

LE POSITIVISME JURIDIQUE AUJOURD'HUI : SCIENCE OU SCIENCE-FICTION ?

Olivier Corten

Numéro hors-série, mars 2016

Théories et réalités du droit international au XXIème siècle

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1067698ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1067698ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Corten, O. (2016). LE POSITIVISME JURIDIQUE AUJOURD'HUI : SCIENCE OU SCIENCE-FICTION ? *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 19–42.
<https://doi.org/10.7202/1067698ar>

Résumé de l'article

Cette étude se concentre sur l'actualité paradoxale du positivisme juridique, qui est illustrée à partir d'un épisode de la série télévisée Star Trek. D'un côté, dès qu'il s'agit de proposer une interprétation du droit existant et de prétendre convaincre la « communauté des internationalistes », on recourt encore souvent, si pas systématiquement, à une pensée et à un raisonnement de type positiviste. Le positivisme offre un système de pensée, un cadre de référence fait de prémisses, de formules et de techniques, bref une science, permettant à des personnes avec des pensées, des cultures et des valeurs différentes ou opposées de dialoguer et le cas échéant de se mettre d'accord sur des conclusions normatives. Mais, d'un autre côté, le positivisme, s'il caractérise largement le discours ou la motivation juridique, qui intervient « en aval », n'est d'aucun secours pour dicter, en « amont », la prise de décision. En ce sens, plus personne n'est depuis longtemps « positiviste », si l'expression signifie la croyance que l'interprétation et l'application du droit puisse s'opérer de manière rationnelle, objective et neutre, et donc sans que n'interviennent des jugements de valeurs ou d'opportunité.

LE POSITIVISME JURIDIQUE AUJOURD'HUI : SCIENCE OU SCIENCE-FICTION ?

*Olivier Corten**

Cette étude se concentre sur l'actualité paradoxale du positivisme juridique, qui est illustrée à partir d'un épisode de la série télévisée Star Trek. D'un côté, dès qu'il s'agit de proposer une interprétation du droit existant et de prétendre convaincre la « communauté des internationalistes », on recourt encore souvent, si pas systématiquement, à une pensée et à un raisonnement de type positiviste. Le positivisme offre un système de pensée, un cadre de référence fait de prémisses, de formules et de techniques, bref une science, permettant à des personnes avec des pensées, des cultures et des valeurs différentes ou opposées de dialoguer et le cas échéant de se mettre d'accord sur des conclusions normatives. Mais, d'un autre côté, le positivisme, s'il caractérise largement le discours ou la motivation juridique, qui intervient « en aval », n'est d'aucun secours pour dicter, en « amont », la prise de décision. En ce sens, plus personne n'est depuis longtemps « positiviste », si l'expression signifie la croyance que l'interprétation et l'application du droit puisse s'opérer de manière rationnelle, objective et neutre, et donc sans que n'interviennent des jugements de valeurs ou d'opportunité.

This article's focus is in on the paradoxical actuality of legal positivism, illustrated through an episode from the televised series Star Trek. On the one hand, when it comes to proposing an interpretation of existing law and to convincing the "community of internationalists", the positivist thought and reasoning is often used, if not systematically. Positivism offers a system of thought, a framework of premises, formulas and techniques, in brief a science, allowing to persons with different or opposing thoughts, cultures and values to discuss and the case being, to agree on normative conclusions. However, on the other hand, positivism, largely characterizing legal discourse or motivation that intervenes largely in a "downstream" manner, is not useful in order to dictate, in an "upstream" manner, decision making. Therefore, no one has been "positivist" for a long time now, if the expression means the belief that the interpretation and implementation of law can operate in a rational, objective and neutral manner, and thus without any judgement of values or opportunity intervening.

Este estudio se concentra sobre la actualidad paradójica del positivismo jurídico, que es ilustrada a partir de un episodio de la serie televisiva Star Trek. De un lado, tan pronto como se trata de proponer una interpretación del derecho existente y de pretender convencer la "comunidad de los internacionalistas", recurrimos todavía a menudo, si no sistemáticamente, a un pensamiento y a un raciocinio de tipo positivista. El positivismo ofrece un sistema de pensamiento, un marco de referencia hecho de premisas, fórmulas y técnicas, en resumen una ciencia, permitiéndoles a personas con pensamientos, culturas y valores diferentes u opuestos de dialogar y si llega el caso de ponerse de acuerdo sobre conclusiones normativas. Pero, por otra parte, el positivismo, si ampliamente caracteriza el discurso o la motivación jurídica, que interviene "río abajo", no es de ningún socorro para dictar, en "anterior", la toma de decisiones. En este sentido, más nadie es "positivista", si la expresión significa la creencia para que la interpretación y la aplicación del derecho pueda producirse de manera racional, objetiva y neutra, y sin que intervengan juicios de valores o de oportunidad.

* Professeur à l'Université libre de Bruxelles et directeur du Centre de droit international et de sociologie appliquée au droit international.

À des années-lumière de la planète terre, l'*USS Enterprise*, un vaisseau de la Fédération des planètes unies, a pour mission de négocier avec les Sheliaks, une espèce extraterrestre constituée d'êtres qui, de notre point de vue, ressemblent à d'immenses pieuvres métalliques¹. Un traité (le traité d'Armens) a mis fin à un différend territorial, la Fédération cédant aux Sheliaks un certain nombre de planètes. Sur ces dernières sont implantées plusieurs colonies qui, en application de la Convention, doivent être démantelées. Il en est notamment ainsi de Tau Cygna V, une planète sur laquelle vivent des colons depuis des générations, à la suite d'un naufrage d'une navette spatiale qui a eu lieu plus d'un siècle plus tôt. Mais dans quel délai l'évacuation doit-elle avoir lieu? Alors que le texte du Traité fixe une période de trois jours, Jean-Luc Picard, capitaine de l'*USS Enterprise* souhaiterait l'étendre à trois semaines, et présente sa requête au représentant des Sheliaks. Un dialogue s'engage alors entre les deux protagonistes, par écrans interposés :

[Représentant des Sheliaks :] Nous ne souhaitons ni vous entendre, ni vous parler.

[Capitaine Picard :] Une conversation est nécessaire si nous voulons trouver une solution à notre problème [...]

[Représentant des Sheliaks :] Évacuez les humains du système de Tau Cygna. Il ne vous reste que trois jours.

[Capitaine Picard, se levant de son siège pour souligner le mouvement] : Essayons de négocier en toute bonne foi.

[Représentant des Sheliaks :] il n'y aura pas de négociation, le traité a été signé

[Capitaine Picard :] Il existe une grande colonie sur cette planète. Au lieu de déraciner la population, puis-je suggérer un compromis ?

[Représentant des Sheliaks :] Refusé.

[Capitaine Picard :] Pourquoi ?

[Représentant des Sheliaks :] La loi n'est pas contournable, le monde nous appartient.

[Capitaine Picard :] Ce n'est pas une loi, c'est un traité ; il a été conçu pour améliorer les relations entre les deux races, pas pour servir de... [la communication est brutalement interrompue par le représentant des Sheliaks] ...carcan².

Quelques temps plus tard, nous retrouvons le capitaine Picard, l'air confiant et légèrement goguenard. Il a manifestement étudié la question de manière plus

¹ J'ai découvert la scène qui ouvre cet article grâce à Marco Benatar (Vrije Universiteit Brussel), que je remercie très chaleureusement. Voir son étude et analyse dans : « Au mépris du danger, reculer l'impossible! À la recherche d'un ordre juridique intergalactique » dans Olivier Corten et François Dubuisson, dir, *Du droit international au cinéma. Présentations et représentations du droit international dans les films et les séries télévisées*, Paris, Pedone, 2015 [Benatar].

² *Ibid* aux pp 35-36.

approfondie, et demande la reprise du dialogue. La communication est rétablie, et il se dresse face au représentant des Sheliaks :

[Capitaine Picard, consultant une sorte de mini-écran assez similaire aux téléphones intelligents que nous connaissons aujourd'hui :] En vertu du paragraphe 1290, je demande formellement la résolution arbitrale de notre différend.

[Représentant des Sheliaks :] Tel est votre droit.

[Capitaine Picard, sur un ton monocorde et martial :] De même, en vertu de la sous-section D3, ... Je nomme les Grisellas comme arbitres.

[Représentant des Sheliaks :] Les Grisellas ?

[Capitaine Picard, terminant avec une mimique manifestement ironique :] Malheureusement, ils sont en plein cycle d'hibernation. Ils se réveilleront dans six mois, nous pourront alors régler l'affaire... [Reprenant sur un ton plus posé] Maintenant, voulez-vous attendre, ou m'accorder mes trois semaines ?

[Représentant des Sheliaks, haussant le ton] : Absurde ! Nous ne pouvons souffrir de retard.

[Capitaine Picard, se préparant déjà à se rasseoir :] Dans ce cas, je déclare la suspension du traité.

[Représentant des Sheliaks, sur un ton implorant :] Attendez ! Des négociations sont possibles !³

Jean-Luc Picard fait alors un signe, et la communication est brusquement interrompue. Il se retourne vers les autres membres de l'équipage, satisfait : « vous leur avez cloué le bec », lui dit un compare ; « vous avez tout à fait raison », répond-il. On entend alors un signal sonore, le représentant Sheliak semblant vouloir rétablir la communication. « Capitaine, ils nous appellent », souligne-t-on. Mais le capitaine Picard entend faire patienter son interlocuteur. Alors que le signal sonore résonne dans le vide, il se déplace lentement dans le vaisseau, mains derrière le dos, s'approche de la plaquette indiquant « USS Enterprise » qui se trouve plus loin sur le mur, passe son doigt sur le haut pour la dépoussiérer... « Monsieur? », lui rappelle-t-on, alors que retentit toujours l'appel des Sheliaks. Le capitaine se déplace tranquillement, se met en place, puis seulement ordonne : « Visualisation! ». Le représentant des Sheliaks apparaît alors à l'écran, et lui signale d'une voix résignée : « Vous avez un délai de trois semaines, Picard de l'Enterprise ». « Merci », lui répond celui-ci en soulignant le propos par un abaissement respectueux de la tête, avant que le vaisseau des Sheliaks vire puis s'éloigne pour disparaître au loin, dans l'infinie immensité de l'univers.

