

Le positivisme en droit international : fondement épistémologique d'un paradigme mécaniciste

Awalou Ouedraogo

Volume 40, Number 2, 2010

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1026959ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1026959ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Ouedraogo, A. (2010). Le positivisme en droit international : fondement épistémologique d'un paradigme mécaniciste. *Revue générale de droit*, 40(2), 505–540. <https://doi.org/10.7202/1026959ar>

Article abstract

Since the emergence of international law as an autonomous discipline in the middle of the 18th century, the problem of its foundations has always been a matter of dispute among scholars. It remains a *vexata quaestio*. The positivist school of thought, which had its roots in the nominalism of William of Occam and the doctrine of State and natural law of Thomas Hobbes, developed rapidly in the pragmatic world of the 19th century by using the methodology of natural sciences. The positivism declared that law as it exists should be analysed empirically, shorn of all ethical elements. Law in the society is the positive law. And the foundation of international law is to be found in and only in the will of states. This article aims to show the limits of the legal positivism. By analysing the metaphysics of Aristotle, metaphysics of the final cause, theory of potentiality and actuality, the article explains why it is useful to turn to the systemic approach in international law.

Le positivisme en droit international : fondement épistémologique d'un paradigme mécaniciste

AWALOU OUEDRAOGO

Chargé de cours en droit international,
Département d'études internationales,
Université York, Campus Glendon, Toronto

Les malheureux systèmes de Kelsen, de Hart, de Ross ou même de Fuller n'ont été que les résultantes d'une fausse *définition du droit*. La source de tant de discordances et de complications inutiles est dans une manière défectueuse de situer *l'essence du droit*. À quoi nous ne saurions répondre qu'en nous élevant à l'étage de *l'ontologie*.

(Michel VILLEY, « Préface », in Joseph MIEDZIANAGORA,
Philosophies positivistes du droit et droit positif,
Paris, LGDJ, 1970, p. III.)

RÉSUMÉ

Depuis l'émergence du droit international en tant que discipline autonome au milieu du 18^e siècle, la question de son fondement a toujours divisé les auteurs. Elle demeure à n'en pas douter une vexata quæstio. Le paradigme positiviste, s'enracinant dans le nominalisme occamien et dans la théorie de l'État et du droit naturel hobbesien, a emprunté la méthodologie physico-mathématique

ABSTRACT

Since the emergence of international law as an autonomous discipline in the middle of the 18th century, the problem of its foundations has always been a matter of dispute among scholars. It remains a vexata quæstio. The positivist school of thought, which had its roots in the nominalism of William of Occam and the doctrine of State and natural law of Thomas Hobbes, developed rapidly in the pragmatic

élaborée par Galilée et surtout Descartes. D'instinct, il s'est rallié au 19^e siècle à la tradition volontariste pour laquelle le phénomène juridique se ramène aux actes de volonté des gouvernants. Le droit positif complètement désaxiologisé peut désormais faire l'objet d'une théorie pure. Le fondement du droit international se réduit ainsi à la seule volonté des États, volonté explicite dans le traité et implicite dans la coutume internationale. Cet article vise à montrer les limites de ce paradigme positiviste. Par un réexamen de la métaphysique dynamique d'Aristote, métaphysique de la puissance / acte et de la relation, il propose la systémique comme le modèle qui permet de mieux approcher le droit international dans toute sa globalité et sa complexité.

Mots-clés : Philosophie du droit, fondement du droit international, paradigme, jusnaturalisme, aristotélisme dynamique, métaphysique, analogie, univocité, positivisme, droit positif, droit naturel, volontarisme, objectivisme, factualisme, légalisme, systémique, néo-systémique.

world of the 19th century by using the methodology of natural sciences. The positivism declared that law as it exists should be analysed empirically, shorn of all ethical elements. Law in the society is the positive law. And the foundation of international law is to be found in and only in the will of states. This article aims to show the limits of the legal positivism. By analysing the metaphysics of Aristotle, metaphysics of the final cause, theory of potentiality and actuality, the article explains why it is useful to turn to the systemic approach in international law.

Key-words : Philosophy of law, foundation of international law, paradigm, jusnaturalism, Aristotle metaphysics, analogy, univocity, positivism, positive law, natural law, voluntarism, objectivism, factualism, legalism, systemic, neo-systemic.

SOMMAIRE

Introduction.....	507
A. Le dualisme droit naturel / droit positif	511
I. De la métaphysique de l’analogie à la métaphysique de l’univocité	512
1. Le <i>jus in re</i> , le juste « dans les choses »	517
2. L’aristotélisme dynamique et l’analogie	518
3. Substitution d’une métaphysique de l’univocité à celle de l’analogie	519
II. Positivité du droit	522
B. Les différentes espèces du positivisme juridique	528
I. Le légalisme et le factualisme	529
II. Le positivisme en droit international: volontarisme et objectivisme.....	531
C. Le systémisme en droit international ou synthèse intelligente entre synchronie et diachronie	533
I. Le modèle systémique organiciste	534
II. Néo-système en droit international.....	535
Conclusion	539

INTRODUCTION

1. Lorsqu’on étudie les diverses théories du droit des penseurs de la *modernité*, notamment Grotius, Hobbes, Locke, Pufendorf, Wolff et Rousseau, ce que l’on constate, c’est que chacun a tiré de sa philosophie son propre arsenal de principes applicables à la science du droit. Tous, à des degrés différents, ont obéi aux tendances communes de l’époque — individualisme et légalisme — et se sont efforcés d’en extraire un système juridique viable¹. La pensée juridique moderne a

1. Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, 1^{re} éd., coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2006, 640 p., p. 559.

donc connu un nombre élevé de *révolutions scientifiques* célébrées par les philosophes et les historiens du droit, chaque révolution procédant d'un changement de paradigme.

2. Le philosophe américain Thomas S. Kuhn, dans *La structure des révolutions scientifiques*, ouvrage paru en 1962, est considéré comme le théoricien le plus complet de la notion de paradigme. Kuhn cherche, à partir d'une étude sur les révolutions dans les sciences exactes, telles la physique et la chimie, les principales caractéristiques ou les critères d'une révolution scientifique. Les paradigmes, d'après lui, sont des « modèles qui donnent naissance à des traditions particulières et cohérentes de recherche scientifique »². Une révolution scientifique se définit par l'apparition de schémas conceptuels nouveaux, de paradigmes. Modèle théorique de pensée qui oriente la recherche et la réflexion scientifique, le paradigme constitue donc un ensemble d'idées et de pratiques qui imprègnent les esprits à un moment donné. En ce sens, il diffère de la méthode, ensemble ordonné de principes et de règles, constitué en vue d'une fin³. L'histoire de la pensée juridique, en partant de cette acception « kuhntiste », a connu trois grands paradigmes : le jusnaturalisme classique, le jusnaturalisme moderne et le positivisme.

