

John Linarelli, Margot E Salmon & M Sornarajah, *The Misery of International Law: Confrontations with Injustice in the Global Economy*, Oxford University Press, 2018.

Dans leur ouvrage John Linarelli (Durham University), Margot E Salomon (LSE) et M Sornarajah (National University of Singapore) décrivent comment le droit international facilite et légitime le néolibéralisme ainsi que les graves injustices qu'il engendre. En s'appuyant sur une littérature extrêmement riche et diversifiée tant en droit qu'en économie politique et en philosophie, le livre offre une analyse approfondie et contextuelle des mécanismes, doctrines et règles juridiques de droit international qui structurent et fortifient le néolibéralisme, en étudiant notamment trois domaines: le droit du commerce international (chapitre 3), le droit des investissements internationaux (chapitre 5), le droit de la finance internationale (chapitre 6) ainsi que le rôle des droits humains (chapitre 7) qui bien que présentés comme un projet permettant de résister à la logique néolibérale, sont bien subordonnés à celle-ci.

S'inscrivant dans le courant critique, l'argument central de l'ouvrage est que le droit international est entièrement subordonné au néolibéralisme, ce qui produit notamment l'augmentation de la misère au plan mondial. Le néolibéralisme--un terme souvent perçu comme ambivalent--y est défini en tant qu'une idéologie qui insiste sur la primauté du marché, et est associée avec des politiques publiques comme la privatisation, la libéralisation des échanges économiques transnationaux et les politiques d'austérité.<sup>1</sup> Plutôt que de comprendre le néolibéralisme comme amenant à une 'déréglementation' qui signale un retrait de la puissance publique, il faudrait l'analyser, comme d'autres l'ont souligné, comme une réorientation du droit et des politiques de l'État dans un sens qui privilégie les intérêts économiques sur ceux des acteurs privés en limitant continuellement les libertés. Selon les auteurs:

"[T]he global economy is highly regulated but in such a way as to protect some interests and not the others. Contrary to the platitude that neoliberals govern as little as possible, they can be accused of governing everything down to the last detail and far from producing 'freedom' they continually limit it."<sup>2</sup>

Par ailleurs, le néolibéralisme ne relève pas seulement des pratiques économiques. Il s'agit également d'une rationalité qui transforme en profondeur tous les domaines de l'activité humaine et fait émerger de nouvelles moeurs et subjectivités, tournées vers l'individualisme, la compétitivité et le consumérisme de masse.<sup>3</sup>

De quelle manière est-ce que le droit international est-il devenu l'instrument impliqué dans le succès de cette idéologie alors même que, comme le rappellent les auteurs, cette dernière a failli selon ses propres critères de réussite? Ils proposent plusieurs pistes de réflexion qu'il serait difficile de parfaitement résumer ici. Comme les nouvelles études critiques et historiques du droit international l'ont montré,<sup>4</sup> les fondations du droit international sont

---

<sup>1</sup> *Misery of International Law*, pp. 8-18

<sup>2</sup> *Idem*, pp. 31-32.

<sup>3</sup> Wendy Brown, *Défaire le Demos: Le Néolibéralisme, une Révolution Furtive* (Essai, broché, 2018).

<sup>4</sup> Voir par exemple: Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004;

intimement liées avec l'impérialisme, c'est à dire la dépossession et la subjugation des peuples colonisés, ce que les auteurs appellent, en empruntant le terme au géographe marxiste David Harvey, "l'accumulation par dépossession." Les auteurs rappellent que:

"The foundations of international law of the modern state are in justifications for the use of force in support of European commercial interests to compel non European to trade and in the conquest of the land and resources of non European people."<sup>5</sup>

L'ouvrage montre également que l'injustice dénoncée est due au fait que les concepts et les règles de droit international (public) reposent en réalité sur des notions et les règles de droit 'privé' qui privilégient les intérêts des firmes multinationales et des États les plus puissants.<sup>6</sup> Ainsi, les traités de droit commercial sont traditionnellement perçus comme des contrats qui obéissent à une idée contractuelle de la justice<sup>7</sup>: les parties au contrat ne sont pas obligées de prendre en considération les intérêts de l'autre partie, et sont même encouragées à tirer avantage des inégalités qui existent entre elles. Les questions de justice distributive sont quant à elles réservées aux États qui décident comment répartir les gains économiques.

