 2000, pp. 1996-2055.

70. Bhupinder S. CHIMNI, « International Institutions Today », *op. cit.*, p. 34.

71. Obiara Chinedu OKAFOR, « Re-Conceiving 'Third World' Legitimate Governance Struggles in our Time. Emergent Imperatives for Rights Activism », *op. cit.*

72. David FIDLER, « Revolt From or Within the West ? TWAIL, The Third World and The Future Direction of International Law », *op. cit.*, p. 74.

B — Une critique du caractère universel du droit international

L'échec du *Nouvel ordre économique international* a conduit les TWAIL à théoriser davantage les fondements du droit international que leurs prédécesseurs, reprochant ainsi aux premiers théoriciens tiers-mondistes du droit international d'avoir cherché à se réapproprier les techniques du DI pour l'adapter et le réformer en fonction des intérêts des États du tiers-monde, plutôt qu'à questionner les fondements de ce droit. Ainsi, au lieu d'analyser le colonialisme comme une étape, une anomalie dans le cadre du droit international, ils développent une approche bien plus radicale selon laquelle le colonialisme reste un élément structurant la formation du DI. Ils invitent à chercher les continuités et les discontinuités entre le colonialisme et l'ordre juridique international contemporain et, ce faisant, à dénoncer le caractère faussement universel du DI.

En situant leur objet d'étude dans l'histoire coloniale, les TWAIL dénoncent ainsi l'instrumentalisation de certains concepts, présentés comme universaux, qui, loin de favoriser une remise en cause des pratiques coloniales, s'inscrivent dans la continuité de ces pratiques. Les notions de souveraineté, de développement ou de droits humains, en particulier, sont fortement questionnées en tant que produit du colonialisme et outil d'ingérence et de légitimation de politiques définies par le premier monde. A. Anghie, par exemple, établit un lien de continuité entre le concept de « civilisation » tel qu'il était entendu par les pays coloniaux, puis la Société des Nations, et celui de « développement », tel qu'il est aujourd'hui mobilisé par les institutions internationales pour légitimer l'ingérence étrangère dans les affaires intérieures des anciennes colonies et pour contrôler la bonne application de règles commerciales⁷³. Il montre également comment le concept de « souveraineté » a été utilisé pour légitimer les conquêtes coloniales et instrumentalisé pour établir des obligations asymétriques entre les peuples du premier et du tiers-monde. Ces concepts ont ainsi pour effet de favoriser une continuité et non une rupture entre l'avant et l'après décolonisation repérable dans un transfert de compétence de l'État vers l'ordre juridique international. Il existe donc, selon Anghie, une continuelle « économicisation de la souveraineté » des États du tiers-monde au nom du développement⁷⁴. Dans son sillage, J.T. Gathii s'intéresse au lien entre le développement du droit international au XIX^e siècle et l'expansion à l'ensemble des colonies des règles de droit privé anglais. À travers une étude approfondie de la jurisprudence anglaise concernant les protectorats britanniques, ou la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis à l'époque de la guerre de sécession et de la « conquête de l'Ouest », il établit des liens de continuité entre les pratiques colonialistes et certaines pratiques actuelles, notamment en matière de compétence extraterritoriale (dans le

73. Antony ANGHIE, « Time present and Time Past... », *op. cit.*

74. *Ibid.*, p. 281.

champ du commerce international ou de la lutte contre le terrorisme)⁷⁵ ou en ce qui a trait à la confiscation de la propriété privée en période de guerre⁷⁶.

M. Mutua dénonce quant à lui le caractère universel des droits humains. Selon cet auteur, ces droits favorisent l'universalisation d'un modèle euro-centrique⁷⁷. Il illustre cette idée à partir de la métaphore *sauvage/victimes/sauveurs*, selon laquelle les droits humains, comme la démocratie et le libéralisme occidental sont utilisés pour sauver les « sauvages » (non-européens), mettre un terme aux souffrances des « victimes » (généralement non-européennes), par l'intervention d'un « sauveur » (les États du premier monde). L'évolution du mouvement des droits de l'homme serait sur ce point significative. Alors que ce mouvement s'est construit pour dénoncer et faire face aux atrocités commises en Europe, les activités des organisations internationales qui s'en revendiquent aujourd'hui sont essentiellement centrées sur les États du tiers-monde. Les violations commises par les États occidentaux échappent largement à leur intervention et cette dissymétrie participe à véhiculer l'idée selon laquelle les peuples du tiers-monde sont les principaux auteurs/victimes et qu'il est par conséquent nécessaire et légitime d'intervenir⁷⁸.

C. Nyamu montre comment les droits humains et le développement qui sont les deux champs du droit international à s'être intéressés à la question du genre, peuvent être aujourd'hui invoqués pour stigmatiser les cultures du tiers-monde⁷⁹. Ce faisant, ces approches servent davantage à dénoncer les cultures du tiers-monde qu'à lutter efficacement contre les rapports hiérarchiques entre hommes et femmes. Elles ne permettent pas, notamment, de souligner le caractère émancipateur de certaines pratiques culturelles ou encore de questionner le mode de formation de la culture, et tout particulièrement le rôle de l'État, dans la définition de la culture dominante. Nyamu invite ainsi les mouvements concernés par les rapports hiérarchiques entre les hommes et les femmes à adopter une approche critique pluraliste qui tienne davantage compte des politiques et pratiques culturelles⁸⁰.