3. Mais dans la littérature juridique internationaliste, surtout après les années 90, on assiste à un spectacle édifiant : la prolifération de courants ou d'écoles de pensée. Ces courants doctrinaux, nés la plupart du temps dans le monde anglo-saxon, prétendent apporter plus de lumière quant à la nature

2. Thomas S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, trad. de l'américain, Paris, Flammarion, 1972, 246 p., p. 26. Pour une analyse de la pensée de Kuhn, voir notamment James A. MARCUM, *Thomas Kuhn's Revolution : An Historical Philosophy of Science*, London/New York, Continuum, 2005, 182 p.

3. Pour une analyse de la « méthode » en droit international, voir entre autres Steven R. RATNER, Anne-Marie SLAUGHTER, « Appraising the Methods of International Law : A Prospectus for Readers », in S. R. RATNER, A.-M. SLAUGHTER (eds.), *The Methods of International Law*, Studies in Transnational Legal Policy, Washington, American Society of International Law, vol. 36, 2004, 271 p., p. 2-4; Philip ALLOTT, « Language, Method and the Nature of International Law », (1971) 45 *BYBIL* 79-136, p. 95-105; Maarten BOS, *A Methodology of International Law*, Oxford, North-Holland, 1984, 196 p.

complexe du droit international. Ainsi, nous pouvons mentionner entre autres : New Haven School, Critical Legal Studies, International Legal Process, Law and Economics, International Law and International Relations, théories féministes, marxistes et tiers-mondistes⁴.

4. En réalité, toutes ces écoles doctrinales ont pour point de départ commun le positivisme. La plupart de ces auteurs contemporains se réclament d'ailleurs du positivisme juridique pour signaler que leurs analyses, limitées au seul droit en vigueur, sont fondées sur la démarche positiviste, gage d'objectivité et de rigueur scientifique. Avec toutes ces écoles, on aboutit davantage à une confusion quant à la nature du droit international.

5. Le positivisme juridique, en empruntant la méthodologie du paradigme physico-mathématique élaboré par Galilée et surtout Descartes, « s'est rallié d'instinct au 19^e siècle à la tradition volontariste pour laquelle le phénomène juridique se ramène aux actes de volonté des gouvernants »⁵. Pour ce courant de pensée, le droit est celui *posé* par un acte de volonté ayant pris place dans le temps et dans l'espace : le droit positif. S'intéressant exclusivement à la *lex lata*, le positivisme s'interdit toute incursion dans les intentions du législateur. Le droit ainsi désaxiologisé peut dès lors faire l'objet d'une *théorie pure*. Hans Morgenthau estimait à cet égard, à juste titre, que le positivisme juridique :

[...] delimits the subject-matter of his research in a dual way. On the one hand, he proposes to deal exclusively with matters legal, and for this purpose strictly separates the legal sphere from ethics and *mores* as well as psychology and sociology. Hence, his legalism. On the other hand, he restricts his attention within the legal sphere to the legal rules enacted by the

4. Pour une analyse de ces différentes théories, voir notamment S. R. RATNER, A.-M. SLAUGHTER, *loc. cit.*, note 3, p. 6-8; Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 705 p.

5. Henri BATIFFOL, *La philosophie du droit*, 10^e éd., coll. Que sais-je?, Paris, PUF, 1997, 128 p., p. 9.

State, and excludes all law whose existence cannot be traced to the statute books or the decisions of the courts. Hence, his *etatist* monism.⁶

6. L'insuffisance ou du moins le réductionnisme du paradigme positiviste-volontariste, avec la conséquence de ses présupposés sur la nature même du droit international, justifie l'adoption « du modèle systémique d'intelligibilité »⁷. Pour notre part, nous pensons que le systémisme — vision du droit international comme système juridique, réalité sociale et expression des valeurs prépondérantes dont la finalité est la justice sociale internationale —, en injectant des éléments de l'aristotélisme dynamique dans l'ordre juridique international, opère une synthèse intelligente entre synchronie et diachronie, permettant ainsi un dépassement du positivisme et de mieux saisir le phénomène juridique dans toute sa globalité et sa complexité.

7. En envisageant le phénomène juridique comme « un ensemble organique avec une structure et une dynamique propres, une identité et une logique internes, comme un phénomène collectif qui dépasse ses composantes en les intégrant »⁸, la théorie de Georges Abi-Saab peut être considérée comme la représentante atypique du systémisme en droit international (C). Opérant une synthèse et un dépassement des théories de Kelsen, Hart et Santi Romano⁹, le modèle systémique évacue la controverse liée à la notion de positivité du

6. Hans J. MORGENTHAU, « Positivism, Functionalism, and International Law », (1940) 34 *AJIL* 260-284, p. 261.

7. Eric WYLER, « Propos sur la fécondité du paradigme systémique en droit international à la lumière de la théorie de Georges Abi-Saab », in Vera GOWLLAND-DEBBAS, Laurence B. DE CHAZOURNES (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality / L'Ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité, Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, Nijhoff, 2001, 864 p., p. 25.

8. Georges ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », (1987-VII) 207 *RCADI*, p. 107.

9. Pour une analyse comparative de ces différentes théories, voir entre autres Emmanuel PICAVET, *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*, Paris, PUF, 2000, 136 p.; Frede CASTBERG, *La philosophie du droit*, Paris, Pédone, 1970, 151 p.; Carlos M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997, 328 p.; Pierre HACK, *La philosophie de Kelsen. Épistémologie de la théorie pure du droit*, Genève, Helbing et Lichtenhand, 2003, 209 p.; Benoît FRYDMAN, Guy HAARSCHER, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1998, 138 p.

droit et surtout l'interminable querelle entre volontarisme et objectivisme (B). La science du droit, en limitant son objet d'étude au droit positif, a voulu célébrer le divorce au sein du vieux couple droit naturel / droit positif (A).

