

CHAPITRE 5

LA DEMOCRATISATION DES PROCESSUS DE PRODUCTION DU DROIT INTERNATIONAL ET LA DIFFERENCIATION DE LEUR APPLICATION

Je pense qu'il y a une crise non pas dans la production du droit international, mais plutôt dans la *perception* du processus de production du droit en droit international. Etant données les caractéristiques du système international, je propose de soutenir la thèse que la production du droit international fonctionne à peu près aussi bien que ce qu'on peut en attendre. Les « problèmes » qu'elle rencontre proviennent de la nature des systèmes sociopolitiques internationaux contemporains au sein desquels opère le processus de production du droit. Ces problèmes constituent une partie irréductible de la pratique du droit international moderne et sont l'une des raisons pour lesquelles l'étude et la pratique du droit international sont à ce point plus ardues intellectuellement que leurs homologues en droit interne, et plus difficiles dans leur exercice.

I.

La conception habituelle de la production du droit dans les systèmes politiques nationaux – la promulgation d'une « législation » par des institutions politiques hautement spécialisées et routinières – ne permet pas de comprendre la production du droit dans le système beaucoup plus complexe et divers que l'est le système politique international. Un corps substantiel de droit international ne dérive pas d'institutions législatives officielles. Les institutions politiques internationales, spécialisées et routinières, explicitement dévolues à la production du droit, ne sont qu'un cadre parmi les autres (le plus souvent marginal) de la production du droit. Comprendre le droit international exige de l'examiner en fonction des éléments sur lesquels repose son fonctionnement.

Les tenants du droit naturel se sont concentrés sur les processus délibératifs et consensuels qui clarifient une politique privilégiée, tandis que les tenants du droit positif se sont attachés au pouvoir politique organisé en tant que marque distinctive d'une législation. La production du droit en droit

DEMOCRATISATION DES PROCESSUS DE PRODUCTION ET DIFFERENCIATION...

international relève des deux à la fois, sans s'y réduire. Inutile de le dire, toute entreprise de production du droit cherche à modeler la conduite humaine. La production du droit, à tous les niveaux de l'organisation sociale, qu'elle soit accomplie dans des cadres formels ou non, organisés ou non, renvoie aux processus dans lesquels les attentes en matière d'autorité et les messages exprimant des intentions de contrôle sont générés et mobilisés pour soutenir l'élaboration d'une certaine politique. La coprésence de ces éléments (énoncés d'une politique formulés de manière normative, attentes en matière d'autorité et messages indiquant l'intention de contrôler) est aussi indispensable à l'activité de production du droit qu'à sa compréhension.

De toute évidence, chaque acte de production du droit, qu'il soit plus ou moins formel, exige un contenu normatif – en d'autres termes, une communication qui indique à un public déterminé qu'on doit désormais faire quelque chose de précis ou s'en abstenir. La communication d'un contenu normatif doit être accompagnée de certains signes qui désignent cette communication précise comme une communication autorisée par la communauté et cohérente avec les attentes de cette dernière en matière de comportement correct. Enfin, la communication doit répondre de façon adéquate à la capacité et à l'engagement de la part de ceux qui l'établissent d'en faire une pratique de contrôle. Ce sont ces deux derniers éléments qui distinguent le droit des nombreux énoncés à l'impératif qu'on ignore habituellement, tout comme le flot d'énoncés envahissant les myriades de canaux de la politique internationale, énoncés qui essaient d'amplifier leur effet en se présentant explicitement comme relevant du droit grâce à l'appropriation et parfois à l'utilisation adroite de certains symboles, mais dont le manque d'efficacité est bien connu ou transparaît de lui-même.

Qu'il y ait pratique de contrôle, il faut le noter, ne signifie pas que la norme est appliquée avec une efficacité complète. Si tel était le critère, aucune norme ne serait considérée comme du droit et il ne serait possible de distinguer le droit de la sociologie. Le fait qu'une norme relève du droit n'exige pas non plus qu'un seuil numérique constant d'applications efficaces doive être atteint dans chaque cas, ou même dans la majorité des cas. Il faut simplement au moins s'entendre sur le fait qu'une norme soit appliquée assez souvent, ou au moins qu'un fait relatif à la norme survienne assez souvent pour qu'on continue de croire qu'il faille en tenir compte dans la détermination des conduites. Une norme peut continuer de relever du droit même en l'absence de sanction, ou si cette dernière est faible.