La scène que l'on vient d'exposer, qui provient de Star Trek : la nouvelle génération⁴, est supposée se dérouler au XXIV^e siècle. C'est dire que, selon les

³ « Star Trek » (dramatique) Paramount Pictures Corporation, É-U PA0000501095 (28 février 1991).

⁴ *Ibid.*

scénaristes de cette série à succès, le positivisme juridique n'est pas prêt de disparaître des relations « internationales » — lesquelles sont devenues ici interplanétaires⁵. On aura en effet remarqué que le différend, qui porte sur une question politique délicate (le retrait de colons installés depuis des décennies en territoire occupé), est réglé grâce à une interprétation juridique d'un traité, et une interprétation essentiellement basée un raisonnement déductif à partir du texte, supposé refléter la volonté des parties. *A contrario*, les arguments fondés sur l'éthique (la situation difficile des colons obligés d'évacuer en hâte une terre où ils sont nés) ou sur les considérations d'opportunité politique (la nécessité de maintenir une coopération entre les deux parties) sont écartés comme irrecevables, et le capitaine Picard ne doit son salut qu'à une ingénieuse mais scrupuleuse interprétation de la règle applicable⁶. On est manifestement ici devant une défense du positivisme juridique dans sa conception la plus traditionnelle, celle selon laquelle le droit doit être appliqué rationnellement, sans que l'on y introduise des jugements de valeurs, une application qui doit se réaliser objectivement à l'aide d'un raisonnement syllogistique qui ne peut mener qu'à une et une seule solution correcte.

Une telle conception, n'est, à vrai dire, plus défendue par personne depuis un certain temps. Tout en insistant sur la nécessité de maintenir une séparation formelle entre le droit et le non-droit dans sa célèbre *Théorie pure*, Hans Kelsen a notamment insisté sur l'ouverture de l'interprétation, laquelle permettrait non pas une seule mais diverses solutions juridiquement valides⁷. Ultérieurement, le positivisme, conçu cette fois dans un sens plus large, a pu prendre un tournant plus critique, en admettant la prise en compte de considérations politiques et sociales pour expliquer la création puis l'application de la règle de droit⁸. C'est dire qu'il existe des positivismes, et que ce terme peut donc parfois renfermer des significations très diverses, voire opposées⁹. Dans la suite de cette contribution, on s'intéressera toutefois à une conception orthodoxe telle qu'elle ressort du dialogue fictif exposé ci-dessus. La question qui sera posée est la suivante : le positivisme juridique classique a-t-il encore, en dépit des critiques théoriques dont il fait l'objet, une actualité dans les pratiques juridiques? Celles-ci relayent-elles encore un discours fondé sur une interprétation basée sur un syllogisme déductif? En d'autres termes encore, dans quelle mesure les scénaristes de *Star Trek* ont-ils transposé dans le futur une certaine réalité observable à notre époque?

⁵ Benatar, *supra* note 1 aux pp 34-37.

⁶ Voir de manière générale au sujet de la place du droit dans cette série : Robert Chairs et Bradley Chilton, *Star Trek Visions of Law and Justice*, Dallas, Adios Press, 2003.

⁷ Voir de manière générale l'analyse de Paul Amselek, « L'interprétation dans la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen » dans Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, dir, *Interpretatio non cessat : Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011 aux pp 39-56. Voir aussi les références aux écrits de Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par Ch. Eisemann, Bruxelles, Bruylant, Paris, La librairie juridique de référence en ligne, 1999 [Kelsen].

⁸ Voir notamment Jean Salmon, « Le droit international à l'épreuve au tournant au XXI^{ème} siècle » (2002) 6 *Cursos euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional* 35 aux pp 115 et s.

⁹ Jean Salmon, dir, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, *sub verbo* « positivisme juridique », ainsi que la remarquable anthologie de Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper, dir, *Le positivisme juridique*, Bruxelles, Story Scientia, 1992.

De manière générale, la thèse qui sera soutenue est la suivante : en analysant le droit international tel qu'il est concrètement envisagé aujourd'hui, on est *a priori* confronté à un paradoxe. D'un côté, le positivisme juridique semble encore largement relayé en tant que technique, notamment auprès de son interprète considéré comme le plus autorisé, la Cour internationale de Justice (I). Mais, d'un autre côté, ce même positivisme – toujours compris dans sa version orthodoxe –, fait l'objet d'une remise en cause radicale en tant que théorie apte à refléter la réalité du droit (II). Comment surmonter cet apparent paradoxe ? Sans doute en remontant aux fondements philosophiques du positivisme juridique, qui renvoient à une légitimité de la modernité toujours bien présente aujourd'hui, spécialement dans le contexte d'une société libérale soucieuse de rationalité et de prévisibilité (III)¹⁰. Ainsi, si le positivisme comme objet de l'étude est compris dans une dimension restreinte et orthodoxe, l'approche et la méthode utilisées dans les lignes qui suivent relèveront d'un positivisme critique, conçu plus largement. Il ne s'agira donc pas d'évaluer, en termes d'opportunité ou de légitimité, le positivisme juridique orthodoxe, mais d'expliquer son actualité apparemment paradoxale¹¹.

I. Le positivisme juridique dans le discours juridique international : une indéniable actualité

Lorsque le capitaine Picard demande un délai de trois semaines alors que le texte du traité le limite à trois jours, le représentant Sheliak l'interrompt immédiatement : « la loi n'est pas contournable » (« *law is compelling* »). L'idée est manifestement ici que l'interprétation littérale (trois jours) s'impose mathématiquement, rationnellement, inéluctablement. Les considérations morales ou politiques n'ont donc aucun rôle à jouer ; il suffit d'interpréter objectivement la source formellement applicable pour arriver à la solution juridiquement correcte.

Un tel schéma, s'il ne se retrouve sans doute pas de manière aussi caricaturale dans la pratique du droit international, se reflète régulièrement, dans la jurisprudence notamment. Il serait bien évidemment vain de prétendre mesurer, en termes de pourcentage même grossier, la place du positivisme juridique dans une pratique particulièrement diversifiée, d'autant que chaque précédent prête lui-même à l'interprétation. On peut en revanche affirmer que cette place est loin d'être négligeable, et que l'on ne peut par conséquent certainement pas affirmer que le positivisme juridique, même donc dans son acception classique, ne serait plus d'aucune actualité. Pour s'en convaincre, il suffit de reprendre quelques exemples tirés de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, une juridiction souvent considérée comme particulièrement autorisée pour produire une interprétation du droit

¹⁰ Ces trois étapes correspondent, dans une certaine mesure, aux trois conceptions du positivisme juridique (comme « mode d'approcher l'étude du droit », comme « théorie » et comme « idéologie ») telles que dégagées par Noberto Bobbio, « Sur le positivisme juridique » dans *Essais de théorie du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1998 aux pp 23-38.

¹¹ Pour plus de détails, voir Olivier Corten, *Le discours du droit international : Pour un positivisme critique*, Paris, Pedone, 2009 [Corten, *Discours*].

international général¹². Comme on le constatera, la Cour véhicule souvent une approche que l'on pourrait qualifier de formaliste, en ce sens que le seul raisonnement envisageable serait celui qui découle d'une interprétation des sources formelles du droit, à l'exclusion de la prise en compte de sources matérielles, que ces dernières soient morales, politiques ou autres¹³. Et, bien souvent, ce raisonnement est présenté comme aboutissant à une solution qui s'imposerait objectivement, comme si aucune marge d'appréciation n'était laissée à l'interprète.

L'exemple classique est l'arrêt rendu par la Cour en 1966 dans les affaires du *Sud-Ouest africain*. On sait que l'Éthiopie et le Libéria avaient chacun déposé une requête mettant en cause l'exécution par l'Afrique du sud de ses obligations en tant que puissance mandataire¹⁴. La Cour écarte la demande comme irrecevable pour défaut d'intérêt à agir, les obligations étant dues envers la Société des Nations en tant que telle, et non à chacun de ses membres (dont l'Éthiopie et le Libéria)¹⁵. Certes, le mandat lui-même revêt une importance fondamentale, puisqu'il doit permettre la mise en œuvre d'une véritable « mission sacrée de civilisation »¹⁶. Et, par ailleurs, les règles de compétence, qui limitent la recevabilité des requêtes aux États, a pour résultat l'impossibilité de mettre en cause le comportement de l'Afrique du sud par la voie contentieuse¹⁷. Cependant, il s'agit là de considérations morales et politiques, qui doivent rester étrangères au raisonnement de la Cour¹⁸. Celle-ci affirme très clairement que :

Tout au long de la présente affaire, on a dit ou laissé entendre que des considérations humanitaires suffisent à faire naître des droits et obligations juridiques et que la Cour peut et doit agir en conséquence. La Cour ne le pense pas. La Cour juge le droit et ne peut tenir compte de principes moraux que dans la mesure où on leur a donné une forme juridique suffisante. Le droit, dit-on, répond à une nécessité sociale, mais c'est précisément pour cette raison qu'il ne peut y répondre que dans le cadre et à l'intérieur des limites de la discipline qu'il constitue. Autrement, ce n'est pas une contribution juridique qui serait apportée¹⁹.

¹² Voir par ex Robert Kolb, *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2014.

¹³ Voir Olivier Corten, « La thèse de la déformalisation du droit international et ses limites : L'exemple de la Cour internationale de Justice » (2011) *L'Observateur des Nations Unies* 75 aux pp 75-98 [Corten, « Déformalisation »]. Certains des exemples repris ci-dessous sont développés dans cet article.

¹⁴ *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c Afrique du Sud; Libéria c Afrique du Sud)*, « Requête introductive d'instance du gouvernement du Libéria » [1966] CIJ rec 26; *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c Afrique du Sud; Libéria c Afrique du Sud)*, « Requête introductive d'instance du gouvernement d'Éthiopie » [1966] CIJ rec 5.