A. LE DUALISME DROIT NATUREL / DROIT POSITIF

8. Toute conception générale du monde, toute réflexion philosophique sur l'Être, emporte une conception du droit en tant que réalité sociale¹⁰. Au positivisme juridique qui ne veut reconnaître au droit que des sources « positives », n'ont jamais cessé de s'opposer les doctrines du droit naturel qui reconnaissent d'autres sources au-dessus de la loi et de toutes les règles effectivement formulées. Le couple ou dualisme droit naturel / droit positif est donc « un couple aux multiples ramifications, évoquant certains arbres généalogiques, un couple aussi aux relations à la fois controversées et orageuses, dont on ne sait si elles sont égalitaires ou hiérarchiques, voire tout simplement si l'un n'éclipse pas totalement l'autre aujourd'hui »¹¹. Ce constat du professeur Alfred Dufour en 1990 illustre parfaitement la *multivocité* des notions de « droit », « nature » et de « positivité ».

9. Protéiformes et à multiples facettes, l'acception intelligible de la « nature » et du « droit » a traversé toute l'histoire de la pensée juridique, de la métaphysique finaliste d'obédience aristotélicienne au systémisme, en passant par le jus-naturalisme moderne de type hobbesien et les différents courants philosophico-juridiques du positivisme¹². Du « tout est droit naturel » des doctrines jusnaturalistes classiques et

10. Cette vision du phénomène juridique est plus ou moins adéquate selon qu'elle est plus ou moins bâtie sur l'observation directe du droit et de la politique.

11. Alfred DUFOUR, « Droit naturel / droit positif », (1990) 35 *Archives de philosophie du droit* 59-79, 59.

12. Nous sommes d'avis qu'il ne faut pas confondre positivisme philosophique et positivisme juridique, car le premier se présente comme une philosophie générale de l'être, embrassant tous les problèmes de l'homme, tandis que le second est uniquement une saisie du monde juridique. Malgré cela, nous pensons qu'il subsiste un fort lien de dérivation entre positivisme philosophique et positivisme juridique. Sur ce point, voir notamment H. J. MORGENTHAU, *loc. cit.*, note 6, 260-284. Sur la distinction entre le positivisme juridique et la philosophie d'Auguste Comte, voir entre autres Marcel WALINE, « Positivisme philosophique, juridique, sociologique », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 517-536.

modernes, on est passé, semble-t-il, au « tout est droit positif » des juspositivismes des 19^e et 20^e siècles, sous l'influence des mouvements de codifications¹³ et surtout de l'école de l'exégèse selon laquelle « le texte de loi fait le droit, autrement dit, la préoccupation dominante du juriste doit être le droit positif qui se ramène à la loi »¹⁴.

10. Force est de reconnaître qu'il existe une multitude de théories du droit naturel ou du droit *tout court*, doctrines elles-mêmes tributaires des différents courants philosophiques. Nous n'avons pas ici la prétention d'examiner toutes les conceptions du droit et de la nature¹⁵; ce serait non seulement vain, mais aussi et surtout inutile, car chaque auteur a sa propre vision du réel et du phénomène juridique. Pour notre part, nous sommes d'avis qu'il faut distinguer, non sans une certaine simplification mais avec un souci d'éviter une voie « impraticable »¹⁶, deux grands courants ou paradigmes qui, historiquement¹⁷, ont eu une vision antithétique, complètement opposée de la nature, et donc du droit : il s'agit de l'aristotélisme « dynamique » et de la métaphysique « statique » moderne.

I. DE LA MÉTAPHYSIQUE DE L'ANALOGIE À LA MÉTAPHYSIQUE DE L'UNIVOCITÉ

11. La pensée juridique occidentale a connu, depuis l'Antiquité, deux conceptions essentielles, opposées, de la nature.

13. A. DUFOUR, *loc. cit.*, note 11.

14. Albert BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, Pédone, 1967, 436 p., p. 259.

15. Le professeur Dufour a, pour sa part, retenu six différentes acceptions de la notion de nature : spécificité de l'être, origine ou originalité, la nature comme ordre de la vie, création ou ordre du créateur, la nature comme rationalité ou normalité, et enfin la nature comme nécessité.

16. Charles EISENMANN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002, 668 p., p. 131.

17. Nous gardons néanmoins à l'esprit ce que disait Portalis lors de l'élaboration du premier projet de code civil français : « On raisonne souvent comme si le genre humain finissait et commençait à chaque instant, sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace. Les générations en se succédant, se mêlent, s'entrelacent et se confondent. » Jean-Étienne-Marie PORTALIS, « Discours préliminaire du premier projet de code civil », in Luc VILAR, Dominique AUDRERIE (dir.), *Voix de la cité*, Bordeaux, Confluences, 1999, p. 28.

Ces deux mouvements de pensée ont exercé une influence directe sur l'histoire du droit : le jusnaturalisme classique et moderne¹⁸.

12. Le jusnaturalisme classique remonte à Aristote¹⁹, le plus rationnel des penseurs grecs, « le plus grand penseur de l'Antiquité »²⁰, disciple de Platon²¹. Le postulat de l'aristotélisme

18. Par doctrine classique du droit naturel, nous entendons la doctrine qui fut créée par Socrate, considéré à juste titre comme le fondateur de la philosophie politique, et développée plus tard par Platon, Aristote et les théologiens chrétiens, dont notamment saint Thomas d'Aquin. Il faut la distinguer, nous semble-t-il, de la doctrine moderne apparue au cours du 17^e siècle.

