

La double impuissance du positivisme juridique au regard de la normativité du droit international

Jean-Faustin Badimboli Atibasay

Volume 33, Number 1, 2003

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027542ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027542ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Badimboli Atibasay, J.-F. (2003). La double impuissance du positivisme juridique au regard de la normativité du droit international. *Revue générale de droit*, 33(1), 1–38. <https://doi.org/10.7202/1027542ar>

Article abstract

The issue of the legal character of international law remains controversial. In an attempt to establish a scientific approach to law, legal positivism has defined itself as exclusive of any rules created otherwise than through the formal process of law-making. This results in a dichotomous language that hardly sheds light on the threshold between legal and non-legal rules. Quite challenging to the positivist approach are recent developments in international law which, however, will certainly revive the traditional debate between defenders and challengers of the positivist theory of international law. In this connection, the question whether legal positivism can lay a foundation for the rules of international law or deny them altogether is of great interest to the legal community.

**La double impuissance
du positivisme juridique au regard
de la normativité du droit international***

JEAN-FAUSTIN BADIMBOLI ATIBASAY

Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

La question de la juridicité du droit international est aujourd'hui encore sujet à controverse. Soucieux de faire du droit l'objet d'une étude scientifique, le positivisme juridique ne s'intéresse qu'aux normes qui sont issues de procédures formelles de création. Il en résulte un mode de pensée dichotomique qui, paradoxalement, ne permet pas de bien cerner le seuil de normativité du droit international. Les développements récents dans ce domaine du droit lancent, certes, un défi à ce positivisme exclusif; mais en même temps, ils ne relancent pas moins le débat entre

ABSTRACT

The issue of the legal character of international law remains controversial. In an attempt to establish a scientific approach to law, legal positivism has defined itself as exclusive of any rules created otherwise than through the formal process of law-making. This results in a dichotomous language that hardly sheds light on the threshold between legal and non-legal rules. Quite challenging to the positivist approach are recent developments in international law which, however, will certainly revive the traditional debate between defenders and

* Lors de la rédaction de l'ébauche de cet article, l'auteur était étudiant à la maîtrise en droit à l'Université d'Ottawa. Il remercie vivement le professeur Alain-François Bisson pour ses commentaires et assume personnellement la responsabilité des idées avancées.

défenseurs et détracteurs du droit international. Dans ce contexte, la question de savoir si le positivisme juridique peut fonder ce droit ou, à défaut, le nier judicieusement est éminemment importante pour le juriste.

challengers of the positivist theory of international law. In this connection, the question whether legal positivism can lay a foundation for the rules of international law or deny them altogether is of great interest to the legal community.

SOMMAIRE

Introduction.....	2
I. La juridicité du point de vue positiviste.....	5
A. Considérations théoriques sur la norme juridique.....	7
B. Le droit positif en tant que droit « posé » ou « en vigueur » ...	9
C. Les prémisses positivistes et la juridicité du droit international.....	14
II. La détermination de la valeur des normes juridiques.....	23
A. Validité et effectivité des normes juridiques.....	24
B. Le problème de la sanction.....	27
C. Observations sur la normativité du droit international.....	29
Conclusion.....	35

INTRODUCTION

Que valent les règles du droit international? La question est à la fois classique et banale et pourtant toujours d'actualité. Parmi les détracteurs de ce droit, nous trouverons « des penseurs au-dessus du commun »¹. Hegel par exemple, n'hésita pas à confier que « [l]es États ne sont tenus au res-

1. A. TRUYOL, « Doctrines contemporaines du Droit des gens », (1950) 54 R.G.D.I.P. 360, 372, cité par M. LACHS, *Le monde de la pensée en droit international. Théories et pratique*, Paris, Economica, 1989, p. 13.

pect des traités qu'aussi longtemps qu'ils y ont intérêt »². Jelinek affirmait pour sa part que « [l]e droit international existe pour les États, et non les États pour le droit international »³. Avant eux, Hobbes se voulait péremptoire : « [s]ans l'épée, les pactes ne sont que des mots et n'ont nulle force pour assurer la sécurité de l'homme »⁴. À la lumière de ces prises de position, l'efficacité du droit international est remise en question, tandis que certaines de ses règles ne trouvent aucune reconnaissance de la part du positivisme juridique.

De nos jours, le débat est loin d'être clos. Réagissant face aux thèses traditionnelles qui mettent en doute le droit international et ses normes, Milan Sahovic nous propose une relecture en soutenant que « [l]e problème de son efficacité doit être examiné dans un nouveau contexte en partant du niveau de son développement actuel »⁵. S'il est donc vrai que progrès oblige, l'on pourrait même se consoler en constatant avec Ota Weinberger que « les positivistes deviennent plus prudents dans la formulation de leurs thèses et plus ouverts quant à la définition du programme de recherche de la science du droit »⁶. Assurément, dans la prétention — somme toute méritoire — de faire du droit l'objet d'une étude scientifique, le positivisme juridique semble avoir emprisonné la pensée juridique dans une logique dichotomique qui avance malaisément le débat sur la normativité du droit international. Peu s'en faut pour constater que loin d'apaiser l'opposition introduite traditionnellement entre « droit positif » et « droit naturel », les développements en droit international l'ont plutôt renforcée. En fait, le discours juridique est éminemment teinté de bipolarités — « droit posé » et « droit

2. Cité par P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », (1992) 237 *RCADI* 9-370, p. 44.

3. *Ibid.*

4. Cité par M. LACHS, *supra*, note 1, p. 14.

5. M. SAHOVIC, « Le problème de l'efficacité du droit international », dans J. MAKARCZYK, *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1996, 275-281, p. 276.

6. O. WEINBERGER, « Au-delà du positivisme et du droit naturel », dans N. MACCORMICK ET O. WEINBERGER, *Pour une théorie institutionnelle du droit : nouvelles approches du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, 115-131, p. 115.

en vigueur », « droit légiféré » et « droit appliqué », « droit établi » et « droit en développement », « hard law » et « soft law » — à un point tel que l'on peut présumer avec Douglas M. Johnson que la question la plus fondamentale dans la théorie contemporaine du droit international est celle de la portée véritable des arguments contraires à la terminologie dichotomique traditionnelle⁷.

Dans les pages qui suivent, nous nous proposons d'étudier les prémisses de la pensée positiviste, dans le but d'établir la possibilité d'accès aux normes du droit international. Autrement dit, il est question de savoir si le positivisme juridique peut fonder le droit international ou, à défaut, le nier d'une façon judicieuse. Bien que cette question revête une importance particulière en droit international, en réalité nous avons affaire à un débat philosophique qui concerne le droit en général.

Dans sa thèse intitulée *Doctrines juridiques et droit international : critique de la connaissance juridique*⁸, publiée en 1991, Charalambos Apostolidis se posait une question similaire, mais dans une perspective beaucoup plus large : à savoir, s'il est possible de connaître scientifiquement l'objet d'étude du droit international, en suivant les doctrines juridiques. Nous partageons cet objectif général, mais seul nous intéresse le droit sous son aspect formel. Pour ce faire, nous développons un schéma qui s'articule, d'une part, sur la notion de juridicité, et de l'autre, sur celle de validité des normes du droit (international). Il va sans dire qu'en parlant de la validité d'un point de vue positiviste, nous touchons nécessairement la question de l'application effective des normes, c'est-à-dire l'effectivité. Il faut également signaler qu'il ne s'agira pas d'exposer séparément les acquis de différentes écoles positivistes, mais de rechercher dans l'arbre commun, la sève qui alimente toutes ses ramifications;

7. « Perhaps the most fundamental issue in the contemporary theory of international law is how far to press arguments against the traditional binary (or dichotomous) terminology of law ». D.M. JOHNSTON, « Book Reviews : *Commitment and Compliance : The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Edited by Dinah Shelton, Oxford and New York : Oxford University Press, 2000 », (2001) 95 A.J.I.L. 709-714, p. 709.

8. C. APOSTOLIDIS, *Doctrines juridiques et droit international : critique de la connaissance juridique*, Paris, Eyrolles, 1991.

quoique Hans Kelsen, qui a systématisé rigoureusement la démarche positiviste, nous offrira le plus de matière à réflexion, à côté de Michel Virally, Paul Amselek et d'autres auteurs. En outre, nous restons conscient qu'en prenant comme point de départ le positivisme juridique pour tenter d'accéder aux normes du droit international, le cadre de notre réflexion est, de ce fait, restreint. Il ne s'étendra donc pas à la question de savoir si le droit international constitue un ordre juridique.

La première partie de cet article est consacrée à l'examen de postulats positivistes de la juridicité. Pour y parvenir, nous commençons par brosser sommairement le concept de norme juridique avant d'en dégager les conditions d'existence en droit positif. Ensuite, il faudra en tirer les conséquences préliminaires pour ce qui touche à la juridicité du droit international. Pour compléter le tableau, nous abordons, dans la seconde partie, la question de la validité et de l'effectivité des normes. Cela inclut l'analyse du fondement de la validité et de la question de la sanction. Il faudra enfin tirer les conséquences des postulats dégagés sur la normativité du droit international, avant de procéder, en guise de conclusion, à une reprise critique des questions que nous aurons débattues.

I. LA JURIDICITÉ DU POINT DE VUE POSITIVISTE

Traditionnellement il était difficile de distinguer la règle de droit des autres règles de la vie sociale, le droit se trouvant généralement en relation étroite avec la morale, la politique et la religion. Ainsi, la pensée juridique situait-elle le fondement du droit dans la sphère métaphysique et politique. En inaugurant le positivisme scientifique par exemple, Auguste Comte déclarait « qu'avec le *XIX^e* siècle l'humanité, après avoir traversé un état religieux, puis métaphysique, était enfin entrée dans l'état positif »⁹. Le positivisme juridique cherchera lui aussi une coupure plus nette entre ce qui est juridique et ce qui ne l'est pas. On ne saurait cependant

9. Cité par M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, François Maspero, 1976, p. 320. Pour plus de discussion, voir A. COMTE, *Philosophie première. Cours de philosophie positive, leçons 1 à 45*, vol. 1, Paris, Hermann, 1975, 20-41, pp. 21-22.

prétendre que le positivisme scientifique justifie le positivisme juridique parce que les deux n'ont en commun que la méthode. Pas plus que le droit, qui peut être connu scientifiquement, n'est une science à proprement parler. Aussi on soutient avec justesse que le « positivisme [juridique] a une fonction de scientificité »¹⁰. Autrement dit, il s'agit d'une « scientific inquiry »¹¹ ou d'« une approche scientifique du droit »¹².

Dans cet ordre d'idées, le positivisme juridique cherche à comprendre son objet propre — le phénomène juridique — en utilisant l'observation. Cette démarche qui trouve son point culminant chez Hans Kelsen, vise à évacuer du domaine du droit tous les éléments dits « méta juridiques », dont les principes de la morale et les postulats de la politique¹³. Le mot d'ordre est sans équivoque : à la métaphysique la vérité, à la morale les jugements de valeur, à la politique les questions d'opportunité. Le juriste pur doit se borner à reconnaître le droit tel qu'il est, à rechercher si ses règles ont été ou non observées, telles qu'elles ont été fixées par l'autorité compétente¹⁴, sans s'intéresser le moins au contenu.

Bref, le positivisme juridique recherche la neutralité scientifique. Il faudra donc se garder de confondre le juridique, qui reste constant et scientifiquement accessible, avec ce qui constitue sa matière et qui varie incessamment (le politique, le social, les réactions morales, les aspirations à la justice)¹⁵. Dès lors, ce que le droit a de spécifique se saisit avant tout sous son aspect normatif. C'est donc cela qu'il convient d'examiner en premier.

10. U. SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique?*, Paris/Bruyelles, L.G.D.J./Bruylant, 1996, p. 96.

11. A. ANGHIE, « Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law », (1999) 40 *Harv. Int'l L.J.* 1-80, p. 18.

12. M. BOBBIO, « Aspetti del positivismo giuridico », « Giusnaturalismo e positivismo giuridico », dans *Giusnaturalismo e positivismo giuridico — Lezioni*, 309 ss, cité par U. SCARPELLI, *op. cit.*, note 10, pp. 17, 26, 96.