Ces différentes critiques posent ainsi la question de la légitimité du droit international, de sa contribution effective à l'établissement d'une réelle justice sociale et par conséquent celle de la pertinence de son développement dans l'ordre existant.

75. James Thuo GATHII, « Imperialism, Colonialism, and International Law », *Buffalo Law Review*, vol. 54, n° 4, janvier 2007, pp. 1013-1066.

76. *Idem*, « Commerce, Conquest, and Wartime Confiscation », *op. cit.*

77. Makua MUTUA, « Savages, Victims and Saviors. The Metaphor of Human Rights », *Harvard International Law Journal*, vol. 42, n° 1, 2001, pp. 201-245.

78. *Ibid.*, p. 216.

79. Celestine NYAMU, « How Should Human Rights and Development Respond to Cultural Hierarchy in Developing Countries ? », *Harvard International Law Journal*, vol. 41, n° 2, 2000, pp. 381-419.

80. *Ibid.*, pp. 418-419.

Conclusion

La deuxième génération de théoriciens tiers-mondistes du droit international s'accorde pour dire que le droit en place est au service des pays occidentaux et qu'il opère au détriment du tiers-monde. Selon D. Fidler, nous assistons à « une véritable vengeance des États du Nord contre les théories et les mouvements tiers-mondistes⁸¹ ». Que le droit international soit actuellement un instrument de domination, un outil au service des anciennes puissances coloniales ne fait pas débat au sein du courant théorique du TWAIL. Ce bilan unanime et consensuel semble se traduire par une analyse critique du caractère émancipateur du droit bien plus pessimiste que celle des premiers auteurs tiers-mondistes.

Cela dit, aucun des auteurs sur lesquels nous nous sommes appuyés ici ne conteste l'utilité du droit international en lui-même. Pour les TWAIL, le DI demeure le seul langage potentiellement commun et universel et reste « un bouclier protecteur, bien que fragile, pour les États les plus faibles⁸² ». Comme le souligne M. Koskeniemmi, « le choix n'est pas de choisir entre le droit et la politique, mais entre une politique du droit et une autre⁸³ ». Aussi, insiste B.S. Chimni, il est nécessaire de trouver un équilibre entre deux positions : l'optimisme libéral (*liberal optimism*), selon lequel le droit se développe peu à peu pour pacifier globalement les relations internationales ; et le pessimisme de gauche (*left pessimism*) selon lequel le droit ne serait que le reflet permanent de la domination d'une minorité sur l'immense majorité des peuples⁸⁴.

En mettant par écrit des perceptions de la réalité, le droit se distingue de la politique, il favorise une mutation qualitative allant du « politique-pour-soi » au « juridique-pour-tous » et cette autonomisation du champ juridique permet de « passer d'une logique qui est immergée dans le cas particulier à une logique indépendante du cas particulier⁸⁵ ». Le droit offre ainsi à celui qui a le pouvoir de le produire un instrument de domination particulièrement précieux en raison de sa force d'imposition d'une définition du juridique valable pour tous⁸⁶. Mais pour la même raison, sa réappropriation permet de rendre visibles et publiques les attentes des populations opprimées. On doit en effet garder à l'esprit que les acteurs dominants sur la scène internationale ont aussi

81. David P. FIDLER, « Revolt From or Within the West ? TWAIL, The Third World and The Future Direction of International Law », *op. cit.*, p. 57.

82. Bhupinder S. CHIMNI, « Third World Approaches to International Law. A Manifesto », *op. cit.*, p. 27.

83. Martii KOSKENNIEMI, « International Law in Europe. Between Tradition and Renewal », *European Journal of International Law*, vol. 16, n° 1, 2005, p. 123.

84. Bhupinder S. CHIMNI, « Third World Approaches to International Law. A Manifesto », *op. cit.*, p. 19.

85. Pierre BOURDIEU, « La codification », *Choses dites*, Paris, Les éditions de Minuit, 1987, p. 102.

86. Bhupinder S. CHIMNI, *ibid.*, p. 16.

besoin d'instituer des règles pour légitimer leurs actions. Ces acteurs doivent représenter leur intérêt comme l'intérêt commun, ils doivent donner à leur stratégie la forme de l'universalité et la présenter comme la seule raisonnable, la seule universellement valable. Par conséquent, la forme de la loi internationale est plus égalitaire que les rapports réels qu'entretiennent les États et sa réappropriation reste un enjeu.