19. Il est vrai que le platonisme a joué un rôle extrêmement important dans l'histoire du droit. Certains auteurs, notamment Christian Atias, estiment, avec une part de vérité, que la naissance du droit naturel peut être datée de Platon. A. BRIMO, *op. cit.*, note 14, p. 21, va plus loin : « Avec sa philosophie des Idées, Platon jette les fondements de la métaphysique et crée un genre dont la doctrine du droit naturel médiévale est inséparable : l'ontologie, la science de l'Être ». Certes, Platon, disciple de Socrate, fondateur de l'Académie et philosophe des idées, souligne les limites de la connaissance par nos sens et invite à chercher la *juste* par l'observation *objective* du monde. Selon lui, la réalité perçue par nos sens n'est qu'un « reflet » partiellement illusoire, voire mensonger. Platon expose, au livre septième de *La République*, le mythe de la caverne afin d'illustrer sa conception du réel, notamment de la connaissance. Le mythe de la caverne symbolise donc la philosophie de la connaissance. Mais nous sommes d'avis avec le professeur Villey que la doctrine de Platon sur les sources du Dikaion, quelle que soit son importance historique, « reste utopique, impraticable ». Elle repose sur l'hypothèse que le philosophe est au pouvoir, doté d'un pouvoir absolu. Une observation empirique montre qu'il n'existe point de philosophe, et même s'il existe, il n'est pas au gouvernement. Le droit est alors à la merci du Prince. Pour une critique de la philosophie du droit de Platon, voir notamment M. VILLEY, *op. cit.*, note 1, p. 73-77. Voir également, sur la philosophie de Platon en général, Jean WAHL, « Platon », in *Histoire de la philosophie*, Encyclopédie de la Pléiade, vol. 1, Paris, Gallimard, 1969, p. 505-528; Alain PAPAUX « L'Union européenne : entre société (Gesellschaft) et communauté (Gemeinschaft), entre Platon et Aristote », (2003) 51 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 247-273; Léon ROBIN, *Platon*, Paris, PUF, 1997, 288 p.

20. Vladimir V. MSHVENIERADZE, « Le plus grand penseur de l'Antiquité », in Mohammed A. SINACEUR (dir.), *Aristote aujourd'hui*, Paris, UNESCO/Érès, 1988, 356 p., p. 60. L'auteur estime que « [l]'histoire de la philosophie et de la connaissance scientifique, de la logique et de l'économie politique, des arts et de la morale connaît peu de grands esprits qui, par la richesse de leur apport à la culture universelle, puissent égaler Aristote ». Selon Pierre Aubenque, « [n]otre logique, notre grammaire, et même notre science ont emprunté à Aristote tellement de leurs règles, de leurs axiomes et de leurs concepts que nous sommes encore aujourd'hui le plus souvent aristotéliens sans le savoir ». Pierre AUBENQUE, « La philosophie aristotélienne et nous », in *Aristote aujourd'hui*, *id.*, p. 320.

21. Aristote le dit lui-même au début de *La métaphysique* : « nous autres Platoniciens... ».

se trouve dans les rapports entre l'être et le devoir-être, *sein* et *sollen*, entre le fait ou réalité et la norme²². Cette distinction de l'être et du devoir-être est, semble-t-il, « l'aporie majeure que les philosophes du 18^e siècle ont léguée aux modernes »²³.

13. Pour Aristote, il existe une pluralité articulée de points de vue sur les choses. La présence de n'importe quel objet dans l'univers ordonné par une intelligence, le *cosmos*, s'explique par la conjugaison de quatre causes ou principes d'intelligibilité : la cause matérielle (de quoi est fait l'objet), la cause efficiente (par qui ou par quoi l'objet a-t-il été fait), la cause formelle (comment est-il fait) et enfin la cause finale (vers quoi tend-il ou à quoi sert l'objet). De la loi, par exemple, nous dirons qu'elle est faite de mots constituant le texte écrit (cause matérielle), elle est adoptée par la volonté du législateur (cause efficiente) en vue du bien commun²⁴, la justice (cause finale). Sa cause formelle serait la Raison.

14. De ces quatre modes d'appréhension de l'Être, la cause finale, impliquant le *devenir*, a préséance sur les trois autres. Tout ce qui *est* tend vers sa fin. Il est ainsi « capital d'observer que c'est la cause finale qui permet de rendre raison de l'essence de la chose étudiée et, par la suite, de l'intervention

22. Alain SÉRIAUX, *Droit naturel*, coll. Que sais-je?, Paris, PUF, 1993, 128 p., p. 8. Voir également, sur l'opposition entre réalités et valeurs, Léo STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, trad. Monique NATHAN, Éric DAMPIERRE, Paris, Flammarion, 1986, 323 p., p. 49.

23. Christian ATIAS, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1999, 349 p., p. 54. Sur une sorte de tentative de dépassement de ce clivage entre être et devoir-être dans le monde anglo-saxon, voir notamment John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1988, 442 p.; Henry VEATCH, « Natural Law and the "Is"- "Ought" Question », (1981) 26 *The Catholic Lawyer* 251-265.

24. Pour Aristote, la Cité est une communauté d'hommes libres, finalisée au bien commun. Il est constitué du triptyque paix-justice-amitié. Ce bien commun peut alors être défini, selon Sériaux, comme « l'ensemble des conditions qui permettent à chacun d'obtenir son épanouissement personnel ». A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 22, p. 14-15. Pour des commentaires sur la notion de cause finale d'Aristote, voir notamment Michel-Pierre LERNER, *La notion de finalité chez Aristote*, Paris, PUF, 1969, 215 p., p. 41 et suiv.

des trois autres »²⁵. Aristote considère, en analysant la Cité et les communautés²⁶ qui la composent, que :

[T]oute Cité est un fait de nature, s'il est vrai que les premières communautés le sont elles-mêmes. Car la Cité est la fin de celles-ci, et *la nature d'une chose est sa fin*²⁷, puisque ce qu'est chaque chose une fois qu'elle a atteint son complet développement, nous disons que c'est là la nature de la chose, aussi bien pour un homme, un cheval ou une famille. En outre, la cause finale, la fin d'une chose, est son bien le meilleur, et la pleine suffisance est à la fois une fin et un bien par excellence.²⁸

15. Et, tout en rejetant l'idée « absurde » d'un hasard universel dans sa *Métaphysique*, de poursuivre :

Toutes choses sont ordonnées ensemble et d'une certaine façon, mais non de la même manière, poissons, oiseaux, plantes; et le monde n'est pas dans un tel état qu'un être n'a aucune relation avec un autre, mais ils sont en relations mutuelles, car tout est ordonné à une fin. Il en est du monde comme d'une maison, où les hommes libres ne sont point assujettis à faire ceci ou cela suivant l'occasion, mais toutes leurs fonctions ou la plus grande partie, sont réglées [...]. Tel est en effet le principe qui constitue la nature de chacun.²⁹

16. Le Stagire affirme donc l'existence d'un ordre universel dans lequel chaque chose est située. Toute nature, dans cette harmonie universelle, est ordonnée à une finalité, et c'est

25. *Id.*, p. 11.