13. P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Paris, Recueil Sirey, 1951, p. 61.

14. *Ibid.*

15. H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, Paris, P.U.F., 1962, p. 25.

A. CONSIDÉRATIONS THÉORIQUES SUR LA NORME JURIDIQUE

L'observation conduit le juriste positiviste à remarquer que le droit accorde à certains faits humains une signification. Par exemple, supprimer une vie sera qualifié de meurtre; lever les mains dans une assemblée (législative) correspondra à la votation d'une loi; faire parvenir une lettre officielle au Secrétaire général des Nations Unies, signifiera la ratification d'un traité. La norme se saisit ainsi dans une relation étroite avec le fait et les actes humains, et sa fonction est de leur attribuer « un sens spécifiquement juridique »¹⁶. En conséquence, les faits auxquels le droit octroie une signification produisent des effets de droit, indépendamment de la volonté d'un sujet de droit (international)¹⁷.

De ce qui précède, l'on conclut que la norme juridique s'occupe de la conduite humaine. Grâce à cette conduite, elle a un contenu (formel) spécifique : elle est créatrice des droits ou pouvoirs et des obligations¹⁸. En effet, l'on ne pourrait sortir de cette dualité intrinsèque à la norme juridique sans sombrer dans le monisme de la norme morale, parce que cette dernière ne comporte qu'un élément normatif : l'obligation¹⁹. C'est ainsi qu'en droit, les droits ou pouvoirs de l'un présupposent toujours les obligations de l'autre et vice versa. Et ce, même quand la règle de droit se limite à n'énoncer explicitement qu'un seul

16. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 5

17. Sur ce, Jean-Paul Jacqué observe : « [C]e qui nous paraît caractéristique dans le fait juridique humain comme dans le fait juridique naturel, c'est que la volonté est sans aucune conséquence sur les effets déclenchés par la survenance du fait, même si ceux-ci ont été recherchés. Le fait déclenche l'application d'une règle préexistante sur laquelle la volonté n'a aucune prise ». J.-P. JACQUÉ, « Acte et norme en droit international public », (1991) 227 *RCADI* 357-418, p. 374.

18. « Une norme juridique », nous dit Michel Virally, « ne s'adresse qu'à des hommes et seulement pour régler leurs rapports réciproques. L'observation de tous les systèmes de droit montre qu'elle y pourvoit [...] en créant des obligations, mais aussi en conférant des possibilités nouvelles d'action ou en légitimant certaines attitudes c'est-à-dire en créant des droits ou pouvoirs juridiques ». M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 39.

19. *Id.*, pp. 76-77.

des deux éléments normatifs, par exemple le titulaire de droits, de telle façon qu'on se trouve en présence de droits ou d'obligations *erga omnes*²⁰.

Il s'ensuit que la norme juridique remplit plusieurs fonctions : elle prescrit, interdit, permet ou autorise. Celles-ci permettront de conclure, au dire de Hans Kelsen, qu'« on ne peut [...] comprendre le sens spécifique du droit que si on le considère comme un ensemble de normes »²¹. Mais il s'agit là, en réalité, de fonctions partagées avec d'autres règles de la vie sociale. Pour se démarquer, le positivisme juridique poussera l'idée d'obligation un peu plus loin en y faisant intervenir la sanction et la contrainte pour marquer la spécificité des normes juridiques²².

Chez Emmanuel Kant par exemple, il existait déjà l'impératif catégorique, lequel était d'ordre moral. Ce dernier plaçait le principe du devoir en nous-mêmes, et en ce sens, il était dit autonome, car la volonté n'obéit pas à des commandements venant du dehors²³. Tirant les conséquences de l'opposition kantienne entre l'impératif catégorique et l'impératif juridique²⁴, Hans Kelsen énoncera la double spécificité de cette dernière catégorie. Contrairement à l'impératif catégorique, l'impératif juridique a un caractère hypothétique, lequel subordonne l'obligation juridique à une condition, en

20. *Id.*, p. 49. Cette opinion qui s'inspire de Michel Virally reste controversée en droit international. Les défenseurs du volontarisme rejettent l'idée de créer des droits ou des obligations auxquels les États n'auront pas consenti; c'est le cas par exemple du *ius cogens* qui pose entre autres le problème de titularité. Voir *infra*, note 74 et texte correspondant.

21. H. KELSEN, « Théorie du droit international public », (1953) 84 *RCADI* 1-201, p.10.

22. Voir toutefois N. MACCORMICK, « Droit, morale et positivisme juridique », dans N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *op. cit.*, note 6, 133-151, p. 140 : « le droit partage avec la morale un caractère qui les distingue des autres systèmes normatifs, et ceci consiste dans le fait que le droit et la morale s'appuient sur des obligations. Il y a des contraintes juridiques et morales qui rendent la conduite non facultative ».

23. Voir P. ROUBIER, *op. cit.*, note 13, pp. 42, 62. Voir aussi H. BATIFFOL, *op. cit.*, note 15, p. 26.

24. Voir E. KANT, *Métaphysique des mœurs I. Fondation de la métaphysique des mœurs. Introduction à la métaphysique des mœurs*. Traduction, présentation, bibliographie et chronologie par Alain Renaut, Paris, Flammarion, 1994, pp. 90-91.

faisant intervenir la sanction²⁵. Il a également un caractère hétéronome parce qu'il émane d'un acte de volonté extérieur au destinataire de l'obligation. Cet acte de volonté qui vient du dehors appartient dans l'ordre du « *Sein* (être) », tandis que l'obligation qu'elle exprime relève du « *Sollen* (devoir-être) »²⁶.

À la lumière de cette analyse positiviste, la spécificité de la norme juridique apparaît désormais acquise. Elle consiste en la possibilité de la sanction qui se déduit de la dualité droit-obligation²⁷, ou du jugement hypothétique permettant de passer de la conduite socialement désirable à son contraire²⁸. Ce caractère juridique de la norme doit toutefois revêtir la positivité, pour satisfaire à la condition d'existence propre au droit positif. C'est ce qu'il convient maintenant d'examiner.

B. LE DROIT POSITIF EN TANT QUE DROIT « POSÉ » OU « EN VIGUEUR »

L'histoire de la philosophie du droit nous apprend que chez Aristote, il n'existait pas d'opposition entre droit positif et droit naturel, les deux faisant partie du juste politique²⁹. En introduisant la dichotomie dans la pensée juridique, le positivisme a fini par en payer le prix. Comme le soulignait Michel Virally, « le positivisme juridique a eu une contrepartie : on ne sait plus guère ce que le mot signifie »³⁰. Peut-être Wilfrid J. Waluchow a-t-il raison de déconseiller l'emploi

25. « Lorsqu'on présente le droit comme un ensemble de normes qui rendent obligatoire l'action socialement désirable (par exemple : On ne doit pas voler, on doit rendre les sommes empruntées en temps voulu), il n'y a là qu'une manière abrégée de dire qu'un acte de contrainte devra intervenir dans l'hypothèse d'une conduite contraire (contraire à l'action socialement désirable) ». H. KELSEN, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », (1932) 42 *RCADI* 121-351, p. 125.

26. H. KELSEN, *op. cit.*, note 16, p. 26.

27. Pour Michel Virally en effet, « [u]ne obligation dont nul ne peut réclamer l'exécution ou sanctionner la violation n'est qu'un impératif de la conscience. Elle ne dépasse pas le for interne. » M. VIRALLY, *op. cit.*, note 18, p. 44.

28. Voir H. KELSEN, *loc. cit.*, note 25 et texte correspondant.

29. Voir M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Les éditions Montchrétien, 1975, pp. 44-45. Voir aussi A. RENAULT et L. SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991, p. 240.

30. M. VIRALLY, *op. cit.*, note 18, p. v.

générique du terme « positivisme juridique »³¹. Toutefois, sans devoir verser dans l'analyse de ses ramifications, il nous semble possible d'éclaircir le sens du positivisme juridique dans la perspective que nous avons adoptée.

Suivant Roberto Ago, et à en croire les historiens du droit, le terme « *jus positum* (droit positif) » aurait été employé pour la première fois au Moyen Âge, et avait été défini par Damasus comme « *expositum ab homine* (posé par un acte humain) »³². Les canonistes s'en servaient alors pour distinguer ce *jus positum* de la loi naturelle. Dans cette conception médiévale, le *jus positum* désigne « toutes les lois dont l'origine remonte à un acte législatif comme par exemple les commandements que Dieu donna au peuple juif par la bouche de Moïse ou les lois civiles et les "canones" »³³. L'on voit ainsi émerger une notion de positivité comme « ce qui résulte de façon générique de la *volonté* d'un être doué de raison, qu'il s'agisse de Dieu ou des hommes »³⁴.

Le développement de la doctrine internationaliste aux XVII^e et XVIII^e siècles, grâce aux éminents jurisconsultes comme Suarez et Grotius connaîtra par ailleurs différentes définitions du droit positif³⁵; mais surtout, se précise peu à peu l'idée du droit d'origine volontaire. Le droit international serait alors « la partie du droit en vigueur dans la société internationale qui est créée par l'accord tacite ou exprimé des États »³⁶. À cette acception volontariste, s'ajoute l'idée d'éta-

31. W.J. WALUCHOW, « The Manyfaces of Legal Positivism », (1998) 48 *Univ. of Toronto L.J.* 387-449, p. 390 : « It may be time to stop referring to "legal positivism" *per se*, and to speak instead of the variety of different forms of legal positivism ».

32. R. AGO, « Droit positif et droit international », (1957) 3 *A.F.D.I.* 14-62, pp. 15-16. C'est Kantorowicz qui l'aurait trouvé dans la *Summa Decretalium* du canoniste bolonais Damasus, publiée entre 1210 et 1215. Mais Kuttner a par la suite signalé dans son « *Das Principium Decretalium des Johannes de Deo* » qu'Abélard l'avait déjà utilisé avant Damasus, en présentant le droit positif comme « *quod ab hominibus institutum* [le droit institué par les hommes] ». *Ibid.*

33. KUTTNER, « Sur les origines du terme droit positif », (1936) 15, 4^e série, *Rev. hist. du droit fran. et étr.*, 728, 730; cité par R. AGO, *id.*, 16.

34. A. DUFOUR, « Droit naturel/Droit positif », (1990) 35 *Arch. de philo. du dr.* 59-79, p. 68.

35. On trouve entre autres des définitions comme « *jus legitimum* [droit légitime] », ou « *jus arbitrarium* [droit arbitraire] », c'est-à-dire qui vient de « *a legislatorum libera voluntate* [du bon vouloir du législateur] ». Voir R. AGO, *loc. cit.*, note 32, p. 17.

36. *Ibid.*

blissement. En ce sens, la notion de positivité s'entend de « ce qui est *établi* par l'autorité sociale compétente, en particulier l'*autorité étatique* »³⁷. De façon générale toutefois, le *jus positum* n'exprime qu'une partie du droit, celle qui est « expressément créée par des procédés de création extériorisés et préétablis à cette fin »³⁸. Ou bien, comme le précise Rolando Quadri, il évoque l'idée « d'une source formelle, c'est-à-dire d'un acte de production juridique. Le droit positif est en d'autres termes le droit posé (*jus positum*) par un acte conscient, individuel ou collectif »³⁹.

Somme toute, au sens classique, la distinction entre droit naturel et droit positif ne sert pas encore à déterminer la juridicité proprement dite, mais elle vise à rendre compte de différentes composantes du droit. Dans l'ordre interne tout comme dans l'ordre international, le droit est composé en partie du droit positif ou volontaire et en partie du droit naturel⁴⁰. Le droit positif se reconnaît en ce qu'il s'intéresse aux procédés formels de création extériorisés et préétablis⁴¹; contrairement au droit naturel qui, du fait qu'il ne découle pas d'une source formelle, « est purement et simplement pré-supposé »⁴². Mais les deux forment le droit à part entière.

À quelques exceptions près⁴³, le positivisme juridique tel qu'il s'entend aujourd'hui, ne se satisfait pas de la théorie classique. Au contraire, il y oppose une double attitude. La première consiste à écarter du domaine du droit tout principe qui se réclame du *jus naturale* ou qui, de façon générale, se déduit de la raison. Car, soutient-on, la validité du droit

37. Voir A. DUFOUR, *loc. cit.*, note 34, p. 62.

38. Voir R. AGO, *loc. cit.*, note 32, p. 17.

39. R. QUADRI, « Le fondement du caractère obligatoire du droit international public », (1952) 80 *RCADI* 579-633, p. 585.