Ainsi, s'ils souscrivent à l'idée défendue par les *Critical Legal Studies*, et approfondie par M. Koskenniemi, que le droit est un langage et que son contenu reste par conséquent profondément indéterminé⁸⁷, ils insistent sur le fait que ces ambiguïtés sont le plus souvent résolues en fonction du contexte social, contexte largement produit par le colonialisme. Le caractère indéterminé de la règle de droit n'est donc pas un problème purement interne aux structures argumentatives du droit international et aux ambiguïtés du langage. Le DI ne peut être simplement réduit à un exercice d'argumentation (*style of argumentation*⁸⁸). L'argumentation juridique constitue certes un précieux outil de contrôle et de dénonciation des pratiques des États du Premier monde, car « de bon arguments, basés sur le droit, doivent prévaloir », mais si ces arguments prévalent, c'est essentiellement en tant que tels. Confrontés aux rapports de force, ils n'impliquent pas nécessairement une modification de l'action des acteurs dominants. Il reste, insistent Anghie et Chimni, que le droit international est aujourd'hui un puissant langage qui détermine les fautes et les responsabilités des acteurs internationaux, qui propose des solutions, certes dans un cadre structurellement inégalitaire mais qui offre la possibilité de contester ces choix⁸⁹. Le champ du droit international constitue ainsi un lieu de contestation et le droit un outil, potentiellement porteur de transformation sociale. Et c'est précisément ce mode de régulation des rapports sociaux que les TWAIL veulent préserver et renforcer.

Les TWAIL insistent sur ce point. Ils rappellent que le droit n'a pas toujours été le seul mode de régulation dans l'histoire des relations internationales et que son développement fait également partie de ses aspirations. Il ne s'agit pas de revenir à un ordre international assuré par la force, ordre dont les peuples du tiers-monde ont été les premières victimes. La démocratisation du DI constitue donc bien un objectif prioritaire à poursuivre.

Cependant, les modalités de réappropriation du droit international sont encore à définir. Sur ce point, les TWAIL ne sont pas unanimes. Pluriels, ils sont aussi divisés, traversés par des contradictions non résolues. Des divergences

87. Pour analyse exhaustive de la prise en compte de l'indétermination du droit par les analyses critiques du droit nous renvoyons à Rémi BACHAND, « La critique en droit international. Réflexions autour des livres de Koskenniemi, Anghie et Miéville », à paraître.

88. Antony ANGHIE et Bhupinder S. CHIMNI, « Third World Approaches... », *op. cit.*, pp. 203-208.

89. *Ibid.*, p. 208.

existent sur les choix à faire et sur les stratégies à adopter pour remédier aux grands déséquilibres internationaux. Alors que certains auteurs défendent les dispositions relatives aux droits humains, qu'ils les mobilisent pour les opposer à d'autres normes internationales ou pour montrer leur potentiel émancipateur⁹⁰, d'autres auteurs en appellent à une refonte des droits humains et à la construction d'un nouveau droit fondé, non plus sur le principe d'universalité, mais sur celui de la pluralité culturelle (*pluralism cultural* ou *cultural politics*⁹¹) pour créer un nouveau corpus de droits humains réellement multiculturel (*new multicultural human rights corpus*⁹²). Les implications de cette redéfinition sur le plan des relations économiques entre peuples du premier monde et peuples du tiers-monde font partie des angles morts de cette proposition. Comment les *cultural politics* peuvent se traduire en termes de droits économiques, l'interrogation reste entière. La question se pose par ailleurs de savoir dans quelle mesure les appels à la reconnaissance de la diversité culturelle et politique ne participent pas à faire le jeu des stratégies du premier monde, alors que les pays qui en font partie invoquent également la diversité, la spécificité des États du tiers-monde pour les diviser⁹³.

Cela étant, ces réserves n'enlèvent rien à la pertinence d'examiner de plus près les propositions des TWAIL qui représentent une alternative à la doctrine dominante. La critique du rôle de l'État postcolonial et des stratégies intégrationnistes défendues par les premiers théoriciens tiers-mondistes, ainsi que celle du caractère universel du droit international, constituent d'importants apports à la réflexion juridique. Il ne s'agit pas d'un simple exercice critique. Ce faisant, cette analyse permet de repérer les brouillages, les obstacles, les impensées, les verrous, qui limitent l'horizon des possibles⁹⁴.

90. Voir en particulier Obiara Chinedu OKAFOR, *The African Human Rights System. Activist Forces and International Institutions*, Cambridge University Press, 2007, 336 p.

91. Balakrishnan RAJAGOPAL, « From Resistances to Renewal... », *op. cit.*, pp. 416-418.

92. Makua MUTUA, « Savages, Victims and Saviors... », *op. cit.*, p. 245.

93. En ce sens nous pensons tout particulièrement aux négociations de l'Accord de Cotonou de 1998-2000, conclu entre l'Union européenne et les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique en juin 2000, au cours desquelles la commission européenne a insisté sur la « diversité », les « spécificités propres » de chaque pays, mais également sur « la société civile », pour remettre en cause, concrètement, l'unité du Groupe ACP et le caractère interétatique des relations UE/ACP. Martin GALLIÉ, *L'Accord de Cotonou et les contradictions du droit international. L'intégration des règles de l'Organisation mondiale du commerce et des droits humains dans la coopération ACP/CE*, thèse de doctorat, Université de Paris XI/Université de Montréal, 2006, pp. 91-97 et 356-363.

94. Bhupinder CHIMNI, « Comments. Just World Under Law. A View From the South », *American University International Law Review*, vol. 22, 2006, pp. 199-220.