¹⁵ Dans ses arrêts du 21 décembre 1962, la Cour avait affirmé qu'elle avait compétence pour connaître du différend, lequel portait sur un traité (en l'occurrence de Mandat) encore en vigueur (*Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, [1962] CIJ rec 319 à la p 347). En 1966, elle rejette en revanche les demandes comme irrecevables (*Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt*, [1966] CIJ rec 6 aux paras 51, 76, 100).

¹⁶ *Ibid* au para 17.

¹⁷ *Ibid* au para 48.

¹⁸ *Ibid* au para 24.

¹⁹ *Ibid* au para 49.

En d'autres termes, à l'instar du capitaine Picard et du représentant des Sheliaks, la Cour s'en tient à une approche positiviste formaliste dans laquelle la seule solution valide est celle qui découlerait d'une mise en œuvre objective du droit existant²⁰.

Si la Cour a été ensuite fortement critiquée par une partie de la doctrine²¹ et des États²², il serait excessif de prétendre qu'elle n'a plus reproduit ensuite semblable schéma de pensée. En 2006, soit quarante ans plus tard, elle a ainsi refusé de se déclarer compétente pour juger de la requête déposée par la République démocratique du Congo (R.D.C.) contre le Rwanda, requête qui visait des violations extrêmement graves du droit international, essentiellement des actes d'agression et de violations massives des droits de la personne²³. Comme la R.D.C. ne pouvait s'appuyer ni sur une déclaration rwandaise d'acceptation de la juridiction de la Cour ni sur une clause compromissoire d'un traité auquel était partie le Rwanda et à laquelle il n'avait pas émis de réserve²⁴, la Cour présente sa décision comme le seul choix possible, reproduisant ainsi une fois de plus le scénario mis en scène dans *Star Trek*. Ainsi, elle estime :

nécessaire de rappeler que le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* ou des règles impératives du droit international général (*jus cogens*) seraient en cause dans un différend ne saurait constituer en soi une exception au principe selon lequel sa compétence repose toujours sur le consentement des parties [...puis] tient à souligner une nouvelle fois que cette décision s'inscrit strictement dans le cadre de l'examen de la question préliminaire de savoir si elle a ou non compétence pour connaître de la

²⁰ Corten, « Déformalisation », *supra* note 13 aux pp 82-83.

²¹ Georges Fischer, « Les réactions devant l'arrêt de la Cour internationale de justice concernant le *Sud-Ouest africain* » (1966) 12 AFDI 144 aux pp 144-154; Richard A. Falk, « The South West Africa Cases: An Appraisal » (1967) International Organization 1; Louis Favoreu, « La Cour internationale de justice – affaires du Sud-Ouest africain » (1966) 12 AFDI 123; Michla Pomerance, « Case analysis : The ICJ and South West Africa (Namibia): A Retrospective Legal/Political Assessment » (1999) Leiden J Int'l L 425.

²² Voir par exemple les interventions à la 21^e session de l'Assemblée Générale des Nations Unies des délégués de la R.A.U. et du Ceylan (Doc off AG NU 21^e sess, 1419^e séance plén, A/PV.1419 (1966)); du Nigéria, de la Côte d'Ivoire, de l'Algérie, ainsi que la déception exprimée par la Norvège (Doc off AG NU 21^e sess, 1429^e session plén, A/PV.1429 (1966)); du Pakistan (Doc off AG NU 21^e sess, 1414^e session plén, A/PV.1414 (1966)); des Philippines et de l'Inde (Doc off AG NU 21^e sess, 1417^e session plén, A/PV.1417(1966)); de la Birmanie (Doc off AG NU 21^e sess, 1427^e séance plén, A/PV.1427 (1966)), de la Tunisie (Doc off AG NU 21^e sess, 1431^e séance plén, A/PV.1431 (1966)), de l'U.R.S.S. (Doc off AG NU 21^e sess, 1425^e séance plén, A/PV.1425 (1966)), la Suède (Doc off AG NU 21^e sess, 1451^e séance plén, A/PV.1451 (1966)), du Mali et le Canada (Doc off AG NU 21^e sess, 1433^e séance plén, A/PV.1433 (1966)).

²³ *République démocratique du Congo c Rwanda*, « Requête introductive d'instance de la République démocratique du Congo » (28 mai 2002), CIJ Mémoires.

²⁴ Dans un premier temps, la R.D.C. avait déposé une requête (*République démocratique du Congo c Rwanda*, « Requête introductive d'instance » (23 juin 1999), CIJ Mémoires 2) en espérant que le Rwanda accepte la compétence de la Cour *in casu*, ce que cet État avait refusé de faire (voir *Democratic Republic of the Congo v The Republic of Rwanda*, « Memorial of the Republic of Rwanda » (21 avril 2000) CIJ Mémoires 1 aux pp 5-24). La R.D.C. avait alors décidé de se désister de l'instance (*République démocratique du Congo c Rwanda*, « Ordonnance du 30 janvier 2001 », [2001] CIJ Mémoires 1 avant de déposer la nouvelle requête déjà mentionnée.

requête [pour finir par rappeler la] « distinction fondamentale entre la question de l'acceptation de la juridiction de la Cour par les États et la conformité de leurs actes au droit international²⁵. [Nos italiques.]

Plus récemment, en 2012, la Cour reprend le même type de distinction lors de l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*. En l'espèce, l'Italie estime que les immunités ne peuvent pas être invoquées lorsque sont en cause de graves violations du droit international. La Cour écarte l'argument, largement inspiré par des considérations morales (la gravité des crimes et la nécessité de les réprimer), au nom de la rigueur de la logique :

[L]a Cour se doit toutefois d'observer d'emblée que l'idée de subordonner, dans une certaine mesure, le droit à l'immunité à la gravité de l'acte illicite en cause pose un problème de logique. L'immunité de juridiction permet d'échapper non seulement à un jugement défavorable mais aussi au procès lui-même. Elle revêt donc nécessairement un caractère préliminaire. C'est par conséquent avant de pouvoir examiner le fond de l'affaire portée devant lui et avant que les faits aient été établis que le tribunal national saisi doit déterminer si, au regard du droit international, un État peut ou non prétendre à l'immunité. Si l'immunité devait être fonction du point de savoir si l'État a véritablement commis une violation grave du droit international des droits de l'homme ou du droit des conflits armés, le tribunal interne saisi devrait se livrer à un examen au fond pour déterminer s'il a compétence. Si, en revanche, il suffisait d'accuser l'État d'avoir commis des actes illicites de cet ordre pour le priver de son droit à l'immunité, une présentation habile de la réclamation pourrait à elle seule avoir pour effet de faire échec à l'immunité²⁶.

Plus loin, la Cour rejette, dans une même perspective, l'argument selon lequel le caractère impératif des règles violées devrait avoir pour conséquence d'écarter la règle de l'immunité. En effet, le raisonnement repose sur la prémisse qu'il existerait un conflit entre deux règles ; celle qui interdit de commettre des crimes de guerre ou contre l'humanité, d'une part, et celle qui reconnaît une immunité aux États, d'autre part. Or :

de l'avis de la Cour, pareil conflit n'existe pas. A supposer, aux fins du présent examen, que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de *ius cogens*, ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'État. Ces deux catégories de règles se rapportent en effet à des questions différentes. Celles qui régissent l'immunité de l'État sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un État sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite²⁷.

²⁵ *République démocratique du Congo c Rwanda*, [2006] CIJ rec 6 à la p 50 aux paras 125-126.

²⁶ *République démocratique du Congo c Rwanda*, « Déclaration à la presse du président Shi Jiuyong » (3 février 2006) [2006] 1.

²⁷ *Ibid* au para 93.

Ici également, une logique formaliste aboutit à l'exclusion d'arguments largement fondés sur une interprétation humanitaire, finalement assez similaire à celle qui était défendue par l'Éthiopie et le Libéria devant la Cour en 1966²⁸. On reste incontestablement dans un schéma positiviste, dans lequel la rigueur de la technique ne peut plier devant la prise en compte de valeurs, aussi désirables soient-elles.

On pourrait certes rétorquer que, dans d'autres affaires, la Cour aurait suivi un raisonnement moins hermétique aux considérations morales ou politiques. Tout est évidemment question d'appréciation de la jurisprudence existante, et on ne saurait prétendre à son univocité ou à son uniformité sur une période aussi longue, lors de laquelle se sont succédé autant de juges (même si ces derniers partagent pour la plupart une certaine culture juridique commune)²⁹. Il reste que, pour autant que l'on sache, la Cour n'a jamais expressément assumé s'écarter de la rigueur des formes juridiques existantes³⁰. Une différence doit ici être opérée entre la décision de la Cour, qui dans chaque cas particulier s'inspire ou se fonde sur des valeurs diverses, et sa motivation, qui reste très emprunte de formalisme. Prenons par exemple *L'affaire du différend frontalier (Burkina Faso c Mali)*, dans laquelle la Cour procède à une mise en œuvre de l'*uti possidetis juris*. Ce principe consiste précisément à écarter les arguments territoriaux basés sur les considérations historiques, géographiques, politiques ou morales, et ce au nom de l'existence d'un titre juridique, aussi arbitraire soit-il. Mais cela ne règle pas toujours la question, puisqu'il reste à appliquer un tel titre sur le terrain, ce qui n'est pas toujours sans susciter certaines difficultés. En l'espèce, la Cour ne parvient pas à déterminer où passe la ligne frontière lors d'une portion particulière, celle de la « mare de Soum ». Elle est alors amenée à appliquer l'équité à la séparer en deux parts égales : « en l'absence d'indications précises dans les textes quant à l'emplacement de la ligne frontière celle-ci doit diviser la mare de Soum en deux, de façon équitable »³¹. Pour autant, la Cour nie farouchement toute émancipation par rapport au droit positif :

[i]l est clair que la Chambre ne peut, en la présente affaire, statuer *ex aequo* et *bono*. N'ayant pas reçu des Parties la mission de procéder à un ajustement de leurs intérêts respectifs, elle doit également écarter en l'espèce tout recours à l'équité *contra legem*. La Chambre n'appliquera pas non plus l'équité *praeter legem*. En revanche elle prendra en considération l'équité telle qu'elle s'exprime dans son aspect *infra legem*, c'est-à-dire cette forme d'équité qui constitue une méthode d'interprétation du droit et en est l'une des qualités. En effet comme la Cour l'a dit : « Il ne s'agit pas simplement d'arriver à une solution équitable, mais d'arriver à une solution équitable qui repose sur le droit applicable ». (*Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c Islande)*, « Ordonnance du 25 juillet 1974 », [1974] CIJ rec 93 à la p

²⁸ Voir par exemple Corten, « Déformalisation » *supra* note 13 aux pp 84-93.