40. « Dans les deux [catégories de sociétés], le droit positif s'appuie, pour pouvoir exister, sur le droit naturel qui confère, d'une part, à la volonté du législateur national et, d'autre part, au consentement des États, le pouvoir de donner vie à des règles obligatoires ». R. AGO, *loc. cit.*, note 32, p. 18.

41. *Id.*, p. 19.

42. R. QUADRI, *loc. cit.*, note 39, pp. 619-20.

43. En effet, une attention à la pratique du droit permettrait facilement de conclure avec certains auteurs que « [l]e droit positif, adopté selon une procédure préétablie et entrée en vigueur à un moment connu, ne constitue qu'une partie du droit ». N.N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, Cowansville, Yvon Blais, 1999, p. 1.

positif ne dépend pas de « la satisfaction de certaines valeurs morales »⁴⁴. Conséquence de cette première attitude, la seconde affirme qu'il n'y a de droit véritable que positif⁴⁵. Il faut y ajouter ce que nous avons vu plus haut, à savoir la conviction selon laquelle l'ordre juridique se caractérise par « la contrainte socialement organisée »⁴⁶; idée sur laquelle nous reviendrons à la deuxième partie de cette étude. Voilà en grandes lignes le positivisme juridique rigoureux. Ce courant se veut radicalement exclusif, malgré quelques atténuations que les auteurs contemporains tentent d'y apporter⁴⁷.

En mettant de côté le droit naturel pour privilégier l'idée du droit positif comme celui qui est créé par la volonté d'une autorité compétente, l'on a été tenté d'aller à l'extrême en insistant sur l'État. L'on débouchait ainsi sur le « volontarisme étatique »⁴⁸, qui vise aujourd'hui encore à exclure de sources du droit tous les processus qui ne peuvent remonter directement ou indirectement à la volonté des États comme nous allons le voir⁴⁹. D'autre part, en affirmant qu'il n'y a de droit que positif, l'on prétendait, et on le fait encore, que seul le droit positif peut faire l'objet de connaissance scientifique⁵⁰. Comme pour renforcer cette prétention, Hans Kelsen

44. Voir N. MACCORMICK, *loc. cit.*, note 22, p. 135.

45. R. AGO, *loc. cit.*, note 32, pp.19-20.

46. Voir M. VIRALLY, *op. cit.*, note 18, p. vi.

47. Voir W.J. WALUCHOW, *loc. cit.*, note 31, p. 395, défenseur du projet de positivisme inclusif (« inclusive positivism »), qui prend en compte l'élément moral dans la détermination du droit.

48. Ce courant se manifeste surtout chez l'école anglaise de John Austin, lequel tire les conséquences de la philosophie de Hobbes : « *jus est quod jussum est. Not rightness, but authority makes law.* » Cité par H. BATIFFOL, *op. cit.*, note 15, p. 13. Ainsi, pour John Austin, « [e]very positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a Sovereign person, or a sovereign body of persons, to a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme ». J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, abr. par R. Campbell, 13^e impr., Londres, 1909, Part I, § 1, Lec. VI, p. 82.

49. Voir R. AGO, « Positivism », dans R. BERNHARDT, éd., *Encyclopedia of International Law*, Amsterdam/New York/Oxford, 1984, 385-393, p. 386.

50. C'est ce que relève pertinemment Ota Weinberger en précisant le fondement de ce qu'il entend par « systèmes de droit naturel "faibles" », c'est-à-dire la reconnaissance de ce que « la tâche centrale de la science du droit est d'analyser le système juridique en vigueur », les développements relatifs au droit naturel se limitant à certaines fonctions déterminées. Voir O. WEINBERGER, *loc. cit.*, note 6, p. 116. Pour Gennady M. Danilenko, l'analyse juridique « must rely on a much narrower definition of law-making focussing on normative mechanisms and procedures estab-

a pu défendre l'idée selon laquelle « [u]ne norme créée par un acte accompli dans l'espace et dans le temps est dite positive et elle se distingue de toutes les normes qui n'ont pas été créées de cette manière, qui n'ont pas été « posées » mais seulement « supposées » par un acte purement intellectuel »⁵¹.

De ce qui précède, l'on peut conclure que la juridicité est fonction d'un acte d'établissement, de procédures formelles d'édition, de promulgation, de ratification. Elle se détermine par le fait que les normes ont été extérieurement « posées », « établies », « voulues » par une autorité compétente. Le droit positif se conçoit donc comme « le droit posé en vertu d'une procédure préalable, consistant en faits ou actes objectivement observables »⁵². Il comprendra « soit l'ensemble des traités, des lois, des ordonnances, des règlements, promulgués par l'État, voire des injonctions et des commandements donnés en son nom, soit l'éventail des droits subjectifs qui en découlent, ceci indépendamment de leur effectivité, c'est-à-dire qu'ils soient ou non appliqués »⁵³.

Cependant, à cette idée de source formelle, d'acte d'établissement, nombre d'auteurs associent celle de droit « en vigueur ». Cette dernière épithète n'est pas non plus sans conséquence dans la détermination de la juridicité. À cet égard, l'épithète est restrictive parce que du droit positif qui était traditionnellement droit « établi » (*positum*), l'on passe au « droit historiquement existant » ou même au « droit effectivement appliqué »⁵⁴. Comme le souligne Alfred Dufour, cela

lished within a given legal system for authoritative creation of legal principles and rules ». G.M. DANILENKO, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 5. N'est-ce pas là l'écho de ce que Carré de Malberg affirmait en termes plus explicites? : « La science juridique se trouve toujours ramenée à ne connaître que du droit positif [...] elle répugne à l'idée du droit incréé, c'est-à-dire non édicté — ou tout au moins non estampillé — par une autorité attitrée, tout comme la nature a horreur du vide ». CARRÉ DE MALBERG, « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, I, Paris, 1937, pp. 201ss; cité par R. AGO, *loc. cit.*, note 32, p. 20.

51. H. KELSEN, *Théorie pure du droit : Introduction à la science du droit*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1953, pp. 19-20.

52. M. VIRALLY, *op. cit.*, note 18, p. vii.

53. Voir A. DUFOUR, *loc. cit.*, note 34, p. 69.

54. R. AGO, *loc. cit.*, note 32, p. 33. Voir aussi C. APOSTOLIDIS, *op. cit.*, note 8, p. 95; C. ATIAS, « Quelle positivité? Quelle notion de droit? », (1982) 27 *Arch.Phil.Dr.* 209-233, p. 213.

traduit une acception empirique de positivité qui confine le droit « soit dans un ensemble des règles de conduite extérieures effectivement appliquées, soit dans l'ensemble des règles ressenties intérieurement comme obligatoires, que ce soit par les juges qui les appliquent ou par les individus qui les suivent »⁵⁵. Dès lors, la mission du juriste se limite ici aussi à l'étude de ces règles⁵⁶. Cette double conception du droit positif est au cœur même de la problématique de la validité et de l'effectivité dont il sera question à la deuxième partie de cette étude. Pour le moment, il nous semble opportun de tirer les conséquences préliminaires de ces postulats en ce qui concerne la juridicité du droit international.

C. LES PRÉMISSSES POSITIVISTES ET LA JURIDICITÉ DU DROIT INTERNATIONAL

À la lumière de ce qui précède, la possibilité de trouver le fondement du droit international en se situant dans une perspective positiviste semble compromise à deux égards. Premièrement, en réduisant le droit tout entier au « droit positif », les prémisses positivistes scindent son objet en « droit posé » et en « droit en vigueur ». En second lieu, cette scission aboutit à des résultats contradictoires qui nuisent à la fiabilité de la démarche positiviste comme mode d'accès à la normativité du droit international.

Partir de l'épithète *positum* comme critère, revient à se demander si les normes du droit international ont été posées ou voulues par les États. La question suscite au moins deux observations. Tout d'abord, le droit international, tout comme le droit interne d'ailleurs, s'est constitué en partie par les principes du droit naturel. Du moment que le positivisme juridique rejette tout ce qui mêle droit positif et droit naturel, du moment que la juridicité et la positivité se con-

55. Voir A. DUFOUR, *loc. cit.*, note 34, p. 70.

56. Voir P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », (1992) 237 *RCADI* 9-370, p. 76. Voir aussi *supra*, note 50 et texte correspondant.

fondent, il n'existe plus de droit international du tout. En conséquence, le positivisme juridique brise une unité, sinon une coexistence, que les négateurs du droit international d'antan maintenaient tout de même⁵⁷. Ensuite, ayant longtemps tenté de coller au droit international l'étiquette d'une « primitive legal system »⁵⁸, le positivisme juridique nie sa juridicité en réduisant ses règles à une simple « international morality »⁵⁹ ou bien une « positive international morality »⁶⁰, ou encore à des « relations internationales »⁶¹, voire à des « patterns of practice »⁶², plutôt que d'y voir des règles juridiques véritables. Et même le célèbre Charles Rousseau ne renforçait-il pas cette conception avec ses chroniques des « faits internationaux »⁶³ ?

En second lieu, les règles du droit international ne sont pas toutes issues de procédés formels de création⁶⁴. En adoptant donc ce critère, bon nombre d'entre elles ne seraient pas traitées comme des règles juridiques, et parmi lesquelles les

57. Roberto Ago démontre par exemple que même si un auteur comme Pufendorf soutenait que « seule l'émission d'une règle par un législateur supérieur » pouvait être considérée comme fait volontaire capable de créer du droit positif, le but n'était pas de nier le droit international. Au contraire, ceci revenait tout simplement à dire qu'il s'agissait là de « règles d'une certaine espèce, mais des règles de droit tout de même ». Voir R. AGO, *loc. cit.*, note 32, p. 23.

58. Y. DINSTEIN, « International Law as a Primitive Legal System », (1986) 19 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 1-32, soutenant que sous certains aspects, le droit international ressemble à une « primitive law », notamment en ce qui concerne l'importance accordée à la coutume, aux repréailles et au lien avec la religion; voir aussi H.L.A. HART, *Le concept du droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, pp. 116-125, décrivant les règles des communautés primitives; ou en version originale, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, pp. 89-96.

59. Voir POMEROY, *Lectures on International Law in Time of Peace*, éd. par Woolsey, Boston et New York, 1886, para. 28, p. 23 ss, 28; cité par R. AGO, *loc. cit.*, note 32, p. 23.

60. Voir J. AUSTIN, *supra* note 48, Part I, § 1, Lec. V, pp. 65, 74 ss, Lec. VI, p. 85; cité par R. AGO, *Ibid.*

61. Stephen semble convaincu que les relations entre les États sont toujours des relations non juridiques. Voir STEPHEN, *International Law and International Relations*, Londres, 1884, Introduction, aux pp. IV ss, 10 ss, 45 ss; cité par R. AGO, *Ibid.*

62. Voir P.E. CORBETT, *Law and Society in the Relations of States*, New York, Harcourt, Brace and Company, 1951, pp. 8-9, 91-257; cité par R. AGO, *Ibid.*

63. La *Revue générale de droit international public* a bien conservé cette rubrique jusqu'à aujourd'hui.

64. Ainsi de Roberto Ago pour qui les normes d'origine spontanée « sont logiquement dépourvues de toute "source formelle" ». R. AGO, « Science juridique et droit international » (1956) 90 *RCADI* 851-958, p. 929.

plus essentielles comme la coutume⁶⁵ et les principes généraux du droit⁶⁶; bien qu'une certaine doctrine ait pu classer la coutume dans le camp des sources formelles en soutenant que « le droit coutumier a dû être construit comme un *traité tacite*; » et donc, les règles coutumières découlent de la volonté commune des États exprimée d'une façon tacite⁶⁷. Mais l'on exclurait également les règles qui résultent des processus communautaires, en l'occurrence le consensus⁶⁸, les résolutions des organisations internationales⁶⁹ et le *jus cogens* dont nous parlons ci-dessous.