26. Selon Aristote, le tout est supérieur à la somme des parties. Car « la Cité est par nature antérieure à la famille et à chacun de nous pris individuellement. Le tout, en effet, est nécessairement antérieur à la partie, puisque, le corps entier, une fois détruit, il n'y aura ni pied ni main, sinon par simple homonymie et au sens où l'on parle d'une main de pierre : une main de ce genre sera une main morte. Or les choses se définissent toujours par leur fonction et leur potentialité; quand par suite elles ne sont plus en état d'accomplir leur travail, il ne faut pas dire que ce sont les mêmes choses, mais seulement qu'elles ont le même nom ». ARISTOTE, *La politique*, trad. Jules TRICOT, livre 1, ch. 2, Paris, Vrin, 1995, 595 p., p. 30.

27. Nos italiques.

28. ARISTOTE, *op. cit.*, note 26, p. 28.

29. ARISTOTE, *La métaphysique*, trad. Jules TRICOT, livre 12, ch. 10, Paris, Vrin, 1933, p. 10-25. Sur l'idée de devenir, voir notamment Louis LACHANCE, *Le concept de droit selon Aristote et saint Thomas*, Montréal, A. Lévesque, 1933, 442 p.; René-Antoine GAUTHIER, *La morale d'Aristote*, Paris, PUF, 1973, 142 p.

cette ordonnance qui constitue précisément la nature de chacun³⁰. Dès lors, on conçoit aisément que la direction naturelle de toute chose vers sa finalité fait que l'homme, animal politique et rationnel, dans sa double composante matérielle et spirituelle, tend vers une fin qui est sa propre perfection à la fois physique (atteindre l'âge adulte) et moral (l'épanouissement de toutes ses facultés intellectives et volitives)³¹.

17. Dans les rapports *sein / sollen*, métaphysique de la puissance / acte, l'aristotélisme dynamique n'évoque pas seulement l'identité d'un *être*, ce qu'il est en soi, mais la nécessaire progression intérieure par laquelle il tend à se réaliser pleinement, à posséder la perfection dont il est naturellement capable à l'*origine*. L'idée de nature dans cette optique, implique un devoir-être, c'est-à-dire une « obligation de se déployer selon une finalité »³². Ce devenir naturel, impliquant le changement, est, nous semble-t-il, la raison pour laquelle il ne peut y avoir de rupture entre *sein* et *sollen*, contrairement aux postulats normativistes kelsenien. De l'être à réaliser sort le devoir-être et ce devoir-être réalisé indique en même temps l'être. La puissance n'existe donc qu'en vue de passer à l'acte, et c'est précisément l'acte réalisé qui permet de remonter à la puissance. Mais *quid juris*, qu'est-ce alors le droit³³ dans cette métaphysique du devenir?

30. Jean DARBELLAY, « La notion de nature chez Aristote », in *Réflexion des philosophes et des juristes sur le droit et la politique*, Fribourg, Éditions universitaires, 1987, 488 p., p. 22. Voir également Michel VILEY, « Contre l'humanisme juridique », (1968) 13 *Archives de philosophie du droit*, p. 202, où l'auteur considère que « l'ordre est dans les choses et non pas, comme le voulait Kant, dans nos lunettes ».

31. A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 22, p. 13.

32. J. DARBELLAY, *loc. cit.*, note 30, p. 36. « La chose elle-même, la chose achevée, ne peut être comprise comme un produit du processus qui est à son origine; au contraire, c'est ce processus qui ne peut être compris qu'à la lumière de la chose achevée qui est sa fin. » L. STRAUSS, *op. cit.*, note 22, p. 117.

33. Cette question garde toute sa pertinence pour comprendre l'évolution du concept depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours, même si nous sommes d'avis avec Simone Goyard-Fabre que « la connotation du terme droit, plurivalente jusqu'au vertige, exclut la possibilité d'une réponse claire et définitive ». Simone GOYARD-FABRE, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, 1992, 416 p., p. 1. Aux 17^e et 18^e siècles, les fondateurs de « l'école du droit de la nature et des gens », de Grotius, Pufendorf et Wolf à Burlamaqui, considèrent que le terme droit a de multiples acceptions, désignant tantôt « le juste », tantôt « une qualité morale de la personne », tantôt la loi; encore faut-il distinguer le droit naturel, le droit volontaire, divin ou humain, et le droit des gens.

1. Le *jus in re*, le juste « dans les choses »

18. La pensée antique et médiévale a toujours appréhendé le droit à travers le concept de justice. Pour Aristote, dans *Éthique à Nicomaque*, et saint Thomas d'Aquin, dans la *Somme théologique*, le droit se dit « le juste », mesure par laquelle les personnes s'ajustent entre elles³⁴. Cette pensée classique distingue deux sortes d'ajustements, les uns verticaux, les autres horizontaux : la justice distributive et celle commutative. Le cadre limité de ce travail ne permet pas d'examiner toutes les conceptions antiques et médiévales de la notion de justice³⁵. Pour nous, le juste en définitive consiste à « donner à chacun ce qui lui est dû conformément à la nature »³⁶. Le droit naturel, changeant et variable, apparaît ainsi comme la mesure la plus appropriée à la relation considérée, celle qui fournit le meilleur ajustement possible ou l'égalité entre les hommes en relation. Grotius lui-même reconnaissait, dans son célèbre ouvrage *Le droit de la guerre et de la paix* publié en 1625, que « le mot droit ne signifie autre chose ici que ce qui est juste, et cela dans un sens plutôt négatif qu'affirmatif, de sorte que le droit est ce qui n'est pas injuste. Or, ce qui est injuste, c'est ce qui répugne à la nature de la société des êtres doués de raison »³⁷.

19. Chez Aristote, le droit est une unité dynamique; il s'inscrit dans la continuité naturelle avec les *ethos*, les mœurs. Finalisé à la justice, bien commun de la Cité, le droit se trouve dans la nature des choses, dans la relation sociale. Ins-crite dans la continuité, la loi, générale et imparfaite, vit dans

34. A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 22, p. 33.

35. Cela est d'autant plus vrai que, selon Léo Strauss, il existe deux opinions contradictoires sur la justice : « d'une part, la justice est bonne, d'autre part, elle consiste à donner à chacun ce qui lui est dû ». Mais si ce qui est dû à chacun est défini par la loi de la Cité (ce qui est le cas), la justice peut être mauvaise, car la loi peut être elle-même mauvaise et stupide. L. STRAUSS, *op. cit.*, note 22, p. 136 *in fine*. Darbellay voit dans les deux grands traités d'Aristote, *Éthique à Nicomaque* et *La Politique*, « trois espèces de "droit" : le juste légal, le juste distributif et le juste correctif ». J. DARBELLAY, *op. cit.*, note 30, p. 3.