²⁹ *Ibid* aux pp 96-97.

³⁰ Voir déjà l'abondante jurisprudence commentée dans notre thèse, Olivier Corten, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international : Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997 [Corten, *Raisonnable*].

³¹ *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c République du Mali)*, Arrêt du 22 décembre 1986, [1986] CIJ rec au para 150 [*Burkina Faso c République du Mali*].

33 au para 78, p 202 au para 69) La manière dont la Chambre envisage la prise en considération concrète de cette équité en l'affaire ressortira de l'application qu'elle fera, tout au long du présent arrêt, des principes et règles qu'elle aura jugés applicables³².

Plus loin, la Cour enfonce le clou :

rien n'autorise un recours à la notion d'équité pour modifier une frontière établie. Dans le contexte africain en particulier, on ne saurait invoquer les insuffisances manifestes, du point de vue ethnique, géographique ou administratif, de maintes frontières héritées de la colonisation pour affirmer que leur modification s'impose ou se justifie par des considérations d'équité. Ces frontières, aussi peu satisfaisantes soient-elles, jouissent de l'autorité de l'*uti possidetis* et sont à ce titre entièrement conformes au droit international contemporain³³.

Ici également, la Cour prétend que le droit positif s'impose par sa rigueur logique, « aussi peu satisfaisant » soit-il sur un plan moral ou politique. En même temps, dans la partie de son arrêt consacrée à la « mare de Soum », la Cour a bien dû admettre que le droit positif ne lui permettait pas d'arriver à une solution évidente et définitive, pour utiliser un euphémisme. Ce décalage entre un discours positiviste et une réalité qui s'en émancipe largement pose question. En fait, on trouve ici un écho des critiques qui, sur le plan doctrinal, ont depuis longtemps mis à mal les prescrits du positivisme juridique orthodoxe.

II. Le positivisme juridique comme guide à la décision : une remise en cause doctrinale quasi unanime

Si l'extrait de Star Trek reproduit plus haut permet d'illustrer l'importance du positivisme juridique, il peut en même temps être utilisé pour en pointer les limites. Ce que montre la scène, en définitive, c'est en effet qu'aucune interprétation juridique n'est « incontournable » (« *compelling* »), pour reprendre le terme utilisé par le représentant des Sheliaks. On aurait certes pu le penser à première vue, puisque le texte du traité pertinent reprend un critère mathématique, en fixant à trois jours le délai d'évacuation des colons. Mais le capitaine Picard, en bon juriste, sait qu'aucune disposition juridique ne fonctionne dans le vide, dans une sorte d'apesanteur normative. Chaque disposition, chaque règle, ne peut être comprise que dans le cadre d'un ensemble plus large qui peut parfaitement tempérer, voire annihiler, la rigueur apparente d'un sens littéral. En l'occurrence, les règles relatives au règlement arbitral du différend permettent de recourir à un tiers ce qui, en pratique, aboutira à étendre le délai de plusieurs semaines, voire plusieurs mois. En d'autres termes, au sens ordinaire d'un texte peut être associé, voire opposé, celui d'un autre texte. C'est ce que prescrit d'ailleurs l'article 31 de la *Convention de Vienne de 1969* sur le droit des traités qui, loin de réduire l'interprétation à une prise d'acte d'un sens littéral, prescrit

³² *Ibid* au para 28.

³³ *Ibid* au para 149.

la prise en compte du « contexte » (c'est-à-dire l'ensemble du texte du ou des instrument(s) pertinent(s)) ainsi d'ailleurs que de l' « objet et [du] but » de la règle³⁴. Cette dimension téléologique apparaît également dans la scène. Dans un premier temps, c'est le capitaine Picard qui s'y réfère, en soulignant que le traité a été élaboré pour « améliorer les relations entre les deux races ». Mais le représentant Sheliak rejette l'argument en se cantonnant au critère textuel de trois jours. Dans un second temps, c'est le capitaine Picard qui invoque un argument littéral, qui lui permet formellement de nommer comme arbitre les Gresillas, qui s'avèrent être en hibernation pour une période de six mois. Mais cet argument textuel n'est utilisé que pour faire accepter le compromis de trois semaines, ce que le Sheliak accepte finalement. Le capitaine Picard se refuse ainsi à mettre en œuvre effectivement un droit qui serait déduit d'un sens littéral mais qui, en ce qu'il transformerait de fait un délai initial de trois jours en un délai de plusieurs mois, aboutirait à un résultat « manifestement déraisonnable ou absurde » (article 32 de la *Convention de Vienne*)³⁵. Ainsi, la solution finalement retenue consacre moins la lettre que l'esprit du traité, puisqu'il assouplit le critère mathématiquement retenu à l'origine en le tempérant de manière à prendre en compte les intérêts respectifs des deux parties. Dans cette perspective, on aurait évidemment pu imaginer un autre délai encore, qui aurait pu s'étendre à une, deux ou plutôt quatre semaines. Bref, en dépit des ambitions portées par une conception orthodoxe du positivisme juridique, aucune solution univoque ne s'impose objectivement ou rationnellement. Tout dépend plutôt d'une interprétation finalement assez libre, dont le résultat dépendra à la fois de l'imagination des protagonistes et du contexte social et politique dans le cadre duquel ils agissent et débattent³⁶.

Cette insistance sur la relativité de l'interprétation juridique a, depuis longtemps, été admise en doctrine. Comme indiqué en introduction, Hans Kelsen lui-même a insisté sur le pouvoir créateur de l'interprète, en estimant, à l'instar d'autres illustres auteurs comme Herbert Hart³⁷, qu'il existait toujours non pas une seule mais un certain nombre de décisions juridiquement valides³⁸. Mais le « tournant linguistique » est allé plus loin, en se refusant à limiter, même à un certain nombre, les interprétations (juridiquement) correctes. Dans une perspective structuraliste, on

³⁴ Olivier Corten, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009 aux pp 226-27, 234-38 [Corten, *Méthodologie*].

³⁵ *Ibid* aux pp 242-44.

³⁶ Olivier Corten, « Les techniques reproduites aux articles 31 à 33 des Conventions de Vienne : approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprétation ? » 2 (2011) RGDIP aux pp 351-66.

³⁷ Herbert Hart, *Le concept de droit*, traduit par M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976 aux pp 155-68.

³⁸ Kelsen, *supra* note 7 aux pp 335-38. Kelsen estime que la règle de droit positif fournit un « cadre à l'intérieur duquel il y a plusieurs possibilités d'interprétation », et que « tout acte qui se tient dans ce cadre, qui remplit le cadre en est un sens possible quelconque, est régulier ». Il se détache donc de la doctrine orthodoxe de l'exégèse (voir notamment Robert Kolb, *Interprétation et création du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006 aux pp 16-18), selon laquelle il n'existerait qu'une et une seule interprétation possible, sans pour autant que l'on puisse évoquer une émancipation complète, dans la mesure où il existerait un « cadre », ce qui implique bien que certaines interprétations ne peuvent être considérées comme « régulières » car elles seraient essentiellement contraires au texte et à l'intention du législateur.

peut dans le domaine du droit international évoquer les travaux de David Kennedy³⁹ et Martti Koskeniemi⁴⁰. Ce dernier estime par exemple que les principes et règles de droit international fonctionnent souvent plus par opposition que dans une relation de cohérence, comme en témoignent par exemple les couples « droit des peuples à disposer d'eux-mêmes » / « intégrité territoriale », « droits de l'homme » / « souveraineté » ou encore « non-intervention » / « pouvoirs du Conseil de sécurité »⁴¹. Pour toutes ces questions particulièrement fondamentales du droit international, l'interprète sera donc amené à dégager une solution originale et créatrice prenant en compte l'ensemble des règles et précédents de manière à les confronter à des éléments de fait par définition inédits⁴². En suivant une approche davantage inspirée des travaux de Chaïm Perelman⁴³, Jean Salmon a quant à lui mis l'accent sur la place de l'argumentation, à la fois sur le plan du langage mais aussi des rapports de force qui détermineront toujours, en dernière instance, l'interprétation qui prévaudra à un moment historique donné⁴⁴. On rejoint ici une approche critique d'inspiration marxiste, souvent rattachée à ce qu'on a appelé l'« école de Reims » : une règle de droit résulte toujours de contradictions « primitives » (c'est-à-dire antérieures à sa création), contradictions qui ne disparaîtront pas mais se transformeront en contradictions « consécutives » (c'est-à-dire postérieures à la création de la règle), lesquelles porteront donc sur l'interprétation des termes juridiques pertinents⁴⁵. Ceux-ci ne dictent donc jamais une et une seule interprétation correcte, et encore moins objective. Leur signification résultera moins d'un raisonnement rationnel de type abstrait et déductif que d'une confrontation de points de vue dont l'issue dépendra moins de la valeur intrinsèque de l'argument juridique que des rapports de force qui encadrent et déterminent le débat.

Au-delà de ces grilles de lecture doctrinales bien connues, on peut revenir sur le cas de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice pour illustrer le propos. Dans chacun des précédents cités plus haut, des affaires du *Sud-Ouest africain* à celle des Immunités en passant par celle du *Différend frontalier*, on pourrait évidemment se livrer au jeu de l'interprétation juridique alternative. Il suffirait, dans bien des cas, de reprendre le raisonnement d'une opinion dissidente ou de la partie dont la position n'a finalement pas été retenue. Que l'on soit ou non convaincu par l'interprétation de la Cour, il sera facile de constater que cette interprétation n'était pas la seule juridiquement envisageable, autrement dit qu'elle résulte d'un choix qui a dû être

³⁹ Voir notamment David Kennedy, *International Legal Structures*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, ainsi que David Kennedy, *Nouvelles approches du droit international*, Paris, Pedone, 2009.