Par ailleurs, si l'on part du critère du « droit en vigueur », outre le problème de validité et d'effectivité, l'on aboutit à une double incertitude. Premièrement, la séparation entre « droit posé » et « droit en vigueur » ne permet pas de donner une définition précise du droit international. C'est ainsi que certains auteurs l'ont tout simplement défini comme le droit qui est effectivement suivi par les États et appliqué par les tribunaux internationaux⁷⁰. Cela pose, en second lieu, la nécessité

65. Voir B. STERN, « La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions », dans *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Éditions A. Pedone, 1981, 479-499, p. 479 : « la coutume occupe une place de choix dans l'ordre international : "la coutume est encore plus centrale que le traité" », citant P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, Coll. U., Paris, Armand Colin, 1972, p. 38. C'est pourquoi, Hans Kelsen concède que pour sa théorie pure du droit, « il ne fait aucun doute que la coutume ait un rôle créateur du droit, — tout comme la législation », H. KELSEN, *op. cit.*, note 16, p. 307.

66. D'ailleurs, le courant positiviste redoute leur qualité comme source autonome et soutient au contraire que pour être connus, les principes généraux du droit « require their formal validation through custom ». Voir G.M. DANILENKO, *op. cit.*, note 50, pp. 179, 187.

67. Voir A. VON VERDROS, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », (1935) 52 *RCADI* 195-251, p. 198.

68. Voir G.M. DANILENKO, *op. cit.*, note 50, p. 200 : « There is no serious evidence... that the community of states has abandoned the idea of the "predetermined" formal categories [de l'art. 38 des Statuts de la CJI] of sources and accepted consensus, whatever its particular interpretation, as an independent method of law-making ».

69. Voir P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international? », (1982) 86 *RGDIP* 5-47, p. 40.

70. Voir C. APOSTOLIDIS, *op. cit.*, note 8, p. 96. Voir aussi M. VIRALLY, *op. cit.*, note 18, p. 85 : « La norme de droit positif est celle qui appartient à un ordre juridique effectivement appliqué — même si elle ne l'est pas elle-même »; cité par C. APOSTOLIDIS, *Ibid.*; C. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1970, p. 163 : « Le droit international positif est celui qui reçoit une application effective dans les rapports entre États en raison du caractère obligatoire que ceux-ci lui reconnaissent »; cité par C. APOSTOLIDIS, *Ibid.*

de faire la distinction entre *lex lata* (droit établi) et *lex ferenda* (droit en développement). Il ne suffit pas, soutient-on, qu'une norme ait une existence historique; encore faut-il qu'elle « oblige et confère des obligations de façon actuelle » (*lex lata*)⁷¹, au lieu de se limiter à exprimer le droit simplement désiré (*lex ferenda*).

Cependant, la distinction n'est pas toujours aisée. De prime abord, en raison notamment de l'idée de source formelle, le traité (ou la convention) jouit d'une autorité de *lex lata* incontestée. La coutume étant d'origine spontanée, elle doit son autorité à deux éléments : la pratique des États et l'*opinio juris*, soit leur conviction (généralement exprimée à travers des déclarations) selon laquelle ils se conforment à une règle obligatoire. La distinction risque de s'estomper, disions-nous, lorsque différents genres normatifs sont mélangés à l'intérieur d'un même texte juridique avec l'inclusion de nouvelles règles. La convention de codification, par exemple, mêle « mise en forme écrite de règles coutumières, valables indépendamment de tout texte conventionnel, et formulation de nouvelles règles, de nature purement conventionnelle », défiant ainsi toute tentative de discernement formel⁷². Tel fut particulièrement le cas dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁷³, qui codifiait le *jus cogens* en lui attribuant même un rang supérieur⁷⁴.

71. Voir M. VIRALLY, « À propos de la "lex ferenda" », dans *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : Unité et diversité*, Paris, Éditions A. Pedone, 1981, 519-533, p. 519.

72. *Id.*, p. 523. Nombre d'auteurs le reconnaissent, tout en maintenant la nécessité de faire la distinction. Voir P. WEIL, *loc. cit.*, note 69, p. 25, pour qui « il est à la fois difficile et nécessaire de distinguer ce qui, à l'intérieur d'une... convention, est déclaratoire d'une règle coutumière déjà formée ou cristallise une règle en voie de formation, d'une part, et ce qui constitue un développement du droit, c'est-à-dire une norme nouvelle, d'autre part. »; voir aussi G.M. DANILENKO, *op. cit.*, note 50, p. 16 : « While the distinction between law and other normative prescriptions and the threshold between *lex ferenda* and *lex lata* may be difficult to apply in certain situations, the recognition of such borderlines is crucial for the concept of law ».

73. *La Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 53.

74. Le *jus cogens* se conçoit comme un droit d'application générale. Plus précisément, il réfère à une « norme impérative du droit international général... à laquelle aucune dérogation n'est permise » (art. 53, *Convention de Vienne sur le droit des traités*). Par exemple, l'interdiction du crime de génocide, de l'apartheid et des crimes contre l'humanité. En raison de ce caractère impératif, le *jus cogens* prône

Le courant positiviste ne méconnaît pas cette difficulté, mais il impose malgré tout la nécessité de faire la distinction entre *lege lata* et *lege ferenda*⁷⁵. En conséquence, les nouvelles règles sont perçues comme une menace à la normativité du droit international, dans la mesure où elles ne se déduisent pas d'une source formelle⁷⁶ ou, en ce qui concerne le *jus cogens* à tout le moins, ne s'imposent pas coutumièrement avant leur codification⁷⁷ et qui plus est, poussent le droit international « vers davantage de morale et de solidarité » sans égard à l'assentiment des États⁷⁸. Partant donc de

implicitement la notion d'obligations *erga omnes*, une notion rejetée par le courant volontariste d'abord parce qu'elle semble faire abstraction de l'assentiment des États; voir G.M. DANILENKO, *loc. cit.*, note 50, p. 214, qui allègue que le concept du *jus cogens* n'entre dans la sphère du droit positif que par « [t]he call for positive validation of peremptory norms through the "acceptance" and "recognition" by the community of states as a whole... »; mais aussi parce qu'elle laisse intacte la question des sujets de droit capables d'invoquer sa violation; voir P. WEIL, *loc. cit.*, note 69, pp. 31, 26 affirmant qu'« il n'existe traditionnellement pas d'obligations internationales *erga omnes* : à chaque État de protéger ses propres droits; nul n'a à se faire le champion des droits des autres. »

75. Voir P. WEIL, *id.*, p. 25, pour qui « il est à la fois difficile et nécessaire de distinguer ce qui, à l'intérieur d'une [...] convention [de codification], est déclaratoire d'une règle coutumière déjà formée ou cristallise une règle en voie de formation, d'une part, et ce qui constitue un développement du droit, c'est-à-dire une norme nouvelle, d'autre part [...] »; G.M. DANILENKO, *id.*, p. 16 : « While the distinction between law and other normative prescriptions and the threshold between *lex ferenda* and *lex lata* may be difficult to apply in certain situations, the recognition of such borderlines is crucial for the concept of law. »

76. Les critiques des normes du *jus cogens*, par exemple, abondent en ce sens. Voir R.-J. DUPUIS, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Économica/Unesco, 1986, p. 152 : « [L]e *jus cogens* se présente comme une création antipositiviste »; voir aussi C. DE VISSCHER, "Positivisme et *jus cogens*", (1971) 75 *RGDIP* 5-11, p. 9, « la norme impérative procède directement d'un jugement de valeur morale ou sociale; » G.M. DANILENKO, *id.*, p. 214, qui soutient que « the absence of any international legislature capable of imposing legal rules on the members of the World community is a major obstacle highlighting the tenuous ground for the very existence of international *jus cogens* ».

77. Sous-entendu, s'il faut considérer le *jus cogens* comme du droit coutumier, une convention ne peut incorporer ses règles que si celles-ci s'affirment au préalable par la pratique des États et l'*opinio juris*. Voir M. VIRALLY, *loc. cit.*, note 71, p. 524 : « [I] est difficile de soutenir que l'idée de *jus cogens* s'était imposée coutumièrement avant qu'elle eût été adoptée par la Commission du droit international, puis par la Conférence de Vienne. L'article 53 fait donc partie du "développement progressif" »; voir aussi G.M. DANILENKO, *id.*, p. 247 : « as a practical matter it appears that treaties are able to contribute to the development of general norms of *jus cogens* only with the help of the customary process ».

78. Voir P. WEIL, *loc. cit.*, note 69, p. 19; voir aussi G.M. DANILENKO, *id.*, p. 193, réaffirmant « the predominant role of states and consent » dans la création du droit.

la codification initiale du *jus cogens*, les critiques s'étendent aux tentatives de créer d'autres règles du même genre par le biais des résolutions des organisations internationales, en particulier celles de l'Assemblée générale des Nations Unies⁷⁹, ainsi qu'aux développements récents en droit international économique, du développement et de l'environnement, dans la mesure où ils contiennent des règles qu'on qualifie de « soft law »⁸⁰ ou bien, selon la terminologie de René-Jean Dupuis, de « droit déclaratoire et droit programmatore »⁸¹.

Tout bien considéré, il faut reconnaître avec Ota Weinberger que « la limitation des contenus juridiques valides aux prescriptions explicitement établies dans les sources formelles du droit est d'un intérêt pour l'examen analytique du droit, dans la mesure où il s'agit d'une voie relativement simple pour la reconstruction logique et idéale du système juridique »⁸². Seulement, cette conception restrictive du droit positif finit aussi par réduire le positivisme juridique à l'impuissance lorsqu'il est question de la normativité du droit international. Fonder cette normativité s'avère difficile, dans la mesure où l'idée d'établissement laisse le problème de normes d'origine spontanée, tout comme celui de développements récents invoqués ci-dessus, irrésolu. Cette idée étant en elle-même loin de tirer à conséquence, la contradiction entre la théorie et la pratique est dès lors inévitable. C'est

79. Selon P. WEIL, *id.*, p. 22, accepter que « des normes impératives peuvent trouver leur origine dans les résolutions... conduirait à transformer, par la magie d'une mystérieuse alchimie, des actes non normatifs en actes à normativité renforcée »; voir aussi M. VIRALLY, *loc. cit.*, note 71, p. 20 : « la déclaration adoptée par voie de résolution ne peut constituer un prononcé *de lege lata* que si elle se borne à constater et à formuler des règles ou des principes faisant déjà partie du droit international positif »; G.M. DANILENKO, *id.*, pp. 203-210.

80. Voir M. VIRALLY, *id.*, p. 527 : « On ne demeure au plan de la *lex lata* que si ces développements... ont déjà pénétré dans le droit positif par voie de la coutume. » Voir aussi G.M. DANILENKO, *id.*, p. 20 : « the endorsement of « soft law » results in an unprecedented expansion of the concept of law into areas of normative regulation which have never been considered as belonging to the law proper ».

81. R.J. DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatore : de la coutume sauvage à la soft law », dans *L'élaboration du droit international public. Colloque de Toulouse*, Paris, Pedone, 1975, pp.132-148.

82. O. WEINBERGER, *loc. cit.*, note 6, p. 124.

ainsi que l'on n'hésitera pas, quitte à trahir les prémisses positivistes, à se soumettre à la réalité historique du droit⁸³.

Les prémisses positivistes ne pouvant servir à fonder le droit international, peut-on par ailleurs affirmer qu'il n'existe pas de droit international en dehors de la positivité? Chose certaine, le positivisme juridique a du mal à composer avec les développements récents en droit des organisations internationales. Tantôt parce que l'on y trouve parfois des formulations qui expriment plus « des objectifs ou des programmes »⁸⁴ que des obligations proprement juridiques; tantôt en raison de ce que des acteurs non étatiques deviennent plus actifs dans le processus de création du droit⁸⁵. Cela dit, comment réfuter le droit international de ce seul fait sans sombrer dans les simplismes et généralisations⁸⁶? S'il est

83. En énonçant ce qu'on entend par « droit positif », le professeur Prosper Weil admet volontiers qu'« une telle approche n'interdit évidemment pas de reconnaître que les normes positives (c'est-à-dire en vigueur) ne sont pas toutes " posées " par des " sources formelles " ou issues de faits normatifs précis, mais peuvent tout aussi bien être le fruit d'une formation " spontanée " » P. WEIL, *loc. cit.*, note 69, p. 17.

84. O. WEINBERGER, *Id.*, p. 43; Voir aussi C. CHINKIN, « Normative Development in the International Legal System », dans D. SHELTON, dir., *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2002, 21-42, p. 28.