36. *Id.*, p. 137.

37. Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Paul PRADIER-FODÉRÉ, livre I, ch. I/III-1, Paris, PUF, 1999, 864 p., p. 34-35. Pour une analyse approfondie de la conception grotienne du droit naturel, voir notamment Peter HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, PUF, 1983, 682 p., p. 462-470.

les cas, suit les mœurs. Le juste qui était puissance dans la loi, le juge, prudent et sage, le fait passer à l'acte à travers le cas. Dans cette perspective, tout catalogue de « droits subjectifs » attribués à l'avance, sans considération pour la « nature des choses », représente une phraséologie, un *Law in Books*, une vaine tentative de détacher le droit de la vie, des relations sociales, donc un droit risquant fort de rester lettre morte. Ainsi des droits de l'homme « absolus » : que font les millions de chômeurs d'un droit subjectif « au travail », des millions de migrants mal logés d'un droit subjectif « à un logement décent », généreusement accordé a priori par la volonté du législateur ? C'est vouloir que le titre précède la mesure au lieu d'en dériver. La métaphysique du Stagirite se caractérise donc par l'*entéléchie* (l'Être, porteur d'une finalité, est non seulement ce qu'il est *hic et nunc*, mais aussi ce qu'il deviendra) et l'*analogie*.

2. L'aristotélisme dynamique et l'analogie

20. Philosophie de la relation et du devenir, mode d'appréhension dynamique des réalités, la métaphysique de l'analogie, nous semble-t-il, « séduit l'épistémologie contemporaine, des sciences dures aux sciences humaines, par la fécondité heuristique et explicative d'intelligibilité propre de l'*exercice* ou *acte*, autant qu'elle renouvelle les réflexions éthiques et sociales qu'appelle naturellement toute étude de questions juridiques »³⁸. Cette séduction de la métaphysique de l'analogie s'explique par l'influence de la méthodologie positiviste. Disons que dans l'acte de connaissance, la métaphysique du devenir et de la relation distingue deux modes de l'analogie : l'analogie d'attribution et l'analogie de proportionnalité³⁹. L'analogie est une sorte de mouvement dialectique, un processus

38. Alain PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2003, 532 p., p. 171. Pour une analyse approfondie de la métaphysique de l'analogie, voir le titre 2 de l'ouvrage.

39. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. Jules TRICOT, livre 5, ch. 6, Paris, Vrin, 1990, 540 p., p. 228. Voir A. PAPAUX, *id.*, p. 172-185. Voir également Philibert SECRÉTAN, *L'analogie*, Paris, PUF, 1984, 127 p. Cet auteur considère l'analogie « comme un pont par-dessus une frontière — qui ne se trouve pas abolie pour autant ; car la proportion rationnelle ne détruit pas les différences réelles », p. 8.

de rapprochement de deux choses au moyen d'une troisième. Dans l'acte de connaissance, l'analogie est une conquête de l'inconnu à partir du connu qui fonctionnera comme point de départ. Par exemple, nous dirons que l'aile est à l'oiseau ce que la nageoire est au poisson. Ce qui permet le rapprochement des deux, c'est le mouvement ou la fonction motrice.

21. Pour l'aristotélisme dynamique, le droit est une règle ou mesure d'ajustement entre deux ou plusieurs personnes en relations. Aristote ou saint Thomas voient dans le droit une :

[...] détermination d'un juste milieu auquel chacun des protagonistes doit se tenir s'il veut occuper à l'égard d'autrui, la position juste. Ce juste milieu est recherché par la raison de celui qui a pour mission de dire le droit (le juge au sens large). La sanction, c'est-à-dire le moyen d'obtenir par la force que chacun respecte la mesure établie n'est pas une qualité inhérente au droit. Elle constitue seulement un moyen que possèdent les pouvoirs publics pour faire en sorte que la justice soit respectée par tout un chacun à l'égard des autres. En d'autres termes, le droit est avant tout le produit de l'*auctoritas* (ou savoir socialement reconnu), alors que la sanction appartient au domaine de la *potestas*.⁴⁰

22. Toute cette philosophie du droit, cette vision *auctoritas* du droit comme juste milieu va radicalement changer avec les modernes.

3. Substitution d'une métaphysique de l'univocité à celle de l'analogie

23. D'une manière saisissante, nous précise Eric Wyler, « la conception moderne du droit se pose en contre-épreuve de la conception antique, dont elle a répudié la métaphysique analogique qui l'informe, lui substituant une vision univoque d'un monde non finalisé »⁴¹. Le passage du jusnaturalisme classique au jusnaturalisme moderne procède donc d'une révolution de paradigme. À la racine de cette révolution épistémologique se trouvent non seulement la théologie, avec

40. A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 22, p. 75.

41. Eric WYLER, « Henri Batiffol face aux conceptions classique et moderne du droit », (2004-1) 131 *Journal du droit international* 109-129, p. 114.

l'idée de création *ex nihilo* du monde par un Dieu unique, mais aussi et surtout le « triomphe d'une nouvelle méthodologie des sciences physiques et mathématiques, auréolée des prestigieuses découvertes physiques et astronomiques de Galilée »⁴² et l'influence de la démarche cartésienne. L'aristotélisme dynamique, métaphysique du devenir et de la relation, avec sa cause finale, est abandonné au profit d'une « conception mécaniciste-immanentiste »⁴³ du monde, métaphysique statique avec primat de la cause efficiente, la volonté, le point origine. En perdant la cause finale, l'être se rétracte dans la synchronie. La causalité mécanique remplace le devenir, la dynamique relationnelle et le jeu des forces ou hasard, farouchement décriée par l'aristotélisme-thomiste, se substitue au *telos*.