Toutefois--nous explique les auteurs--cette idée contractuelle de justice se trouve en contradiction avec la fonction de ces traités, puisqu'ils portent sur des questions qui touchent à l'organisation sociale et aux valeurs dites 'non-économiques' tels les droits humains. Ainsi [t]rade agreements connect to how governments structure their societies in an important area of human activity that affects not only transactions for goods and services but the core values of societies reaching beyond that which is valued in transactions.<sup>8</sup>

La théorie du contrat en ce qu'elle s'intéresse essentiellement à la transaction économique, ne permet pas dès lors de prendre en considération ces valeurs qu'en tant qu' 'exception' à la règle de libéralisation des échanges. Cette contradiction résulte dans l'imposition des contraintes pour les États qui se voient empêcher de réguler des pans importants des politiques sociales, puisque la libéralisation des échanges est privilégiée par rapport aux droits et aux valeurs 'non économiques', tels les droits des travailleurs.

De même, le chapitre sur le droit des investissements internationaux montre comment ce dernier perpétue des injustices en privilégiant les droits des multinationales au dépend des droits humains, de l'éradication de la pauvreté ou de la protection environnementale. Ce droit rappelle à pleins d'égards la protection des étrangers et de leurs droits de propriété, mise en place historiquement pour protéger les investissements fait par les nationaux des États-Unis en Amérique du Sud, en évitant effectivement l'application à leur égard, du droit national de l'État où l'investissement a été fait.<sup>9</sup> L'interprétation par les tribunaux arbitraux des traités contemporains va dans le même sens. Les règles très libérales, concernant la juridiction des tribunaux arbitraux, ainsi que l'interprétation du standard du traitement juste et équitable

---

*Droit international et nouvelles approches sur le tiers-monde : entre répétition et renouveau*, M. Toufayan, E. Tourme-Jouannet et H. Ruiz Fabri (dir.) Paris : Société de législation comparée, 2013.

<sup>5</sup> *Misery of International Law*, p. 112.

<sup>6</sup> Voir également Martti Koskenniemi, *Empire and the International: The Real Spanish Contribution*, 61 University of Toronto, vol 61, p. 1

<sup>7</sup> *Misery of International Law*, p. 124-127, 132-138

<sup>8</sup> *Idem*, p. 136.

<sup>9</sup> *Idem*, pp 154-157.

ou des règles sur la protection contre les expropriations favorisent les multinationales qui peuvent faire valoir leurs droits contre les États, dont la capacité d'adopter des politiques dans l'intérêt commun en application de son pouvoir de réglementation sont fortement réduites.<sup>10</sup> Concernant les règles juridictionnelles, les auteurs observent que, le cas le plus choquant est celui où la juridiction des tribunaux arbitraux est fondée sur la détention des dettes publiques alors même que ces instruments ne satisfont pas les critères de définition de l'investissement. Ils observent:

"The most glaring of these extensions relates to the establishment of jurisdiction in case of bonds issued in foreign markets by a state to raise capital. A series of awards have held that jurisdiction could arise under the treaties based on these instruments despite the traditional indicia for investments not having been satisfied....They are in the nature of loans rather than of investment, a clearly distinct category of transaction which could not possibly have been thought of as an investment by the states concluding treaties."<sup>11</sup>

Au cœur du problème, selon les auteurs, sont d'une part le processus continu de fragmentation du droit international. Celui-ci justifie, à tort, l'idée que le droit international économique ne concerne que 'l'économie' et n'a dès lors pas vocation à prendre en considération des valeurs 'non-économiques.' Selon les auteurs, "[f]ragmentation has trade, investment, and finance effectively insulated from the values of international law that we might find in the field of environment, human rights, the rights of indigenous people, and the protection of cultural property."<sup>12</sup> D'autre part, c'est l'absence de responsabilité des organisations internationales et des acteurs privés pour leurs actions qui ont des impacts néfastes sur les communautés vulnérables, qui contribue à maintenir l'injustice. L'enjeu ici c'est la légitimité même du droit international. Dans leurs conclusions, les auteurs notent "if we were to reduce the defects of international law that this book deals with in a single concept, it would be unaccountability... International law lacks moral legitimacy without a proper relationship of accountability."<sup>13</sup>

Le livre ne fait pas seulement un constat accablant d'un système juridique international fortement asymétrique. Il indique également des pistes permettant son changement. Les auteurs ne vont donc pas jusqu'à affirmer que le droit international est de manière *inhérente* néolibéral. Ils proposent un nouveau cadre méthodologique pour repenser le droit international dans le contexte néolibéral. Ce cadre s'appuie sur les différentes théories de justice et est inspiré par le Nouvel Ordre Économique Mondial, qui avait pour but de rendre les règles du commerce international plus justes.<sup>14</sup> Selon eux, les règles du droit international ne peuvent plus se baser sur les notions d'intérêt et d'opportunisme qui

---

<sup>10</sup> Idem, pp. 164-169.