85. Voir I.I. LUKASHUK, « Customary Norms in Contemporary International Law », dans J. MAKARCZYK, *op. cit.*, note 5, 487-516, pp. 501-02 : « In the past, unilateral and bilateral attestations predominated. Today, when the process of creation of customary norms has to an increasing degree become collective attestations moved to the fore — primarily conventions, as well as a resolutions of international organizations and conferences. »; M. SAHOVIC, *loc. cit.*, note 5, p. 279 : « Les pouvoirs dont ils [les États] disposent, les compétences ne découlent plus exclusivement de leur souveraineté et dépendent de plus en plus des normes approuvées par la communauté internationale dans le cadre de laquelle ils participent à leur adoption. »; K. WOLFFE, « Some Reflections on Kinds of Rules and International Law-Making by Practice », dans J. MAKARCZYK, *id.*, note 5, 587-95, p. 592 : « Lately, one may observe in the literature a growing criticism of the traditional requirement of State consent in international law-making ».

86. Christine Chinkin souligne avec à propos que « the richness of contemporary international law and the broad differences in its form, purpose, style, and participants make illusory attempts to construct any systematic framework for the analysis of soft law that is not interspersed with exceptions, or framed at such a high level of abstraction that its usefulness is diminished », C. CHINKIN, *loc. cit.*, note 84, p. 25; de même, Dinah Shelton soutient que « [t]he relative simplicity of traditional international law necessarily has given way to complex forms, processes, instruments, and norms. » D. SHELTON, « Law, Non-Law and the Problem of "Soft Law" », dans D. SHELTON, *op. cit.*, note 84, 1-18, p. 7.

vrai que le droit se distingue du non-droit par un contenu formel précis (*hard*), plutôt qu'incertain (*soft*), un tel contenu est-il nécessairement fonction d'un acte d'établissement⁸⁷? En outre, comment expliquer le contenu vague de certaines normes créées formellement sans recourir à des considérations non strictement juridiques⁸⁸? Inversement, le droit spontané ou d'origine communautaire est-il automatiquement associable au droit mou (*soft*)⁸⁹ et ce dernier est-il dénué de toute efficacité⁹⁰? Sinon, accepter qu'un tel droit régleme effectivement les affaires internationales, n'est-ce

87. Voir Louis B. Sohn commentant favorablement la décision de la Cour internationale de justice dans l'arrêt *Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, (1986) RCIJ 14 : « [I]t is the consensus in the General Assembly that establishes the more precise principles, not the fact that the power of the Assembly is based on the Charter ». L.B. SOHN, « Enhancing the Role of the General Assembly of the United Nations in Crystallizing International Law », dans J. MAKARCZYK, *op. cit.*, note 5, 549-61, p. 552; Voir aussi C. CHINKIN, *loc. cit.*, note 84, p. 38, s'appuyant sur la décision récente du même tribunal dans l'arrêt *Qatar c. Bahreïn* (compétence et recevabilité) qui a accordé un effet juridique (contraignant) aux termes d'un procès-verbal d'une réunion, signé par les parties, pour soutenir que « [f]orm is not determinative in that binding obligations can be created in numerous other ways, for example through oral agreements, unilateral statements, minutes, exchange of letters, and even through an intermediary »; I.I. LUKASHUK, *loc. cit.*, note 85, p. 508 : « The norm is created as a result of attribution by the States of legal force to rules contained in the resolution »; Vladimir-Djuro Degan, pour qui la positivité n'est pas une qualité intrinsèque à la norme, mais elle s'acquiert par la pratique des États. Aussi le volontarisme aurait tort de rejeter « specific obligations of States arising from the rules of general international law », parce que « all concepts of the objective law [...] must be ultimately proved or rejected by what actually becomes the positive law [...] ». V.-D. DEGAN, « Some Objective Features in Positive International Law », dans J. MAKARCZYK, *op. cit.*, note 5, 123-46, p. 126.

88. Voir H.E. CHODOSH, « An Interpretive Theory of International Law : The Distinction Between Treaty and Customary Law », (1995) 28 *Vand. J. Transnat'l L.* 973-1068, pp. 1015-17 : « treaty may be [...] equally soft, frequently ambiguous in order to obtain maximum agreement [...] »; Voir aussi C. LIPSON, « Why are Some International Agreements Informal », (1991) 45 *Int'l Org.* 495-538, p. 498 : « Written agreements [...] permit the parties [...] to create deliberate ambiguity and omissions on controversial matters »; pour quelques exemples de dispositions à contenu incertain, Voir P. WEIL, *loc. cit.*, note 56, pp. 217-18.

89. Voir H.E. CHODOSH, *id.*, p. 1015 : « Some customary law is [...] occasionally considered "instant", based on the conscious belief of legal obligation, and universally binding ».

90. L'on reproche aujourd'hui aux tenants du positivisme rigoureux de s'être attardés sur la question de l'effet théorique des normes non contraignantes, sans se demander si ces normes sont en pratique suivies par les États. Voir D. SHELTON, *loc. cit.*, note 86, p. 1.

pas reconnaître l'existence d'un droit « en vigueur » dans l'ordre international, mais non établi formellement⁹¹ ?

En raison de ces faiblesses et autres que nous allons examiner ci-dessous, les auteurs de toutes tendances ne cessent de réagir face au positivisme rigoureux. Certains opposent à l'exclusion des principes moraux, un positivisme inclusif⁹². D'autres militent en faveur de la reconnaissance des règles dont on perçoit l'existence sans devoir remonter à une source formelle⁹³. D'autres encore prônent l'élargissement de la notion de positivité⁹⁴ ou bien de la théorie des sources⁹⁵, voire

91. Voir I.I. LUKASHUK, *loc. cit.*, note 85, p. 497 : « [R]ules continuously crop up which, although lacking the requisite definiteness, nonetheless regulate international relations. » Il faut toutefois prévenir avec l'auteur que « there are no grounds for rushing to ascribe legal force to such norms without adequate reason for doing so ». À titre d'illustration, le commerce international des pesticides et produits chimiques dangereux a été pendant plusieurs années réglementé par deux instruments non contraignants, administrés conjointement par la FAO et le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) et ce, bien avant l'adoption en 1998 d'une convention juridiquement contraignante; pour une discussion, voir M.A. MEKOUAR, « Pesticides and Chemicals: The Requirement of Prior Informed Consent », dans D. SHELTON, dir., *op. cit.*, note 84, 146-63. De même, la résolution 46/215 du 20 décembre 1991 de l'Assemblée générale des Nations Unies imposant un moratoire général sur la pêche hauturière au grand filet pélagique dérivant est désormais considérée comme s'étant cristallisée en « binding, customary international law », voir M.E. O'CONNEL, « The Role of Soft Law in a Global Order », dans D. SHELTON, éd., *id.*, 100-114, p. 112; pour une discussion, voir D.R. ROTHWELL, « The General Assembly Ban on Driftnet Fishing », dans D. SHELTON, dir., *id.*, 121-46; C. CHINKIN, *loc. cit.*, note 84, p. 36.

92. Voir W.J. WALUCHOW, *loc. cit.*, note 31, p. 394, qui soutient que d'après le positivisme inclusif, « [i]t is conceptually possible [...] that determinations of law can be a function of moral considerations ».

93. Voir R. AGO, *loc. cit.*, note 49, 390, pour qui le terme positivisme juridique devrait inclure les normes « which formed spontaneously and not by virtue of specific acts of creation [...] »; voir aussi Brigitte Stern qui trouve cette « intuition juste en ce qu'elle concentre l'attention sur la règle coutumière plus que sur le processus coutumier », B. STERN, *loc. cit.*, note 65, p. 484; O. WEINBERGER, *loc. cit.*, note 6, p. 124 : « [L]a structure ouverte du système juridique et la nécessité pratique de définir autant que faire se peut son contenu renforcé également l'idée de considérer chaque élément factuellement existant comme partie constituante du système juridique ».

94. Ainsi de Hendrik Philip Visser't Hooft qui écarte le terme « positivisme » au profit de « la positivité [...] qui] n'a rien à voir avec une théorie restrictive des sources du droit, ni avec une perspective hostile à toute éthique sur les phénomènes juridiques [...] » H.P. VISSER'T HOOFT, « Pour une mise en valeur non positiviste de la positivité du droit », (1989-90) 10 *Droits* 105-08, p. 106.

95. Voir K. WOLFKÉ, « Some Reflections on Kinds of Rules and International Law-Making by Practice », dans J. MAKARCZYK, *op. cit.*, note 5, 587-95, p. 587 : « At present, [...] in face of the amassed practice, it is already undisputable that to the

une approche scientifique de la *lex ferenda*⁹⁶. Quoi qu'il en soit, Roberto Ago avait vu juste en identifiant la réticence à abandonner complètement l'idée de « positing », qui fait de la source formelle son objet de prédilection, comme principal obstacle à la réalisation d'un positivisme élargi⁹⁷. Dans la deuxième partie de cet article, nous allons voir comment cette idée se transforme en critère de validité des normes juridiques, tout en influant sur les notions d'effectivité et de sanction.

II. LA DÉTERMINATION DE LA VALEUR DES NORMES JURIDIQUES

Le postulat selon lequel seul le droit positif est droit, c'est-à-dire qu'il existe une identité entre « droit positif » et « droit » tout court, comporte une conséquence importante : la valeur juridique des normes n'est plus à rechercher ailleurs. En effet, selon le positivisme juridique, « est juridiquement

triad (conventional and customary rules and general principles) at least yet rules made by international organizations must be added »; D. SHELTON, *loc. cit.*, note 86, p. 11, suggérant que « the concept of international law, or the list of sources of international law, requires expansion »; M. SAHOVIC, *loc. cit.*, note 5, p. 279 : « Les pouvoirs dont ils [les États] disposent, les compétences ne découlent plus exclusivement de leur souveraineté et dépendent de plus en plus des normes approuvées par la communauté internationale dans le cadre de laquelle ils participent à leur adoption; » L.B. SOHN, *loc. cit.*, note 87, p., considérant que la pratique du consensus traduit « the growing acceptance by the community of nations of a new theory of sources of international law ».

96. Voir O. WEINBERGER, *loc. cit.*, note 6, p. 120 : « [L]es arguments de *lege ferenda* forment, tout autant que les réflexions de *lege lata*, une partie constitutive de la science juridique »; C. CHINKIN, *loc. cit.*, note 84, p. 23 : « International law now comprises a complex blend of customary, positive, declaratory and soft law. From this perspective, drawing a formal distinction between hard and soft obligations is less important than understanding the processes at work within the law-making environment and the products that flow from it ».

97. R. AGO, *loc. cit.*, note 49, p. 390. Par exemple, le professeur W.J. Waluchow, fervent défenseur du positivisme inclusif, affirme que « [w]hat unifies Inclusive and Exclusive Positivism is their commitment to the conceptual claim that, in conceiving of law, we are conceiving of a *convention-based* social practice with its own internally sanctioned criteria for what counts as a valid legal standard ». W.J. WALUCHOW, *loc. cit.*, note 31, p. 395 (nous soulignons). Aussi convient-il de remarquer que le contenu du positivisme élargi ou inclusif comme alternative doit encore être systématisé. Parmi les tendances identifiées, voir *supra*, notes 92 à 96 et textes correspondants, la plus développée se rapporte peut-être au droit naturel. Voir particulièrement W.J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press; New York, Oxford University Press, 1994.

valable la norme qui satisfait aux exigences de conformité propres au droit »⁹⁸. La validité et l'effectivité sont donc essentielles pour la définition positiviste du droit⁹⁹. Elles posent, d'une part, le problème du fondement de la validité et impliquent, d'autre part, la notion de sanction. Nous allons, dans un premier temps, examiner le rapport entre l'effectivité et la validité dans la qualification des normes juridiques. Ensuite, nous aborderons la question de la sanction comme élément de définition du droit, avant de tirer, en dernier lieu, les conséquences concernant la valeur des règles du droit international.