⁴⁰ Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

⁴¹ Voir notamment *ibid* aux pp 224 et s.

⁴² *Ibid* aux pp 333-45.

⁴³ Voir notamment Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, éd révisée, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2008.

⁴⁴ Jean Salmon, *Droit international et argumentation*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

⁴⁵ Charles Chaumont, *Cours général de droit international public*, Recueil de cours, L'Académie de droit international de La Haye, 1970 aux pp 333-528, ainsi que les Actes des Rencontres de Reims, 1973-1989: <<http://www.univ-reims.fr/site/editions-et-presses-universitaires-de-reims/catalogue/themes/recontres-de-reims.15443.html>>.

opéré à partir des divers raisonnements juridiques envisageables, le tout dans un contexte politique dont il ne peut jamais être fait entièrement abstraction.

L'avis sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* constitue une excellente illustration de ce mécanisme. En l'espèce, la Cour était confrontée à une situation bien particulière : les autorités d'un territoire administré par les Nations Unies avaient déclaré unilatéralement l'indépendance de l'entité en agissant manifestement au-delà des compétences attribuées de manière limitative dans la résolution du Conseil de sécurité établissant l'administration (la résolution 1244 (1999) du 10 juin 1999) ainsi que dans le droit dérivé élaboré ensuite sous l'égide du Secrétaire général des Nations Unies⁴⁶. C'est donc sans doute avec une grande confiance que les autorités serbes avaient réussi à ce que la question de la conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance soit soumise à la Cour⁴⁷. Comme on le sait, cette confiance s'est révélée présomptueuse, la Cour ayant été d'avis que la déclaration n'était pas contraire au droit international⁴⁸. Certes, la Cour semble admettre que les autorités dont les pouvoirs avaient été institués par l'ONU n'avaient pas la compétence de déclarer unilatéralement l'indépendance du Kosovo⁴⁹, en l'absence de tout élément en ce sens dans les textes pertinents, lesquels prescrivaient au contraire la négociation pour l'établissement du statut juridique final du territoire⁵⁰. Cependant, selon la Cour, la déclaration d'indépendance a été le fait non de l'Assemblée du Kosovo mais de ses membres, agissant individuellement ou en tout cas de manière distincte de l'Assemblée, comme représentants directs du peuple du Kosovo⁵¹. Cette décision a été fermement critiquée, à la fois par certains juges⁵² et par la doctrine⁵³. En fait, la déclaration a été opérée par et au sein de l'Assemblée, lors d'une réunion officielle convoquée et conduite par son président. Personne n'a d'ailleurs remis en cause cet élément jusqu'aux argumentations qui ont été présentées devant la Cour,

⁴⁶ Olivier Corten, « Déclarations unilatérales d'indépendance et reconnaissances prématurées : du Kosovo à l'Ossétie du sud et à l'Abkhazie » (2008) RGDIP aux pp 721-59.

⁴⁷ *Demande d'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la question de savoir si la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo*, Rés AG 3, Doc off AG NU, 63^e sess, Doc NU A/Res/63/3 (2008) (est conforme au droit international).

⁴⁸ *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif du 22 juillet 2010 [2010] CIJ rec au para 122 [*Conformité*].

⁴⁹ *Ibid* au para 105.

⁵⁰ Outre la *Résolution 1244*, Doc off CS NU, Doc NU S/RES/1244 (1999) elle-même, voir notamment Conseil de sécurité, *Rapport du Secrétaire général sur la Mission de l'Administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo*, Doc off CS NU, 1999, DOC NU S/1999/779, (1999) à la p 5, au para 18 et *Déclaration du Président du Conseil de sécurité*, Doc off CS NU, 2004, Doc NU S/PRST/2004/5 (2004).

⁵¹ *Conformité*, *supra* note 48 aux paras 102-09.

⁵² Voir notamment les opinions dissidentes des juges Bennouna, Koroma et Skotnikov, *ibid*.

⁵³ Voir notamment Ralph Wide, « Self-Determination, Secession, and Dispute Settlement after the Kosovo Advisory Opinion » (2011) 24 *Leiden J Int'l L* 49 aux pp 149-154 [Wide]; Marcelo Kohen et Katherine Del Mar, « The Kosovo Advisory Opinion and UNSCR 1244 (1999): A Declaration of 'Independence from International Law?' » (2011) *Leiden J Int'l L* 109 aux pp 114-123; Olivier Corten, « Le droit de la responsabilité internationale dans l'avis du 22 juillet 2010 : beaucoup de questions, peu de réponses » dans Rahim Khera, dir, *Les déclarations unilatérales d'indépendance*, Paris, Pedone, 2012 213 [Corten, « Responsabilité »].

certains (notamment les représentants du Kosovo) proposant soudain la vision originale du dédoublement fonctionnel, qui permettait de contourner l'excès de pouvoir de l'Assemblée en imputant son comportement à ses membres⁵⁴. Dans ce contexte, il est difficile de contester que la Cour ait fait un choix entre plusieurs interprétations possibles, dont aucune ne s'imposait objectivement et rationnellement, et certainement pas sans doute celle qui a finalement été retenue.

Et il est difficile également de ne pas penser que le contexte politique dans lequel la Cour a été amenée à se prononcer n'ait pas joué dans un tel choix. Au moment où l'avis a été rendu, seule une petite moitié des États membres de l'ONU avaient reconnu le Kosovo comme État, et donc indirectement estimé que la déclaration d'indépendance n'était pas contraire au droit international, l'autre moitié n'ayant pas souhaité procéder à une reconnaissance, craignant pour la plupart de donner des arguments aux entités sécessionnistes actives ailleurs sur le continent et dans le monde⁵⁵. La Cour était donc confrontée à une contradiction de positions entre États et, en dépit du souhait de ceux qui lui avaient soumis la demande d'avis, elle a choisi de laisser subsister ces contradictions. Tel qu'il est rédigé, l'avis finalement rendu ne permet pas d'établir que la déclaration d'indépendance est contraire au droit international, mais il ne donne pas non plus d'argument à ceux qui voudraient prétendre qu'elle y est conforme. La Cour se garde bien, en effet, de trancher la question controversée de l'existence, en l'espèce, d'une forme exceptionnelle de droit à l'autodétermination, applicable en cas de grave répression d'une minorité⁵⁶. Elle ne fonde donc pas la déclaration d'indépendance sur un droit, tout en refusant de la déclarer contraire aux règles spéciales applicables aux organes du territoire sous

⁵⁴ Voir les observations écrites de l'Autriche dans *Demande d'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la question de savoir si la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo*, « Exposé écrit du gouvernement de l'Autriche » (16 avril 2009) CIJ Mémoires; de l'Estonie dans « Demande d'Avis consultatif au titre de la résolution 63/3 de l'Assemblée générale des Nations Unies » (avril 2009); de l'Allemagne dans « Note verbale n°54 en date du 15 avril 2009 adressée à la Cour internationale de Justice par l'ambassade de la République fédérale d'Allemagne » (15 avril 2009) CIJ mémoires 2; du Luxembourg dans *Conformité du droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo*, Requête pour avis consultatif, [2009] CIJ rec 2 30 au para 13; du Royaume-Uni dans « Lettre en date du 17 avril adressée au greffier par le conseiller juridique du ministère des affaires étrangères et du Commonwealth » (17 avril 2009) aux pp 23, 71, ainsi que des auteurs de la déclaration dans *Conformité du droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo*, « Contribution écrite additionnelle de la république du Kosovo », Requête pour avis consultatif [2009] CIJ rec 2 aux pp 110 et s). Ce point de vue n'était pas partagé par tous les États, y compris ceux soutenant la position du Kosovo. Au contraire, pour la France, la déclaration d'indépendance était bien le fait de l'Assemblée du Kosovo dans *Conformité du droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo*, « Observations écrites de la République française », Requête pour avis consultatif [2009] CIJ rec 1 para 2.64.

⁵⁵ Voir l'analyse de nombreuses déclarations dans Olivier Corten et Anne Lagerwall « La doctrine de la 'sécession-remède' à l'épreuve de la pratique récente » dans *L'homme dans la société internationale. Mélanges offerts à Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013 aux pp 187-205.

⁵⁶ Wide, *supra* note 53 aux pp 149-54; Corten, « Responsabilité », *supra* note 53 aux pp 213-33.

administration internationale⁵⁷. Chaque État est donc libre d'interpréter l'avis selon ses propres choix politiques, et c'est ce qui s'est produit dans la pratique puisque, à l'heure où ces lignes sont écrites, la division quant au statut du Kosovo (toujours théoriquement sous administration internationale de l'ONU, tout en étant reconnu comme État par plus de 120 membres des Nations Unies) persiste⁵⁸. En même temps, on cherchera en vain dans l'avis de la Cour la prise en compte de considérations d'opportunité politique. A lire la motivation juridique reprise dans le Recueil, il ne s'agirait que d'une application rigoureuse et implacable du droit existant⁵⁹.

Ici encore, le décalage est manifeste entre une motivation formellement positiviste et une décision qui a indéniablement résulté de la prise en compte de multiples facteurs, y compris extra-juridiques. On revient au paradoxe du positivisme juridique orthodoxe, que l'on retrouve reflété dans les textes pertinents mais qui est impuissant à expliquer comment ces textes sont élaborés. En d'autres termes encore, tout indique que cette doctrine est utile en tant que discours élaboré *a posteriori* pour convaincre de la validité formelle d'une décision, mais non comme cadre de référence permettant d'opter pour celle-ci. Mais, si l'on admet ce paradoxe, comment expliquer sa persistance ? Ne pourrait-on pas concevoir que la Cour internationale de Justice s'écarte d'un discours positiviste classique pour reconnaître la place des éléments moraux et politiques qu'elle doit immanquablement prendre en compte ? Le même questionnement peut d'ailleurs être étendu à d'autres juridictions internationales. La Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, est généralement décrite comme particulièrement libre et novatrice dans sa jurisprudence alors que, en même temps, cette dernière se présente toujours comme une interprétation objective de la convention : la séparation formelle entre le fait, le droit et les conclusions qu'on y retrouve systématiquement illustre de manière emblématique la force persistante du modèle du « syllogisme judiciaire »⁶⁰. Pourquoi, donc, cette Cour n'assume-telle pas son inévitable émancipation par rapport aux prescrits du positivisme juridique

⁵⁷ Théodore Christakis, « The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International Law Something to Say about Secession » (2011) 24 *Leiden J Int'l L* aux pp 74-80; Anne Peters, « Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom? » (2011) 24 *Leiden J Int'l L* aux pp 95-108.