<sup>11</sup> Idem p. 163

<sup>12</sup> Idem, p.4 Sur la fragmentation, voir Martti Koskeniemi et al., Report of the Study Group of International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, International Law Commission, 58th session, General Assembly, A/CN.4/L.682, 13 Apr. 2006.

<sup>13</sup> Misery of International Law, p. 273.

<sup>14</sup> Voir également Emmanuelle Tourme-Jouannet, *Qu'est-ce qu'une Société Internationale Juste? Le Droit International entre Reconnaissance et Développement* (Pédone, 2011).

s'appuient sur les pouvoir et l'ordre, mais doivent épouser l'idée de moralité qui a pour fondement la justice.<sup>15</sup> Pour que le droit international soit moralement acceptable et légitime, soulignent les auteurs, il faut au fond que les règles, les principes et les institutions juridiques aient pour but explicite l'éradication de la pauvreté, l'élimination de l'exploitation et des obstacles encore trop nombreux à l'épanouissement humain. Plutôt que de considérer la croissance économique comme un but en soi, le droit international devrait porter sur ce qui la rend possible.<sup>16</sup>

Ultimately the requirements for the moral acceptability of international law rests on the notion of whether international law contributes to or works toward eliminating poverty, alienation, exploitation, poor economic opportunities, deprivation, and other ills that are obstacles to human flourishing. It also requires that international human rights law plays its role to prevent and redress harm and support civil and political participation. These matters require a focus not on economic growth, or at least not on economic growth alone, but on how economic growth is accomplished.

Les conclusions de ce livre sont importantes pour notre compréhension des effets économiques et politiques qu'a le droit dans l'espace global. Elle rejoignent celles des auteurs qui proposent une analyse critique du droit international privé et montrent comment la discipline, bien que perçue comme 'technique' et dissocié de la politique, perpétue en réalité des rapports de domination dans l'économie globale.<sup>17</sup> À bien des égards, cette ouvrage, peut aussi servir d'inspiration, pour des recherches futures dans le domaine du droit 'privé'. Celles-ci pourraient s'appuyer sur des études existantes, et proposer une analyse presque 'clinique' et sociologique de la manière dont les acteurs, les institutions, les règles, les doctrines et les pratiques du droit international privé constituent le projet colonial et structurent le contexte post-colonial, ont participé à la naissance du capitalisme<sup>18</sup> ou au triomphe du néolibéralisme.

L'ouvrage est riche en enseignements. Bien qu'il puisse à des moments paraître trop ambitieux compte tenu de la diversité des sujets qu'il traite, et des liens entre le droit, l'économie et la philosophie, qu'il fait émerger, les auteurs s'attachent toujours à rappeler les différentes étapes de leur raisonnement. Leurs critiques sans compromis du droit international vient à propos, au moment où le néolibéralisme et les politiques d'austérité qui y sont attachées sont fortement remises en cause de part et d'autre de l'Atlantique. Elles font écho à plusieurs livres publiés récemment qui mettent en lumière les liens complexes entre le droit et les inégalités<sup>19</sup> et permet de comprendre de manière plus précise comme le

---

<sup>15</sup> Misery of International Law, p.67

<sup>16</sup> Idem, pp. 67-77, 75.

<sup>17</sup> A. Claire Cutler, *Private Power and Global Authority* (2003); A. Claire Cutler, *The Judicialization of Private Transnational Power and Authority*, *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 25, p. 61 (2018); Horatia Muir Watt, *Private International Law's Shadow Contribution to the Question of Informal Transnational Authority*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol 25, 2018, p.37 (2018); Horatia Muir Watt, *Private International Law Beyond the Schism*, *Transnational Legal Theory*, vol 2, 2011, p. 347; Robert Wai, *Transnational Liftoff and Juridical Touchdown*, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol 40, 2002, p. 29.

<sup>18</sup> Voir S. Beckert, *Empire of Cotton: A Global History* (Vintage 2015).

<sup>19</sup> Katharina Pistor, *The Code of Capital, How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, 2019; Samuel Moyn, *Not Enough, Human Rights in an Unequal World*, Harvard University Press, 2018; David Kennedy, *A World of Struggle, How Power, Law and Expertise Shape*

droit structure l'économie globale néolibérale et quels sont ses effets dans une société mondiale néolibérale.

Dr. Ivana Isailovic  
*Northeastern University School of Law*

---

*Global Political Economy*, Princeton University Press, 2016. Voir aussi, Quinn Slobodian, *The Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Harvard University Press, 2018.