A. VALIDITÉ ET EFFECTIVITÉ DES NORMES JURIDIQUES

Nous avons vu précédemment que la normativité, c'est-à-dire le caractère obligatoire des normes juridiques, appartient à l'ordre du devoir-être, tandis que l'acte de volonté qui l'impose de l'extérieur, fait partie du monde de la réalité, du fait. Dans la pensée positiviste, le caractère obligatoire d'une norme relève de sa validité. Une norme est valable, non par référence à son contenu, mais en raison de ce qu'elle a été créée conformément à une règle déterminée. Ayant en tête l'idée qu'une norme exprime un devoir-être, lui permettant finalement d'être sanctionnée, Hans Kelsen conçoit la validité comme « le mode d'existence spécifique des normes »¹⁰⁰. Cela équivaut à dire, soutient Paul Amselek, que la validité du

98. De la PRADELLE, *L'homme juridique. Essai critique de droit privé*, Presses universitaires de Grenoble, 1979, p. 27; cité par C. APOSTOLIDIS, *loc. cit.*, note 8, p. 94. Voir aussi W.J. WALUCHOW, *ibid.*: le droit positif compte avec « its own internally sanctioned criteria for what counts as a valid legal standard. »; G.M. DANILENKO, *op. cit.*, note 50, p. 17: « [T]he mere fact that certain rules have been generated by the established law-making procedures is the principal reason for their validity »; U. SCARPELLI, *loc. cit.*, note 10, pp. 50-51: « Dire qu'une norme est valide signifie qu'elle doit être considérée comme existant dans le système et qu'elle doit y remplir sa fonction spécifique ».

99. Michel Virally le dit clairement: « Effectivité et validité représentent les deux idées par lesquelles se définit le droit positif ou plutôt, car elles diffèrent assez pour ne pas être toujours associées dans la réalité, les deux pôles entre lesquels il va prendre forme ». M. VIRALLY, *op. cit.*, note 18, p. 137.

100. H. KELSEN, *op. cit.*, note 16, p. 13. Pour lui donc, une norme positive n'existe que lorsqu'elle est valable. De ce point de vue, il est clair que la juridicité — qui est fonction de la positivité — et la validité se confondent: une norme est juridique parce qu'elle valide en vertu d'une autre norme.

droit positif est l'obligation qu'ont les individus d'y obéir¹⁰¹. Elle constitue, de préciser Michel Virally, « une condition d'existence du droit positif. Elle lui confère la force obligatoire sans laquelle il ne serait pas autre chose qu'une suite de propositions intellectuelles »¹⁰².

Par conséquent, si les normes énoncent des valeurs qui doivent être imposées à ses destinataires, la validité est là pour marquer le passage de valeurs exprimées par ces normes à l'objectivité de leurs conséquences sociales¹⁰³. Dès lors, définir le droit positif en termes de validité revient à noter que le droit est valable dans la mesure où les individus ont l'obligation de s'y conformer, en vertu de son caractère effectivement positif¹⁰⁴. Comme l'exprime Hans Kelsen, « dire qu'une norme se rapportant à la conduite d'êtres humains « est valable (*gilt*) », c'est affirmer qu'elle est obligatoire (*verbindlich*), que ces individus doivent se conduire de la façon qu'elle prévoit »¹⁰⁵.

Mesurer la validité des normes par la conformité de la conduite humaine soulève toutefois un problème parce qu'il y a des normes qui restent lettre morte. Pour contourner cet obstacle, le positivisme juridique se doit de recourir à la notion d'effectivité. En termes clairs, l'on soutiendra que le droit positif « se caractérise par son effectivité, c'est-à-dire par la conformité des faits à ses impératifs »¹⁰⁶. En d'autres mots, l'effectivité est ce qui permet à la norme de réaliser ce qu'elle prescrit, de façon à ce qu'elle ait un caractère valable¹⁰⁷.

101. P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, p. 343. L'auteur rend bien compte de la conséquence de l'hypothèse méthodologique de Kelsen lui-même, selon laquelle la norme tenue pour positivement juridique est celle à laquelle les individus doivent effectivement obéir, *supra*, note 100. Voir aussi *infra*, note 105 et texte correspondant.

102. M. VIRALLY, *op. cit.*, note 18, p. 142.

103. *Id.*, p. 45.

104. Voir P. AMSELEK, *op. cit.*, note 101, p. 341.

105. H. KELSEN, *op. cit.*, note 16, p. 255. Toutefois, l'auteur ajoutera plus loin qu'« [u]ne norme juridique considérée isolément ne perd pas sa validité par le fait qu'elle n'est pas efficace, c'est-à-dire qu'elle n'est pas obéie ou pas appliquée seulement dans un certain nombre de cas où elle devait être », *id.*, p. 287.

106. Voir M. VIRALLY, *op. cit.*, note 18, 137.

107. C'est ce que Hans Kelsen explicite en ces termes : « On ne considère une norme comme objectivement valable que si la conduite humaine qu'elle règle y correspond effectivement [...] Une norme qui n'est appliquée ni suivie nulle part ni jamais, c'est-à-dire une norme qui [...] ne bénéficie pas d'un minimum d'« efficacité »,

Dès lors, sans la conformité des comportements aux normes formulées, sans les actes d'obéissance socialement observables de la part de ceux dont les normes prétendent ordonner le comportement, il n'est pas possible de parler de normes « positivement » juridiques, et donc valables. Ainsi précisément, le positivisme assujettit la validité à l'effectivité. À ce propos, Hans Kelsen se veut explicite : « Une norme cesse d'être valable quand les individus dont elle règle la conduite ne l'observent plus dans une mesure suffisante. L'efficacité est donc une condition de sa validité. »¹⁰⁸

Toutefois, s'il est possible d'affirmer que l'effectivité est la condition de la validité, la question se pose de savoir quel est le fondement de cette validité. Nous avons vu plus haut que le positivisme ne tient pour juridique que la norme qui est issue d'une source formelle préétablie. À ce stade de notre réflexion, nous pouvons maintenant compléter cette idée en disant que par le fait qu'une norme découle d'une norme supérieure, celle-ci fonde également sa validité. Mais comme on ne peut remonter à l'infini, il faudra bien s'arrêter quelque part. C'est ainsi que l'on arrive à postuler la norme fondamentale comme norme suprême ou norme de production juridique dont dépend l'ensemble de règles ainsi que leur qualité.

En somme, le positivisme juridique établit une hiérarchie qui va de la norme inférieure et aboutit à la norme fonda-

n'est pas reconnue comme une norme juridique objectivement valable ». H. KELSEN, *op. cit.*, note 16, pp. 14-15. À comparer avec Michel Virally : « Une norme valable est celle qui produit effectivement les effets juridiques auxquels elle prétend. En d'autres termes, c'est une norme investie d'une autorité telle qu'elle s'impose au respect de ceux dont elle est censée régler le comportement, soit qu'elle ordonne ou interdise, soit qu'elle permette, soit qu'elle confère des droits ou des pouvoirs juridiques ». M. VIRALLY, « Notes sur la validité du droit et son fondement », dans M. VIRALLY, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, p. 77. Paru également dans *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, 453-467.

108. Voir H. KELSEN, *op. cit.*, note 51, p. 34; *Id.*, note 15, pp. 286-87. Pour sa part, Haesaert note que « l'observation réelle est un élément de la validité juridique. » HAESAERT, *Contingences et régularités du droit positif*, Paris, Champion, 1933, p. 461; cité par P. AMSELEK, *op. cit.*, note 101, p. 341.

mentale¹⁰⁹. En ce qui concerne le droit international, Hans Kelsen avait d'abord soutenu, comme bien d'autres, l'idée selon laquelle la règle *pacta sunt servanda* (il faut respecter les engagements souscrits) fonde l'ordre international; mais il l'a rejetée quelques années plus tard¹¹⁰, tout comme le font certaines études aujourd'hui¹¹¹. De façon générale, la norme fondamentale répond, au dire même de Hans Kelsen, à la question de savoir « pourquoi les normes de cet ordre juridique doivent être obéies et appliquées » et c'est elle qui « érige l'édiction et l'efficacité en conditions de validité »¹¹². Une fois posées les conditions de sa validité, il ne manque à la norme juridique qu'un cachet lui permettant d'être utilisée efficacement. C'est la sanction qui le lui offrira.

B. LE PROBLÈME DE LA SANCTION

Le positivisme juridique, avons-nous dit, se veut une démarche scientifique. Qu'à cela ne tienne, la sanction ou la contrainte ne sera pas conçue autrement que comme une donnée de l'observation¹¹³. Elle est un élément de la définition du droit¹¹⁴. Paul Roubier par exemple, y voyait « un caractère original, qui distingue la règle de droit d'autres

109. Par exemple, un acte de contrainte intervient pour l'exécution d'un contrat. Cet acte se produira à la suite d'un jugement. Ce jugement sera lui-même valide parce que la loi habilite le magistrat à donner force obligatoire aux contrats régulièrement passés. La règle de droit générale en question n'est règle de droit que parce qu'elle a été édictée par une autorité législative compétente. Cette autorité se fonde elle-même dans la Constitution. Exemple de Hans Kelsen rapporté par P. ROUBIER, *op. cit.*, note 13, pp. 64-65.

110. Voir H. KELSEN, *op. cit.*, note 16, p. 292 (note 3).

111. P.-M. DUPUY, « L'obligation en droit international », (2000) 44 *Arch.Ph.Dr.* 217-231, p. 211 : « On peut [...] aller jusqu'à se demander si l'on a encore vraiment besoin de la référence « métaphysique » à la norme *Pacta sunt* [...] ».

112. Voir H. KELSEN, *op. cit.*, note 16, p. 286.

113. Pour cette raison, Kelsen dit que « l'affirmation que le droit est un ordre de contrainte se fonde sur une étude comparative des ordres dits juridiques qui existent actuellement ou ont existé au cours de l'histoire. Elle est le résultat de recherches empiriques sur le contenu des ordres sociaux positifs. » H. KELSEN, *op. cit.*, note 51, p. 62.

114. Voir A. DUFOUR, *loc. cit.*, note 34, p. 294 : « Le courant [positiviste], dominant au XX^e siècle, inscrit la définition de la sanction dans la problématique de la détermination des caractéristiques du droit, par rapport à d'autres systèmes normatifs comme la morale, la religion ou les mœurs. »

règles de discipline sociale »¹¹⁵. Hans Kelsen pour sa part, commence son exposé sur la validité du droit international en affirmant que « [l]e droit est un ordre de contrainte : les normes constitutives d'un ordre juridique prescrivent la contrainte »¹¹⁶.

D'autre part, l'on considère généralement la sanction comme un mécanisme qui s'impose du dehors, en raison, semble-t-il, du fait que l'impératif juridique, on l'a vu, a un caractère hétéronome. C'est l'étymologie même du mot qui semble le justifier. Venant du verbe latin *sancire* (consacrer), la sanction, élément extérieur et distinct de la règle prescrivant un comportement¹¹⁷, aurait donc pour fonction de consacrer la norme du dehors, en lui donnant un caractère *saint*, inviolable¹¹⁸. En ce sens, elle serait synonyme de « sceau », de « garantie »¹¹⁹. Dans l'usage, les auteurs apporteront à ce terme quelques nuances, en insistant soit sur l'idée de contrainte¹²⁰, soit sur celle de garantie¹²¹. Mais l'idée de base sera la même : « une sanction socialement organisée, c'est-à-dire définie par le droit et attachée à la conduite contraire à celle ordonnée par une norme juridique »¹²².

De nos jours, la tendance à considérer la sanction comme une institution extérieure au droit, mais que ce dernier utilise pour rendre ses règles effectives, ne fait pas l'unanimité.

115. Voir P. ROUBIER, *op. cit.*, note 13, p. 32.

116. Voir H. KELSEN, *op. cit.*, note 25, p. 125.

117. Voir A. DUFOUR, *loc. cit.*, note 34, p. 296.

118. Voir C.-A. MORAND, « La sanction », (1990) 35 *Arch.Phil.Dr.* 293-312, p. 294.

119. Voir P. AMSELEK, *op. cit.*, note 101, p. 221.

120. Jhering identifiait la sanction à la contrainte et en faisait le critère distinctif de chaque règle de droit : « Une règle de droit dépourvue de contrainte juridique est un non-sens : c'est un feu qui ne brûle pas, un flambeau qui n'éclaire pas » ; cité par C.-A. MORAND, *loc. cit.*, note 118, p. 296. Pour Hans Kelsen, « [d]ans une règle de droit la conséquence imputée à la condition est un acte de contrainte consistant dans le retrait, forcé s'il le faut, de biens tels que la vie, la liberté ou quelque valeur d'ordre économique ou autre. Cet acte de contrainte est appelé sanction ». H. KELSEN, *op. cit.*, note 25, p. 61. De même, Paul Roubier déduit le caractère coercitif de la règle de droit de ce qu'« elle est une règle de discipline des intérêts à l'intérieur d'une société ; » et de conclure, « le concept du droit contient donc celui de la contrainte sociale ». P. ROUBIER, *op. cit.*, note 13, p. 32.