⁵⁸ http://en.wikipedia.org/wiki/International_recognition_of_Kosovo; Voir John Dugard, *The Secession of States and Their Recognition in the Wake of Kosovo*, La Haye, Pocketbooks of the Academy of International Law, 2013.

⁵⁹ Selon les termes de la Cour, elle « ne saurait refuser de répondre aux éléments juridiques d'une question qui, quels qu'en soient les aspects politiques, l'invite à s'acquitter d'une tâche essentiellement judiciaire, à savoir, en la présente espèce, l'appréciation d'un acte au regard du droit international. La Cour a également précisé que, pour trancher le point - qui touche à sa compétence - de savoir si la question qui lui est posée est d'ordre juridique, elle ne doit tenir compte ni de la nature politique des motifs qui pourraient avoir inspiré la demande, ni des conséquences politiques que pourrait avoir son avis (*Conditions de l'admission de l'État comme Membre des Nations Unies* (article 4 de la *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n°7 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945) [*Charte des Nations Unies*].)), « Avis consultatif du 28 mai 1948, [1948] CIJ rec 8 à la p 61, et *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, « Avis consultatif du 8 juillet 1996 », [1996] CIJ Mémoires (vol 1) au para 13) ». Voir *Conformité, supra* note 48 au para 27). » Cour internationale de justice, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo : Résumé de l'avis consultatif*, résumé 2010/2, 22 juillet 2010, en ligne : <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16011.pdf>>.

⁶⁰ Corten, « Raisonnable », *supra* note 30 aux pp 547-04.

classique, en reconnaissant —et dès lors en justifiant— ses choix politiques ou éthiques ? De telles questions, qui se posent d'ailleurs aussi à l'intérieur de moult droits nationaux, renvoient à une prise en compte plus large du positivisme juridique, et spécialement de ses liens avec une philosophie politique et juridique particulière qui seront abordés dans la troisième partie de notre raisonnement.

III. Le positivisme comme expression d'une philosophie politique et juridique moderne

Le capitaine Jean-Luc Picard est un homme qui, au XXIV^e siècle, a une morphologie apparemment identique à celle de l'humain du XXI^e siècle. Il parle par ailleurs un anglais qui ne semble guère avoir connu d'évolution notable par rapport à celui que l'on connaît aujourd'hui. Par contre, le Sheliak est un être qui n'a rien d'humain ni même d'humanoïde. Il s'agit d'une sorte de pieuvre avec des tentacules d'apparence métallique et un bec. On ne connaît pas sa langue, puisque la communication s'opère par l'intermédiaire de machines qui traduisent les propos de cet étrange interlocuteur. Dans l'ensemble, on est donc en présence de deux parties que tout semble opposer, qui ne partagent manifestement que peu de valeurs, et qui n'ont pas de culture ni de langage commun. A une exception près, si on en croit l'extrait relaté plus haut : c'est en effet grâce au discours juridique que la communication s'établit et même, finalement, que le différend est réglé. C'est que ce droit doit permettre la coexistence entre acteurs qui poursuivent des objectifs différents, et qui ont chacun leur propre conception du bien. Dans *Star Trek*, tout le droit interstellaire, qui régit les relations entre la Fédération des planètes unies et les races extra-terrestres non membres de la fédération, est ainsi fondé sur une « directive primaire »⁶¹. Cette dernière interdit l'immixtion dans les affaires internes des autres civilisations. Seul un principe de non-intervention permet donc d'établir une coexistence pacifique, spécialement entre sujets qui ne partagent pas les mêmes valeurs. La représentation du droit véhiculée dans *Star Trek* fait d'ailleurs écho à d'autres productions de science-fiction. Dans *Le Jour où la terre s'arrêta* (1951), Klaatu, un extraterrestre, débarque sur la planète terre pour l'avertir des dangers qu'elle fait courir aux autres planètes en raison de la course aux armements nucléaires. A un haut dignitaire étatsunien qui lui rétorque que tout cela est dû aux forces communistes malfaisantes, il réplique : « les affaires internes de la Terre ne m'intéressent pas. Ma mission n'est pas de résoudre vos petites querelles ... La façon dont vous dirigez votre planète ne nous regarde pas. Mais si vous menacez d'étendre votre violence, votre Terre sera réduite à un tas de cendres ». Là encore, le système juridique qui serait le seul à même de permettre une cohabitation harmonieuse entre sociétés différentes serait fondé sur la non-ingérence et sur le respect de la

⁶¹ Au sujet de la Directive primaire, voir Richard J. Peltz, « On a Wagon Train to Afghanistan: Limitations on *Star Trek's* Prime Directive » (2003) 25 U Ark Little Rock L Rev 635 aux pp 635-664; Thomas C. Wingfield, « Lillich on Interstellar Law : U.S. Naval Regulations, *Star Trek*, and the Use of Force in Space » (2001) 46 SDL Rev 72 aux pp 95-96.

souveraineté de chacun⁶². La paix, et non tel ou régime politique particulier, constitue la valeur fondamentale.

Cette métaphore filmographique n'est pas sans intérêt pour comprendre le succès et l'actualité persistante du positivisme juridique. Ce dernier repose en effet sur deux piliers, l'un épistémologique, l'autre philosophique. Le premier, déjà explicité plus haut, renvoie à l'idée désormais largement désuète d'une science (juridique) qui pourrait fonctionner à l'exclusion de tout jugement de valeurs ou de prise en compte du contexte historique et politique. Le second, quoique discuté lui aussi, est loin d'avoir perdu toute pertinence : il se fonde sur le concept de souveraineté, selon lequel la seule manière d'éviter les « guerres de religion » (une expression à prendre au sens large) est de s'en remettre à l'obéissance du droit positif, c'est-à-dire édicté par l'autorité reconnue à la fois comme compétente et comme légitime⁶³. Mais, spécialement en droit international, ce droit, précisément dans la mesure où il s'adresse à des sociétés et systèmes de valeurs différents, doit se fonder essentiellement sur la coexistence pacifique. Il s'agit, pour reprendre le concept bien expliqué par Emmanuelle Tourme-Jouannet, d'un droit « libéral », qui renonce à vouloir imposer à ses sujets telle ou telle conception du bien, seule manière de garantir la paix et la sécurité en évitant les croisades ou entreprises impérialistes caractéristiques des époques où prévalait sans partage la notion de « droit naturel »⁶⁴. À côté de ce pôle libéral, Emmanuelle Tourme-Jouannet distingue un pôle « providence », lorsque le droit va plus loin en tentant de généraliser des valeurs éthiques ou politiques⁶⁵. Au XIX^e et au début du XX^e siècle, le « droit libéral » s'appliquait plutôt entre les (grandes) puissances occidentales, alors que le « droit providence » fondait la conquête et la colonisation des contrées « barbares » ou « non civilisées »⁶⁶. Après la deuxième guerre mondiale, le schéma a tendance à s'inverser : le « droit libéral » prévaut dans les relations entre sociétés politiquement et culturellement très différentes (avec, pendant toute la guerre froide, la logique des deux blocs ou des trois mondes), alors que le « droit providence » tend plutôt à se développer au sein de systèmes régionaux regroupant des États aux régimes politiques similaires. Depuis la fin de la guerre froide, le pôle « providentiel » a tendance à se (re)traduire par certaines velléités interventionnistes, comme la notion de « droit d'ingérence humanitaire » ou « démocratique » l'illustre assez bien⁶⁷. Cependant, la plupart des États remettent en cause une telle tendance en appelant à la nécessité de

⁶² Barbara Delcourt, « Le Jour où la terre s'arrêta : la souveraineté est-elle un concept intergalactique? » (2014), en ligne : Centre de droit international : Université libre de Bruxelles, <<http://cdi.ulb.ac.be/le-jour-ou-la-terre-sarreta-robert-wise-1951-la-souverainete-est-elle-un-concept-intergalactique-une-analyse-de-barbara-delcourt/>>.

⁶³ Voir par ex Gérard Maitre, *Le principe de souveraineté : Histoire et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, 1997 à la p 105.

⁶⁴ Emmanuelle Tourme-Jouannet, *Le droit international libéral-providence : Une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2011 aux pp 33 et s [Tourme-Jouannet, « Libéral-providence »]; Voir aussi Emmanuelle Tourme-Jouannet, *Le droit international*, Paris, Presses universitaires de France, 2013 aux pp 7 et s [Tourme-Jouannet, « Droit »].

⁶⁵ Tourme-Jouannet, « Libéral-providence », *supra* note 64 aux pp 66 et s.

⁶⁶ *Ibid*; « Droit », *supra* note 64 aux pp 21 et s.

⁶⁷ Olivier Corten, « Droit, force et légitimité dans une société internationale en mutation » dans Corten, « Discours » *supra* note 11 aux pp 71-104.

s'en tenir à une conception libérale du droit international⁶⁸.