24. La métaphysique de l'univocité, selon Alain PAPAUX, affirme que la compréhension et l'expression des réalités s'opèrent par des concepts univoques⁴⁴, discontinus, lesquels disent uniment, identiquement tout ce dont ils sont affirmés : communauté de nom et identité de notions⁴⁵. Avec la dévalorisation, puis la perte de la cause finale, c'est la perte de la relation puissance/acte et le passage de la diachronie à la synchronie. De cette vision du monde, appauvrie, froide et purement objective, car dans l'acte de connaissance il y a désormais absence d'interaction entre le sujet et l'objet, disparaissent aussi les valeurs. Cette nouvelle méthodologie scientifique, « héritière du nominalisme, ne perçoit que des faits singuliers, non plus l'harmonie des ensembles. Elle use d'une logique nouvelle, d'un langage mathématique, se sert d'induction et de déduction, mais non plus de l'ancienne dialectique apte à raisonner sur les valeurs et sur des qualités telles que

42. Alfred DUFOUR, « Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne », in *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1993, 328 p., p. 157.

43. *Ibid.*

44. Au sens aristotélicien, l'Unique « se dit de ce qui a à la fois communauté de nom et identité de notion. Par exemple, l'animal est à la fois l'homme et le bœuf; en effet, non seulement l'homme et le bœuf sont appelés du nom commun d'animal, mais leur définition est la même, car si on veut rendre compte de ce qu'est la définition de chacun d'eux, en quoi chacun d'eux réalise la notion d'animal, c'est la même définition qu'on devra donner ». ARISTOTE, *Catégories*, trad. Jules TRICOT, livre 1, ch. 2, Paris, Vrin, 1969, p. 91-92.

45. A. PAPAUX, *op. cit.*, note 38, p. 47-48.

la qualité du juste »⁴⁶. C'est dans ce sens le plus clair et le plus authentique que pour Villey, « le positivisme juridique est le produit du nominalisme »⁴⁷, doctrine élaborée notamment par les franciscains Duns Scot, et surtout Guillaume d'Occam, lequel n'accorde de réalité qu'aux êtres singuliers.

25. Dans l'interprétation d'Occam, les notions telles « nature des choses », « causes finales », « essence de l'homme » ne sont que des mots, des manières commodes du langage. Seuls existent réellement les individus. Nous dirons, par exemple, que la forêt, signe ou terme du langage, n'existe pas. Seul est *réel* chaque arbre pris individuellement dont l'ensemble constitue cette forêt. C'est sur cette notion d'individu que plus tard s'érigeront les droits humains, réputés consubstantiels à une *nature humaine* dont les droits fondamentaux sont désormais *absolus* et non précédemment, *relatifs* à l'autre. Mais même si le positivisme juridique plonge ses longues racines dans l'ontologie du nominalisme occamien, sa vraie fondation revient à Thomas Hobbes, philosophe du contrat social, avec sa théorie générale des droits subjectifs de l'individu et sa conception toute nouvelle du *jus naturale*, entendu comme « liberté que chacun a d'user de sa propre puissance, comme il le veut lui-même pour la préservation de sa propre nature »⁴⁸, et de la *lex naturalis*, « précepte ou règle générale trouvée par la raison selon laquelle, chacun a l'interdiction de faire ce qui détruit sa vie »⁴⁹.

26. Pour les modernes, avec le primat de la cause efficiente, la Cité, contrairement à l'aristotélisme dynamique, n'est pas naturelle; elle est une création artificielle. L'individu spirituel, devenu citoyen grâce au contrat social, remplace l'animal politique. La loi, *posée* par le législateur, est l'expression de la volonté générale. Les postulats de base des positivismes juridiques, héritiers de l'ontologie essentialiste du nominalisme, se réduisent, malgré la diversité de leurs accents, nous semble-t-il, à deux axiomes : « le légicentrisme étatique et la neutralité

46. M. VILLEY, *op. cit.*, note 1, p. 494.

47. *Id.*, p. 230.

48. Thomas HOBBS, *Léviathan ou matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil (1651)*, trad. Gérard MAIRET, Paris, Gallimard, 2000, 1027 p., p. 229.

49. *Id.* Pour une analyse plus approfondie sur Hobbes, fondateur du positivisme juridique, voir notamment M. VILLEY, *op. cit.*, note 1, p. 559-618. Voir également L. STRAUSS, *op. cit.*, note 22, p. 153-180.

axiologique »⁵⁰. À travers ces deux postulats, l'intention de cette nouvelle doctrine se décèle aisément : être une théorie du droit positif. Et, selon Goyard-Fabre, « la vacuité axiologique du droit et son indifférence eu égard à tout horizon méta-juridique doivent en permettre le traitement scientifique, en quelque sorte immunisé contre toute tentation philosophique. La théorie positiviste du droit décrit le droit indépendamment de toute problématique de constitution : seul l'intéresse le droit tel qu'il est "posée" »⁵¹ par l'autorité étatique. Mais la multiplicité des courants du positivisme laisse apparaître l'équivocité du terme de positivité.

II. POSITIVITÉ DU DROIT

27. Les juristes contemporains, qui se sont penchés sur l'historiographie du droit, s'accordent généralement à dire que l'expression *jus positivum* ou *justia positiva* a pris naissance dans la scolastique humaniste⁵², chez Abélard, puis chez les glossateurs et dans le langage des théologiens chrétiens⁵³. L'idée de droit positif, du droit « posé » par une volonté humaine, est une des facettes de la doctrine classique du droit naturel selon laquelle il existe, au côté du juste naturel, un juste légal : « une partie du droit politique est d'origine

50. S. GOYARD-FABRE, *op. cit.*, note 30, p. 11. Henri Batiffol va dans le même sens. Pour lui, le point de départ du positivisme juridique est « de considérer le droit comme un phénomène observable, et justiciable à ce titre d'une méthode pouvant être dénommée scientifique, il faut donner de ce phénomène une définition qui permette de déterminer avec quelque précision où et quand il se présente ». Henri BATIFFOL, « Sur la positivité du droit », in *Mélanges Jean Dabin*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Sirey, 1963, 968 p., p. 4.

51. *Ibid.*

52. L'humanisme dans ce sens ne « désigne pas seulement une tendance littéraire, une école de philologues, mais aussi une direction de vie, caractérisée par l'intérêt qu'on accorde à l'élément humain tant comme objet d'observation que comme fondement de l'action ». Harald HÖFFDING, *Histoire de la philosophie moderne*, tome 1, Paris, Félix Alcan, 1906, 551 p., p. 16.