121. Georges Burdeau par exemple dira, en parlant de la norme juridique, qu'« il n'y a pas d'ordre social sans une garantie efficace de son observation. » G. BURDEAU, *Traité de science politique*, tome I, Paris, LGDJ, 1949, p.153.

122. Voir M. VIRALLY, *op. cit.*, note 18, pp. ix, 68.

C'est du moins la critique qu'apporte Amselek en relevant que la sanction, fût-elle judiciaire, « n'est pas un mécanisme extérieur au droit, venant le marquer d'un sceau spécifique; elle s'inscrit plus prosaïquement parmi les techniques juridiques de l'administration publique »¹²³. En d'autres termes, la sanction fait partie de la réglementation juridique qui la prévoit pour certaines normes et s'abstient de le faire pour d'autres¹²⁴. L'auteur voudrait ainsi nous mettre à l'abri du paralogisme par lequel, en tentant de définir le droit par la sanction ou la contrainte, l'on finit par définir le droit par le droit. En effet, pour prendre l'exemple de la sanction judiciaire, le juge ne « sanctionne »-t-il pas une règle de droit qu'en vertu d'une autre règle de droit¹²⁵ ?

Quoi qu'il en soit, le positivisme juridique ne considère comme norme juridique que celle qui peut être « sanctionnée ». Aussi la tâche du théoricien du droit se limite-t-elle à l'étude des normes « valables », c'est-à-dire celles qui s'imposent par leur caractère obligatoire (validité), et auxquelles se conforment les comportements des individus qu'elles visent (effectivité). L'effectivité en tant que condition de validité, de même que le procédé formel qui crée la norme, trouve son fondement dans la norme fondamentale. Finalement, la norme ainsi produite devient effective grâce à la sanction. Qu'en est-il de la normativité du droit international au regard de ces principes ?

C. OBSERVATIONS SUR LA NORMATIVITÉ DU DROIT INTERNATIONAL

La question de la valeur normative des règles du droit international au regard des principes positivistes appelle au moins trois observations. La première concerne la proposition

123. Voir P. AMSELEK, *op. cit.*, note 101, p. 224.

124. *Ibid.* Mohammed Bedjaoui abonde dans le même sens lorsqu'il soutient qu'il est possible qu'un système de normes se développe indépendamment de toute sanction, car, « le droit ne possède pas par lui-même une vertu contraignante, et [...] il ne puise ni dans sa nature ni dans ses finalités la force de s'imposer ou de réprimer la transgression que l'on peut en faire, dès lors que le pouvoir économique-politique ne lui confère pas cette autorité de contrainte ». M. BEDJAOUÏ, *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, Unesco, 1978, pp. 114-15.

125. Voir P. AMSELEK, *Id.*, pp. 222-23.

selon laquelle l'effectivité est la condition de validité des normes juridiques. Les notions d'effectivité et de validité traduisent en fait l'ambivalence déjà introduite entre « droit posé » et « droit en vigueur », à l'intérieur d'un même objet d'étude : droit positif. L'on dira alors que les normes qui ne sont pas suivies par les États ne sont pas valables; parce que « la fonction pratique de la norme juridique c'est de s'appliquer »¹²⁶. L'effectivité neutralise ainsi la validité en tant que critère de juridicité¹²⁷; car, faute d'application effective, certaines normes sont susceptibles de perdre toute validité¹²⁸.

En revanche, l'idée selon laquelle le juriste ne pourra porter son attention que sur les règles qui sont effectivement observées par les États fait difficilement son chemin. L'on s'y objectera évidemment en soulignant que la règle de droit peut être juridiquement valable sans être socialement efficace¹²⁹. Autrement dit, il n'existe pas de lien nécessaire entre ce qu'est la norme en elle-même et ce qu'elle est portée à réaliser. Ainsi que le souligne Charles-Albert Morand, « une norme qui représente un « devoir-être » ou plutôt un « devoir-faire », ne dépend pas pour sa validité de son application effective »¹³⁰. À dire vrai, cette problématique dépasse le cadre du droit international. Aussi bien dans le droit étatique que dans le droit international, l'on ne peut pas dire de toutes

126. Voir C. CHAUMONT, « Cours général de droit international public », (1970) 129 *RCADI* 333-528, 427 : « les règles ne peuvent être détachées des situations concrètes auxquelles elles s'appliquent »; cité par C. APOSTOLIDIS, *op. cit.*, note 8, p. 95. Ici alors, le droit positif n'est plus tout le droit posé, mais il est « limité au droit effectivement en vigueur : seul serait droit le droit qui est appliqué réellement », M. MIAILLE, *op. cit.*, note 9, p. 321.

127. Charalambos Apostolidis signale que « [l]a notion de validité, parce que statique, n'arrive pas à saisir les degrés variables d'application; pour savoir quand une norme internationale n'est plus valable on doit sortir du champ de validité pour chercher la réponse au niveau de l'effectivité ». C. APOSTOLIDIS, *Ibid.*

128. En fait, DE VISSCHER dira que « Tout droit longtemps négligé s'affaiblit par le non-usage : le temps écoulé jette le doute sur son existence, il entame la croyance en son fondement; il enlève aux prétentions ce degré de vigueur qu'exige leur réalisation forcée. » C. DE VISSCHER, *op. cit.*, note 70, p. 323; cité par C. APOSTOLIDIS, *op. cit.*, note 8, 96.

129. Voir C. APOSTOLIDIS, *id.*, p. 95.

130. C.-A. MORAND, *loc. cit.*, note 118, p. 303. Voir aussi D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, vol. I, trad. fr. G. Gidel, Paris, Sirey, 1929, p. 43 : « Les normes juridiques affectent un devoir-être dont la valeur est indépendante du fait que ce devoir est ensuite réalisé ou non. »; cité par P. WEIL, *loc. cit.*, note 56, p. 52.

les règles qu'elles finissent toujours par réaliser ce qu'elles prescrivent. Mais cela dit, n'introduit-on pas un concept de « normativité variable »? Si l'on accepte qu'à côté de normes « obligatoires », il y a des normes « moins obligatoires » ou tout simplement « non obligatoires », doit-on conclure, comme l'observe Charalambos Apostolidis, que ces dernières ne produiront jamais des effets conformes à leur contenu? Et si des actes d'obéissance se produisaient, ceux-ci les rendraient-ils juridiques¹³¹?

La deuxième observation vient de ce que la norme fondamentale est le fondement de validité des normes juridiques. Si les normes ne trouvent leur validité que dans le fait qu'elles découlent d'une norme supérieure, il faut conclure, on l'a dit, que l'hypothèse de la norme fondamentale préconise la déduction comme seule méthode d'accès aux normes juridiques¹³². La conséquence, ici aussi, est que les règles qui existent historiquement sans avoir été produites par des sources formelles, ne peuvent faire l'objet d'une étude scientifique. L'on comprend dès lors pourquoi la question du fondement du caractère obligatoire du droit coutumier international reste irrésolue¹³³.

Tout bien considéré, l'hypothèse même de norme fondamentale contredit la prémisse qui y a conduit; à savoir une norme juridique ne peut trouver sa validité que dans une autre norme. La norme fondamentale n'ayant pas été posée, mais simplement présumée, elle constitue naturellement un événement externe à l'ordre juridique qu'elle a pour mission de fonder. À ce titre, l'on comprend mal comment elle aurait en elle-même la qualité de source de droit¹³⁴. En acceptant donc la norme essentielle qui fonde l'ordre juridique comme simple postulat, n'ouvre-t-on pas finalement une porte d'accès à certaines règles du droit international qui n'ont pas été produites par déduction¹³⁵? Tout compte fait, en

131. Voir C. APOSTOLIDIS, *op. cit.*, note 8, p. 97.

132. Voir R. AGO, *loc. cit.*, note 32, pp. 26-27.

133. Voir Brigitte Stern pour qui cette question « est impossible à résoudre sur le plan strictement juridique ». B. STERN, *loc. cit.*, note 65, pp. 479-80.

134. Voir R. AGO, *loc. cit.*, note 32, p. 30.

135. *Id.*, p. 31.

émittant l'hypothèse de la norme fondamentale, le positivisme n'a guère de choix que de composer avec cette « curieuse infidélité à ses prémisses »¹³⁶.

La dernière observation concerne la proposition suivante : la norme juridique est garantie par une sanction socialement organisée. L'on se rappellera comment la question de la sanction en droit international a séduit les critiques de tous les temps. Hobbes, par exemple, disait que « sans l'épée, les pactes ne sont que des mots »¹³⁷. Pour les mêmes raisons, John Austin dira volontiers, « the improperly so-called international law »¹³⁸. Aujourd'hui comme hier, beaucoup demeurent convaincus que « le droit n'est pas simplement un ensemble de propositions intellectuelles. Il ne mérite son nom que parce qu'il impose le respect, parce qu'il autorise, interdit, ordonne réellement des comportements humains »¹³⁹. L'idée de sanction rime le plus souvent avec celle de sanction judiciaire. Tout récemment, Charles Leben plaçait ainsi le critère décisif d'un ordre juridique international dans le fait que les États *peuvent* recourir à la sanction judiciaire : « C'est cette qualité toute spéciale des règles de droit d'être *justiciables*, i.e. de pouvoir, au moins potentiellement, faire l'objet d'un jugement par un tiers qui constitue la juridicité »¹⁴⁰.

Néanmoins, dans la doctrine contemporaine, la prétention à définir le droit par la sanction est fort discutable : « La sanction », dirait Prosper Weil, « n'est pas consubstantielle à l'obligation juridique »¹⁴¹; sinon, l'on risque de transformer le droit, d'ajouter Paul Amselek, en une « technique de con-

136. Voir C. APOSTOLIDIS, *op. cit.*, note 8, p. 99.

137. Cité par A.M. LACHS, *op. cit.*, note 1, p. 46; P. WEIL, *loc. cit.*, note 56, p. 14.

138. Cité par P. WEIL, *ibid.*

139. M. VIRALLY, *op. cit.*, note 18, pp. 80-81.

140. C. LEBEN, « La juridiction internationale », (1989) 9 *Droits* 143-155, p. 144. Pour une critique de cette idée de « justiciabilité potentielle », voir P. WEIL, *loc. cit.*, note 56, pp. 54-55.

141. Voir P. WEIL, *Ibid.*; voir aussi C.-A. MORAND, *loc. cit.*, note 118, p. 300 : « Les normes prescriptives n'impliquent pas qu'un acte de contrainte doive nécessairement être adopté à la suite d'une violation. Le soi-disant "devoir-être" portant sur l'adoption d'une sanction est en effet tout différent du "devoir-être" contenu dans les normes prescrivant un comportement ».

trainte »¹⁴². À coup sûr, il suffit de penser aux normes habilitantes par exemple, ou à celles créatrices de nouveaux organes, pour convenir avec Charles-Albert Morand que « la réduction du droit à la norme contraignante fait fi de la diversité des normes juridiques »¹⁴³. Il en résulte que chercher la preuve de juridicité du droit (international) dans la sanction judiciaire, équivaudrait à faire fi de ce « que de nombreux actes juridiques échappent à tout contrôle juridictionnel, qu'une norme juridique existe avant même d'être appliquée et non pas dès qu'un juge peut s'exprimer à son sujet »¹⁴⁴. Aussi semble-t-il plus précis de situer cette juridicité « dans la reconnaissance réciproque par les États de droits et obligations les uns envers les autres, dans leur sens du droit et de l'obligation, dans leur conviction du rôle régulateur des relations juridiques »¹⁴⁵. Il faut dire qu'en atterrissant ainsi dans la réalité objective, dans l'existence proprement empirique, l'on est loin de postulats positivistes.