C'est dans ce contexte que l'on peut comprendre la persistante référence à un raisonnement juridique positiviste, qui est supposé le seul apte à garantir la paix et la sécurité. *A contrario*, l'appel à des valeurs morales ou à des considérations politiques est discrédité comme portant la marque de la subjectivité, et donc de l'insécurité voire du conflit. Or, une société libérale est, comme Max Weber l'a exposé, particulièrement soucieuse de prévisibilité et de sécurité, que ce soit en vue de garantir le bon fonctionnement d'une économie de marché ou le respect des droits de la personne⁶⁹. Seul un droit « formel » (c'est-à-dire que l'on peut séparer des considérations morales) et « rationnel » (c'est-à-dire à l'application prévisible, grâce au recours à des techniciens et experts du droit) permet cette garantie, par opposition à un droit naturel fortement emprunt d'indétermination et donc d'arbitraire⁷⁰. Et, pour éviter cette insécurité synonyme d'arbitraire, l'application du droit doit être confiée à des juges ou à des juristes qui prennent rigoureusement soin de préserver le raisonnement juridique des appréciations morales ou politiques, par définition subjectives et donc au résultat imprévisible. En d'autres termes encore, le seul rôle de l'interprète serait de déterminer quelle a été la volonté du législateur. Si l'on suit ces grilles d'analyse, le modèle positiviste reste d'autant plus d'actualité que le modèle libéral, loin de disparaître ou de s'affaiblir, semble se développer et se renforcer.

On peut à ce stade revenir encore sur la jurisprudence de la Cour internationale de justice, comme illustration typique de la force de ce modèle. Tout d'abord, dans l'affaire des *Armes nucléaires*, la Cour affirme qu'elle :

ne saurait certes légiférer [...]. Il lui appartient seulement de s'acquitter de sa fonction judiciaire normale en s'assurant de l'existence ou de la non-existence de principes et de règles juridiques applicables [...] elle dit le droit existant et ne légifère point. Cela est vrai même si la Cour, en disant et en appliquant le droit, doit nécessairement en préciser la portée et, parfois, en constater l'évolution⁷¹.

On retrouve, une fois encore, une profession de foi typiquement positiviste, selon laquelle l'interprétation pourrait être clairement distinguée de la création. Mais, au-delà, on perçoit une trace du modèle légicentriste caractéristique, selon lequel le juge n'aurait aucune légitimité pour décider du contenu de la règle, au contraire du législateur, constitué en l'occurrence par les États. C'est ce qui explique, même lorsque la Cour est manifestement amenée à contribuer à la création du droit, elle ne

⁶⁸ Olivier Corten, *Le droit contre la guerre*, 2^e éd, Paris, Pedone, 2014, c 8.

⁶⁹ Max Weber, *L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie Tome 2 : Économie et Société*, Paris, Plon, 1995 aux pp 44 et s; Max Weber, *Sociologie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986 aux pp 185 et s.

⁷⁰ Michel Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995 aux pp 186-187 [Coutu, « Rationalités »]; David M. Trubek, « Max Weber on Law and Rise of Capitalism » dans Peter Hamilton, dir, *Max Weber. Critical Assessments*, London et New York, 1991 à la p 135; Julien Freund, « La rationalisation du droit selon M. Weber » (1978) 23 *Archives de philosophie du droit* 69 aux pp 81 et s.

⁷¹ *Affaire de la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, [1996] CIJ rec 226 à la p 237, para 18.

l'assume pas. On a pu le constater avec le précédent de la « mare de Soum », la Cour palliant l'absence de toute indication dans le titre juridique applicable en divisant la mare en deux ... tout en prétendant ne faire que s'inspirer d'une équité *infra legem*⁷². De la même manière, on a vu qu'elle affirmait qu'on ne « saurait invoquer les insuffisances manifestes, du point de vue ethnique, géographique ou administratif, de maintes frontières héritées de la colonisation pour affirmer que leur modification s'impose ou se justifie par des considérations d'équité »⁷³. On retrouve ici l'idée que l'*uti possidetis* constitue un principe qui, précisément parce qu'il est arbitraire et n'obéit *a priori* à aucune cohérence ou considération politique ou éthique, doit être respecté dans toute sa rigueur⁷⁴. Si chaque État pouvait invoquer sa propre conception de ce qui constitue une frontière « naturelle », des « droits historiques » ou un territoire qui correspondrait à une « unité nationale », on ouvrirait la voie aux conflits, aux guerres⁷⁵, et donc à la fois à une mise en cause des droits les plus élémentaires de l'individu et à de graves entraves à l'économie de marché. En renvoyant à la négociation (et à l'accord) ou, à titre supplétif, aux lignes tracées par le colonisateur (ou plus généralement l'État prédécesseur), le droit international offre une solution adéquate non pas en dépit du fait mais parce qu'elle ne peut se fonder sur aucune valeur particulière autre que la stabilité.

Bien entendu, ce schéma « positiviste libéral » connaît certaines limites, que l'on peut résumer en deux constats : l'absence, à l'échelle internationale, de monisme non seulement sur le plan juridique, mais aussi sur le plan politique⁷⁶. A l'intérieur de l'État, la prévisibilité dans l'interprétation repose sur un système élaboré dans lequel un juge est en principe compétent pour trancher toute controverse juridique, avec une unification de la jurisprudence par le biais d'un schéma pyramidal au sommet duquel on retrouve souvent une cour constitutionnelle. Parallèlement, l'application de la règle repose, sur le plan national, sur un gouvernement et un système policier et administratif supposé assurer un pouvoir exécutif efficace. La sécurité et la prévisibilité se fondent sur deux piliers, l'un juridique l'autre politique, et c'est cette rationalité dans son ensemble qui, dans les théories sociologiques comme celles de Max Weber, est caractéristique d'une société libérale⁷⁷. Tout autrement conçu est un système international qui ne connaît ni système judiciaire unique et intégré ni gouvernement mondial ou institution exécutive centralisée⁷⁸. Dans bien des cas, le différend juridique ne peut pas être tranché par un juge, faute de compétence. Restent alors face à face des interprétations juridiques contradictoires qu'aucun tiers n'est

⁷² *Burkina Faso c République du Mali*, *supra* note 31.

⁷³ *Ibid.*, à la p 633 au para 149.

⁷⁴ Voir les réflexions critiques de Steven R. Ratner, « Drawing a Better Line : *Uti possidetis* and the Borders of New States » (1996) 90:4 AJIL 590.

⁷⁵ Jean-Pierre Cot, « Des limites administratives aux frontières internationales ? Rapport général » dans O. Corten, B. Delcourt, P. Klein et N. Levrat, dir, *Démembrements d'Etat et délimitations territoriales : L'uti possidetis en question(s)*, Bruxelles, Bruylant, 1999 aux pp 17-33; Marcelo Kohens, « Le problème des frontières en cas de dissolution ou de séparation d'Etats : quelles alternatives ? » dans *ibid* aux pp 381 et s.

⁷⁶ Corten, « Déformalisation » *supra* note 13 aux pp 133-38.

⁷⁷ Couto, « Rationalités », *supra* note 70 aux pp 123 et s.

⁷⁸ Antonio Cassese, *Violence et droit dans un monde divisé*, Paris, Presses Universitaires Françaises, 1990 à la p 61.

susceptible de départager. C'est grâce à la menace de recourir à une clause d'arbitrage que le capitaine Picard parvient à régler son différend avec les Sheliaks, mais une telle clause reste plus l'exception que la règle dans la réalité juridique actuelle. Et, même lorsque le juge est compétent, il peut fort bien se refuser à éclaircir le droit existant, et donc à prétendre réduire les interprétations opposées des États. L'avis sur le Kosovo constitue à cet égard un édifiant exemple, comme on l'a signalé, la Cour laissant intact le débat sur l'existence du droit à l'autodétermination du peuple du Kosovo ou même de l'existence d'un État du Kosovo. Enfin, et comme on le sait également, rien ne garantit qu'un éventuel jugement qui tranche effectivement le débat soit effectivement reconnu comme exprimant le droit existant. L'arrêt dans l'affaire des *Activités militaires au Nicaragua et contre celui-ci*, typiquement libéral (en ce qu'il insiste sur le principe de non-intervention et sur l'impossibilité d'imposer à autrui à un régime politique particulier, fut-il démocratique), n'a jamais été appliqué en raison de l'opposition des États-Unis⁷⁹. Sa légitimité a, sur certaines questions spécifiques de responsabilité internationale, d'ailleurs aussi été mise en cause par une autre juridiction internationale, le tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie⁸⁰. C'est toute la question de la fragmentation ou de l'unité du droit international, qui illustre elle aussi la fragilité du schéma libéral et positiviste d'un droit à l'application prévisible garantie par des professionnels du droit⁸¹. Au final, le discours positiviste, qui continue de caractériser en grande partie le droit international – du moins dans sa dimension pratique ou technique –, paraît en grande partie déconnecté de son soubassement politico-philosophique.

Si l'on veut schématiser le paradoxe que nous avons sondé tout au long de cette réflexion, on pourrait affirmer que tout le monde est positiviste et que, en même temps, personne n'est positiviste. Dès qu'il s'agit de proposer une interprétation du droit existant et de prétendre convaincre la « communauté des internationalistes », on recourt encore souvent, si pas systématiquement, à une pensée et à un raisonnement de type positiviste. En ce sens, le dialogue entre le capitaine Picard et le représentant Sheliak reflète une certaine réalité. Le positivisme offre un système de pensée, un cadre de référence fait de prémisses, de formules et de techniques, bref une science, permettant à des personnes avec des pensées, des cultures et des valeurs différentes ou opposées de dialoguer et le cas échéant de se mettre d'accord sur des conclusions normatives. Mais, d'un autre côté, le positivisme, s'il caractérise largement le discours ou la motivation juridique, qui intervient « en aval », n'est d'aucun secours

⁷⁹ Voir généralement Olivier Corten et Pierre Klein, « L'efficacité de la justice internationale au regard des fonctions manifestes et latentes du recours à la Cour internationale de Justice » dans Rafâa Ben Achour et Slim Laghmani, dir, *Justice et juridictions internationales*, Actes des IV^e rencontres internationales de Tunis, Paris, Pedone, 2000 aux pp 33-71.

⁸⁰ *Le procureur c Duško Tadić*, IT-94-1-A, Arrêt, (15 juillet 1999) aux paras 83 et s (TPIY, Chambre d'appel).