Se rendre à l'évidence selon laquelle le droit ne se définit pas par la sanction implique la reconnaissance d'autres faiblesses de la pensée positiviste. Tout d'abord, non seulement la sanction est incapable de spécifier la règle juridique¹⁴⁶, mais encore l'idée d'un droit-contrainte ne rend pas compte de ce que les normes juridiques sont des « instruments de jugements, de mesure, d'évaluation »¹⁴⁷. De façon certaine, en mettant l'accent sur la sanction l'on transpose en droit

142. En se demandant ce que pensent réellement les auteurs qui insistent sur l'idée de sanction ou de contrainte, Paul Amselek observe que pour eux, le droit « a une « force », une force obligatoire, une force contraignante (idée de « force juridique », de « force de loi »), plus précisément, en ce sens que les individus seraient obligés, seraient forcés, seraient contraints, de se conformer aux règles juridiques ». Voir P. AMSELEK, *op. cit.*, note 101, p. 228.

143. C.-A. MORAND, *loc. cit.* note 118, p. 300.

144. *Id.*, p. 303.

145. Voir P. WEIL, *loc. cit.*, note 56, p. 57.

146. On ne pourrait en fait identifier un critère permettant de qualifier la règle de droit dans une proposition comme celle-ci : « La sanction matérielle organisée est le propre de l'ordre juridique, bien qu'on ne puisse dire de chaque règle le composant qu'elle est effectivement sanctionnée, ni même qu'elle bénéficie à coup sûr d'une possibilité de sanction. La sanction [...] est le caractère de l'ordre juridique *in globo*, et non de ses éléments *ut singuli* ». G. HÉRAUD, « La validité juridique », dans *Mélanges Maury*, II, 1960, p. 479; cité par P. AMSELEK, *op. cit.*, note 101, p. 228.

147. P. AMSELEK, *id.*, p. 229.

international un problème que même le droit interne n'arrive pas à résoudre, dans la mesure où il n'est pas toujours facile d'obliger l'État à respecter les règles du droit constitutionnel ou du droit administratif¹⁴⁸, par exemple.

Par ailleurs, à trop vouloir insister sur l'idée de sanction, judiciaire ou autre, l'on finit par croire que le droit interne constitue le modèle idéal, ou bien, pour emprunter l'expression du professeur Weil, « l'étalon de référence qui permettrait d'évaluer le niveau atteint par le système international »¹⁴⁹. La même conviction conduit, par un raisonnement analogique, à considérer le droit international comme une *lex imperfecta* (droit imparfait)¹⁵⁰ ou incomplet¹⁵¹. Cette idée semble d'ailleurs implicite dans l'expression « sanction socialement organisée »¹⁵².

Dans la même veine, l'on tend à oublier que la société internationale a une structure spécifique : elle est « horizontale », fortement décentralisée¹⁵³. L'on ne peut donc l'assimiler à la société nationale, où il est plus facile de coordonner les mécanismes judiciaires. En fait, s'il est d'autres mesures

148. Voir H. BATIFFOL, *op. cit.*, note 15, p. 20; Voir aussi P. WEIL, *op. cit.*, note 56, p. 54; P. AMSELEK, *id.*, p. 223; C. APOSTOLIDIS, *op. cit.*, note 8, p. 100.

149. Voir P. WEIL, *id.*, p. 55.

150. Paul Roubier par exemple, s'opposait à une quelconque existence « des règles de droit, dénuées de sanction coercitive, qui cependant ne cessent pas de mériter le nom de règles juridiques » parce que, alléguait-il, « il existe en pareil cas des moyens de contrainte indirecte, sinon la règle juridique ne serait véritablement plus une règle de vie sociale ». Ces sanctions indirectes sont donc, en droit international, les sanctions économiques ou les représailles. Voir P. ROUBIER, *loc. cit.*, note 13, pp. 33, 39.

151. Voir M. MIAILLE, *op. cit.*, note 9, p. 321.

152. Henri Batiffol contraste ceux qui nient le droit international à cause de l'absence de sanction avec l'opinion qui, « s'appuyant au besoin sur ce que les sanctions y sont seulement indirectes ou mal organisées, retient la notion d'un droit international ». H. BATIFFOL, *op. cit.*, note 15, p. 20. Pour sa part, James Brierly suit un raisonnement analogue et constate que « [t]he real difference in this respect between municipal and international law is not that the one is sanctioned and the other is not, but that in the one the sanctions are organised in a systematic procedure and that in the other they are left indeterminate. The true problem for consideration is therefore not whether we should try to create sanctions for international law, but whether we should try to organise them in a system. » J.L. BRIERLY, *The Basis of Obligation in International Law. And other papers*, London, Oxford University Press, 1958, p. 202.

153. Voir P. WEIL, *loc. cit.*, note 56, p. 58.

tout aussi efficaces que les mécanismes judiciaires¹⁵⁴, n'est-ce pas faire preuve de simplisme que de soutenir qu'à tous les systèmes de droit doivent correspondre les mêmes mécanismes institutionnels¹⁵⁵?

CONCLUSION

La détermination de la juridicité du droit international à partir des prémisses positivistes s'avère insatisfaisante. Si la norme juridique ne doit intéresser le juriste que dans son contenu formel, en laissant de côté son contenu matériel, la seule question qui se pose alors consiste à savoir si la norme a été valablement posée par une autorité compétente¹⁵⁶. Pourtant, le contenu matériel des règles de droit (objectifs sociaux, choix politiques et moraux, idéal de justice), accorde à celles-ci non seulement une légitimité au regard des sujets de droit¹⁵⁷, mais intéresse en particulier le juriste dans la pratique du droit¹⁵⁸.

La référence à une autorité compétente, à une source formelle ne suffit pas à elle seule à définir la juridicité du droit (international), parce qu'aussitôt que l'on affirme qu'il n'est de droit que positif, l'on crée à l'intérieur de l'objet « droit positif » une dichotomie entre droit « posé » et « droit en vigueur ». Il faudra donc s'entendre au préalable si le droit positif comprend tout droit posé ou légiféré, ou tout simplement le droit appliqué ou respecté. Alors que l'idée de « droit posé » fait abstraction de normes créées de façon spontanée,

154. Dans le droit du GATT par exemple, les Parties Contractantes se sont longtemps résistées à adopter une approche juridictionnelle dans le règlement des conflits commerciaux. Même si avec l'OMC le système est nettement juridictionnel, l'approche négociatrice n'a pas disparu pour autant. Voir J.-F. BADIMBOLI, *La mise en œuvre des décisions adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'OMC*, mémoire de maîtrise, Université d'Ottawa, 2000 [copie avec l'auteur].

155. Voir C. APOSTOLIDIS, *op. cit.*, note 8, p.100.

156. Voir P. ROUBIER, *op. cit.*, note 13, p. 68.

157. *Ibid.*

158. On a relevé à juste titre que « la vie du droit consiste à réglementer des rapports sociaux caractérisés par des facteurs économiques, moraux, psychologiques : est-il possible de faire abstraction de ce qui constitue la matière du droit si on veut comprendre ce qu'il est ? » H. BATIFFOL, *op. cit.*, note 15, p. 28.

celle de « droit en vigueur » restreint la juridicité à un certain nombre de règles qui produisent des effets observables. Cela n'empêchera cependant pas, par une curieuse dérogation aux principes positivistes, d'accorder à la coutume et aux principes généraux une place de choix dans la pratique juridique. Du reste, certaines dispositions non contraignantes, souvent reléguées au rang de « soft law », pourront néanmoins se démarquer par leur efficacité. D'où l'impuissance du positivisme à offrir un critère fiable de distinction entre le droit et le non-droit.

D'autre part, les notions d'effectivité et de validité ne tirent pas à conséquence dans la détermination de la valeur des normes juridiques. On a beau affirmer, comme chez Hans Kelsen, que la validité est « le mode d'existence spécifique des normes »¹⁵⁹, ce qui en ferait logiquement la condition d'effectivité¹⁶⁰; mais, on ne résiste guère à la tentation de faire intervenir l'effectivité, jusqu'à l'élever en condition de validité. Cette contradiction interne à la démarche positiviste laisse tout observateur perplexe : ou bien la validité est le critère déterminant de la valeur des normes juridiques, et dans ce cas l'on se passe de l'effectivité, ou bien l'effectivité est le critère décisif, et donc on ne considère comme juridique que la norme qui trouve une application effective¹⁶¹. Mais déjà à ce stade, la définition même du droit (international) devient problématique.

En outre, l'on remarquera que la norme fondamentale se situe en dehors de la positivité. La tentative consistant à justifier la validité des normes par référence à une norme supérieure aboutit finalement à un échec; car, la question du fondement du droit reste posée¹⁶². Autrement dit, le caractère obligatoire d'une norme juridique ne trouve aucune réponse satisfaisante, et ce, même quand on a recours à la notion de sanction socialement organisée¹⁶³. En effet, il n'est pas évident que la sanction, judiciaire ou autre, constitue la

159. Voir H. KELSEN, *op. cit.*, note 16, p. 13.

160. Voir M. MIAILLE, *op. cit.*, note 9, p. 373.

161. Voir C. APOSTOLIDIS, *op. cit.*, note 8, p. 102.

162. Voir M. VIRALLY, *op. cit.*, note 18, p. xiv.

163. Voir P. ROUBIER, *op. cit.*, note 13, p. 71.

preuve de la juridicité, encore moins de la validité des normes. Sinon, « pourquoi mesurer l'efficacité du droit (international) par le pourcentage de violations punies? Une norme ne s'avérerait-elle pas moins efficace quand elle est enfreinte que lorsqu'elle ne l'est pas »¹⁶⁴?

Somme toute, le formalisme juridique a bien contribué à faire du droit l'objet d'une étude scientifique. Néanmoins, il ne réussit pas, on ne le dira jamais assez, à traduire la réalité du droit (international), ni à faire de la positivité un concept fiable. Les contradictions relevées dans les prémisses que nous avons étudiées rendent impossible tout accès à certaines normes du droit international, notamment celles de formation spontanée ou d'origine communautaire, parfois teintées d'une marque de « soft law ». Les enjeux contemporains auxquels le droit international doit faire face — protection de l'environnement, violation des droits de la personne, préférences commerciales, mondialisation des échanges, vente d'armes, mines antipersonnel, etc. — multiplient les appels pour un positivisme attentif aux normes non créées par procédure formelle. En définitive, la question est de savoir si le positivisme exclusif est toujours de mise¹⁶⁵ ou si au contraire, avec les développements récents en droit international, le temps n'est pas venu de situer sa normativité dans un continuum dynamique¹⁶⁶ s'étendant du contenu à la forme, du concret à l'abstrait, du droit spontané au droit établi; et lorsque les circonstances le justifient, de la « soft law » à la « hard law » et vice versa. Le défi n'est pas des moindres, car poser le problème, c'est d'ores et déjà relancer le débat entre les tenants du positivisme rigoureux et les adeptes de la thèse inclusiviste. Débat d'hier, d'aujourd'hui, « mais aussi débat

164. Voir M.B. LANDHEER, « Les théories de la sociologie contemporaine et le droit international », (1957) 92 *RCADI* 519-627, p. 589; cité par C. APOSTOLIDIS, *op. cit.*, note 8, p.102. Christian Atias nous offre une méditation similaire : « L'obéissance spontanée qui ne donne lieu à aucune décision d'une autorité ne peut être rejetée hors du droit positif, sous peine de n'y voir plus qu'une pathologie; pourquoi le droit vainqueur d'une résistance serait-il positif, là où le droit incontesté ne le serait pas? » C. ATIAS, *loc. cit.*, note 54, p. 225.

165. Voir toutefois *supra*, note 97 *in fine*.

166. Voir C. CHINKIN, *loc. cit.*, note 84, p. 32; D. SHELTON, *loc. cit.*, note 86, p. 10.

condamné à demeurer probablement sans réponse », dirions-nous avec Prosper Weil : « Comme « les chants désespérés sont les chants les plus beaux », les controverses sans réponse sont, pour le juriste, celles auxquelles il peut le moins échapper »¹⁶⁷.

Jean-Faustin Badimboli Atibasay
3688, boul. Gouin Est
MONTRÉAL (Québec) H1H 1B9
Tél. : (514) 326-6044
Courriel: faustin@hri.ca

167. Voir P. WEIL, *loc. cit.*, note 56, p. 66.