⁸¹ Voir généralement à ce sujet le remarquable ouvrage de Mario Prost, *The Concept of Unity in Public International Law*, Oxford, Hart, 2012.

pour dicter, en « amont », la prise de décision. En ce sens, plus personne n'est depuis longtemps « positiviste », si l'expression signifie la croyance que l'interprétation et l'application du droit puisse s'opérer de manière rationnelle, objective et neutre, et donc sans que n'interviennent des jugements de valeurs ou d'opportunité. C'est aussi comme cela que l'on peut interpréter la stratégie de Jean-Luc Picard, qui utilise un raisonnement positiviste non pas pour « découvrir » la solution juridique correcte, mais pour légitimer la position qu'il a choisie *a priori*, celle de bénéficiaire d'un délai de trois semaines alors que la lettre du traité ne prévoyait que trois jours. Dans cette perspective, le positivisme juridique relève aujourd'hui, et a en réalité toujours relevé, moins de la science que de la science-fiction, c'est-à-dire d'un fantasme, celui de la décision neutre et objective qui permettrait d'éviter les grands débats politiques ou éthiques.

Encore faut-il rappeler pour terminer que le positivisme juridique dont il a été question ne représente qu'une version particulière, caractérisée à la fois par le formalisme et par une certaine croyance dans un modèle syllogistique et déductif de raisonnement juridique. Si l'on définit plus largement le positivisme comme une attitude selon laquelle l'analyste ne peut justifier sa position non par des sentiments ou sur des croyances, mais par des arguments rationnels, c'est-à-dire reliés logiquement à des faits considérés comme établis ou à des valeurs considérées comme partagées⁸², on élargit considérablement la perspective. La voie est alors ouverte à un positivisme critique, qui est celui qui a été utilisé dans le cadre de cette modeste dissertation. Celle-ci n'a pas consisté à juger ou à évaluer le positivisme, mais à tenter de déterminer sa place dans le discours juridique, et à en expliquer le succès comme les limites. De mon point de vue, il s'agit de l'approche la plus intéressante et la plus pertinente, mais de mon point de vue seulement. Ici également, la prétention positiviste classique, que l'on retrouve en particulier chez Hans Kelsen, selon laquelle la seule science du droit envisageable serait positiviste, et plus spécialement devrait être réduite à de la « théorie pure du droit »⁸³, peut être dépassée. Le choix d'une approche ou d'une méthodologie particulière relève en définitive non de la science mais de la foi ou de la sensibilité, ou encore d'un choix de type stratégique⁸⁴. Pour illustrer la portée et l'importance de cette affirmation, je voudrais pour terminer revenir sur deux conversations dont j'ai été le témoin, conversations qui ont particulièrement nourri ma réflexion sur le positivisme.

D'abord, il y a quelques années, un débat s'engage entre deux internationalistes. Le premier affirme que le positivisme juridique, et plus spécialement le volontarisme, est la seule doctrine valable pour analyser le droit international. Il estime en effet que l'observation de la réalité permet d'établir que le fondement du droit international est bien la volonté des États. A ce stade, et sans participer à la discussion, je me dis que l'argument repose sur un truisme. Car, à supposer que tous les États affirment que le droit international ne se fonde que sur leur volonté (ou, ce qui revient au même, qu'une règle juridique ne leur est opposable

⁸² Corten, « Méthodologie » *supra* note 34 aux pp 118-27.

⁸³ Kelsen, « Théorie » *supra* note 38 à la p 9.

⁸⁴ Corten, « Méthodologie » *supra* note 34 aux pp 19 et s.

que si elle est acceptée), à supposer donc que l'on puisse le « prouver » (et donc déterminer objectivement et irréfutablement la position des États sur ce point), en quoi cela suffirait-il à démontrer que le droit international est fondé sur la volonté des États ? Il y a là un raisonnement circulaire auquel il est difficile d'échapper, du moins si l'on pense qu'il existerait un fondement au droit international, questionnement qui renferme par définition une dimension jusnaturaliste (un positiviste, selon moi, ne peut que constater que le « droit international » est, ou non, reconnu comme un droit, pas qu'il se « fonde » sur tel ou tel concept ou critère). Car cette « preuve » reposerait précisément sur ce qui devrait être prouvé : la volonté de l'État. Mais mon autre collègue, auquel était adressé l'argument, me sort de mes rêveries : « quant à moi, je suis jusnaturaliste », répond-il au volontariste. « Mais je ne prétends pas que le droit naturel auquel je crois soit le seule cadre de référence admissible, pas plus que je ne prétends que ma démarche soit supérieure à la tienne ». Paradoxalement, le « jusnaturaliste » paraît ici moins absolutiste, plus modeste que le positiviste. Celui-ci semble vouloir imposer sa conception au nom de la raison, alors qu'il n'a en définitive que sa foi à proposer. A l'issue de cet épisode, je me dis que je peux parfois me sentir plus proche d'un jusnaturaliste que d'un positiviste...

Plus récemment, deux autres internationalistes dialoguent. La première montre que, au XIX^e siècle, les États utilisent des arguments juridiques assez similaires à ceux que l'on rencontre aujourd'hui pour justifier ou critiquer des interventions humanitaires. Elle décèle à cet égard des arguments spécifiquement juridiques, le discours produit semblant obéir à une certaine logique positiviste. Plus précisément, elle estime que les États intervenants se fondent à l'époque sur des arguments basés sur des traités organisant la sécurité collective, davantage que sur des motifs purement humanitaires et moraux. En suivant cette logique, elle met en cause une certaine doctrine contemporaine qui, sans consulter ni citer précisément la position des États de l'époque, affirme parfois que le « droit d'intervention humanitaire » était assez largement admis au XIX^e siècle, et pourrait dès lors être considéré comme une coutume fondée sur une pratique et une *opinio juris* déjà ancienne (coutume qui aurait par ailleurs subsisté après l'adoption de la *Charte des Nations Unies*). Mais son collègue lui réplique que ce type d'analyse, qui se concentre sur les arguments juridiques des États, notamment en vue de proposer ou écarter une interprétation de la coutume, n'est « pas intéressante », et même qu'elle reposerait sur une méthodologie erronée. En effet, à peine une interprétation particulière de la règle est-elle avancée qu'une autre, exactement contraire, peut lui être opposée. En l'occurrence, un auteur favorable à la thèse du caractère coutumier de l'intervention humanitaire interprétera vraisemblablement les mêmes déclarations et positions d'États de manière toute différente. Et, comme l'interprétation juridique positiviste ne constitue qu'une technique à la disposition des juristes, rien ne pourra jamais les départager. Dans ce contexte, toujours selon lui, il importerait d'adopter une posture résolument critique, en mettant l'accent sur les ambivalences du droit international et sur leur évolution.

Une plus large discussion s'ensuit. Plusieurs personnes remarquent que la conclusion d'une étude critique au sens suggéré est, elle aussi, sujette à une conclusion contraire de la part d'une autre analyste. Ainsi, certains verront une

ambivalence dans tel ou tel précédent, alors que d'autres y décèleront une certaine cohérence, chacun avec des arguments parfaitement recevables. La posture critique ne peut prétendre se développer « en surplomb », et ainsi échapper à la scène des débats et controverses qui agitent la doctrine, quelle que soit la démarche que cette dernière choisit d'adopter. On pourrait même affirmer que, en suggérant que la seule approche scientifiquement pertinente se réduirait au courant critique (au sens anglo-saxon du terme, qui désigne de manière générique les *crits*), on en revient à un schéma de pensée similaire à celui de Kelsen, qui suggérait qu'il n'existait qu'une seule manière de faire de la science du droit. Par un singulier retournement de l'histoire, la prétention absolutiste du positivisme normativiste aurait été à la fois combattue et reprise par un courant crit paradoxalement peu sensible à une relativité des interprétations qu'il tient par ailleurs comme l'un de ses seuls absolus. Par ailleurs, avancé d'autres participants à cette discussion, on peut parfaitement envisager de développer un raisonnement positiviste, en faisant « comme si » l'interprétation que l'on propose est objectivement fondée sur des sources formelles, à l'inverse de l'interprétation que l'on combat, le tout, donc, en ayant parfaitement conscience de la relativité du raisonnement juridique. Il faut en effet bien faire la distinction entre la relativité de l'interprétation sur un plan théorique et cette même relativité, mais envisagée cette fois sur un plan pragmatique. Théoriquement, toute interprétation est sans doute défendable, mais en pratique, l'interprétation qui l'emportera sera dépendante d'un contexte et d'un rapport de force particuliers, dans lesquels l'opinion majoritaire de la « communauté des internationalistes »⁸⁵ pourra avoir un certain rôle. Ainsi, on pouvait (et c'est ce qu'a fait l'administration Bush) prétendre que la guerre contre l'Irak était conforme au droit international, mais cette thèse, intellectuellement tenable, a été rejetée par la grande majorité des internationalistes, ce qui n'a pas manqué d'avoir certaines conséquences dans les débats sur la légitimité de la guerre. En ce sens, le positivisme formaliste, même si l'on n'y croit pas sur le plan épistémologique, peut relever d'un choix de type stratégique ou politique. Refuser de s'engager dans cette voie au nom d'une posture « critique », c'est aussi laisser le champ libre à celles et à ceux qui soutiennent d'autres interprétations que l'on estime moins recommandables comme, de mon point de vue, celles qui tendent à justifier de plus en plus le déclenchement de guerres ou encore le recours à des exécutions extrajudiciaires ou à l'utilisation de la torture.

On le voit, c'est non seulement la portée, les limites mais aussi la définition même du positivisme qui fait toujours l'objet de débats animés. Ces derniers se retrouvent à la fois dans la doctrine mais aussi, on l'a vu, représentés sur les écrans, y compris dans un domaine de la science-fiction qui s'avère parfois particulièrement pertinent pour réfléchir sur la relativité de nos conceptions et nos approches actuelles. Aucune approche ni démarche particulière ne paraît à cet égard avoir une vocation à l'éternité, chacune d'entre elle ne fonctionnant que dans un contexte historique et sociologique déterminé. Il en va ainsi du positivisme juridique, une doctrine essentiellement liée à un système et à un droit de type libéral. Mais on pourrait

⁸⁵ Oscar Schachter, « The Invisible College of International Lawyers » (1977-1978) 72 Nw UL Rev aux pp 217 et s.

évidemment étendre la perspective en reliant d'autres approches à d'autres modèles de société, ce que ne manqueront sans doute pas de faire d'autres participants au présent ouvrage.