53. M. VILLEY, *op. cit.*, note 1, p. 230; A. DUFOUR, *op. cit.*, note 11, p. 67. Villey affirme que l'expression *jus positivum* est la traduction du grec *dikaion nomiken*, « parce que les lois (*nomoi*) d'où dérive ce juste ont pour essence d'être posées (*legen ponere*), positives ». Sur les origines du *jus positivum*, voir notamment Stéphane KUTTNER, « Sur les origines du terme droit positif », (1936-4) 15 *Revue d'histoire du droit* 728-740, p. 730. Voir également l'excellent article de Roberto AGO, « Droit positif et droit international », (1957) *Annuaire français de droit international* 14-62, p. 14-18.

naturelle, l'autre fondée sur la loi »⁵⁴. Mais dans l'aristotélisme dynamique, le juste légal, posé ou positif, n'est qu'une source subsidiaire du droit; la source première demeure la « nature des choses » dont la prudence du juge permet d'en extraire les règles juridiques.

28. Le positivisme juridique, quelle qu'en soit l'origine exacte, procède d'une métaphysique moderne, caractérisé d'une part par son *univocité*, c'est-à-dire par une saisie de l'être faisant abstraction de ses différences spécifiques⁵⁵, et, d'autre part, par son *mécanicisme*, pour avoir rompu avec la métaphysique finaliste du monde antique. Il entend, au contraire de la doctrine aristotélico-thomiste, « édifier sur la loi et sur la loi seule, l'ensemble de l'ordre juridique »⁵⁶. Mais si cette religion du texte s'est élevée du rang de la méthode ou mode d'approcher l'étude du droit, au rang de théorie⁵⁷, c'est, nous semble-t-il, parce qu'elle s'est insérée jusqu'aux 19^e et 20^e siècles, dans un vaste mouvement d'idées : le positivisme philosophique qui trouva son expression la plus achevée dans *Le discours sur l'esprit positif* d'Auguste Comte⁵⁸. Selon Comte en effet, l'esprit humain, dans son évolution, est passé par trois états : l'état théologique, l'état métaphysique et enfin l'état positif. Le terme positif, nonobstant sa multivocité, est synonyme d'esprit nouveau, moderne, expérimental, scientifique : « Le véritable esprit positif constitue surtout à

54. ARISTOTE, *op. cit.*, note 39, livre 5, ch. 7. Sur le juste naturel d'Aristote, voir J. DARBELLAY, *op. cit.*, note 30, p. 3. « L'objet de la justice, [nous dit Darbellay,] c'est donc le droit, la juste mesure de ce qui est dû à autrui. Mais c'est aussi le *légal* ». J. DARBELLAY, « L'objectivité du droit », in *Mélanges Jean Dabin, loc. cit.*, note 50, p. 59.

55. Par exemple, la notion univoque d'animal comprend à la fois l'homme et le cheval.

56. M. VILLEY, *op. cit.*, note 1, p. 230.

57. À ces deux aspects, Norberto Bobbio en ajoute un troisième : positivisme comme idéologie. Norberto BOBBIO, « Sur le positivisme juridique », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, tome 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Paris, Librairies Dalloz et Sirey, 1961, 221 p., p. 54.

58. Auguste COMTE, *Le discours sur l'esprit positif*, Paris, Carilian-Gœury, Von Dalmont, 1844. Selon Charles de Visscher, c'est un fait que le positivisme juridique « ne s'est vraiment constitué en système que sous l'influence du positivisme philosophique, particulièrement du positivisme sociologique professé par Auguste Comte et par ses disciples ». Charles DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., Paris, Pédone, 1970, 450 p., p. 67. Sur la doctrine de Comte, voir notamment Adrien ROUX, *La pensée d'Auguste Comte, le passé, le présent et l'avenir social*, Paris, Étienne Chiron, 1920, 435 p.

voir pour prévoir, à étudier ce qui est afin d'en conclure ce qui serait, d'après le dogme général de l'invariabilité des lois naturelles »⁵⁹. Ainsi, dans l'acte de connaissance, la relation entre le sujet et l'objet, le positivisme juridique entend saisir la réalité par l'expérimentation, en mettant « entre parenthèses toutes les questions philosophiques »⁶⁰. Dans cette perspective, c'est la méthode, l'empirisme des sciences exactes, qui « constitue l'essence du positivisme »⁶¹.

29. L'expression « droit positif » renferme certes une pluralité de sens⁶², mais nous n'en retiendrions que trois acceptions fondamentales. En premier lieu, la notion de droit positif renvoie aux « lieux officiels » ou « sources du droit », la source étant le « lieu où apparaissent à la surface du sol, les eaux demeurées jusque là cachées »⁶³. Dans cette perspective, précise Alain Sériaux, le droit positif est le droit que l'on peut entendre ou que l'on peut lire dans les textes écrits tels les lois, règlements ou décisions de justice. « Constitue donc une source du droit, toute mesure positive fixant le bon ajustement entre deux ou plusieurs personnes en relation d'altérité »⁶⁴. Le positivisme prône en particulier l'exaltation d'une théorie des « sources formelles » du droit, réussissant le tour

59. *Id.*, p. 17. Selon Auguste Comte, le mot positif offre plusieurs acceptions distinctes. Il désigne le réel par opposition au chimérique, le contraste de l'utile à l'oiseux, l'opposition entre la certitude et l'indécision, le précis au vague, le contraire de négatif. *Id.*, p. 41-42.

60. Marcel WALINE, *loc. cit.*, note 12, p. 517.

61. Guido FASSÒ, *Histoire de la philosophie du droit : XIX^e et XX^e siècles*, trad. Catherine ROUFFET, Paris, LGDJ, 1976, 312 p., p. 120.

62. Paul AMSELEK, « L'héritage jusnaturaliste du positivisme juridique », in *Memoria del X Congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social*, vol. X, Mexico, 1984, p. 66. « Il serait, enfin, opportun d'en terminer avec l'usage de plus en plus équivoque de l'expression "droit positif" qui tend aujourd'hui à recouvrir les acceptions de plus en plus variées, sans qu'on les distingue suffisamment les unes des autres; droit posé, droit effectif, mais aussi droit en vigueur ou droit valable. »

63. A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 22, p. 55. Pour Husson, la positivité d'une règle se définit comme « sa réception par le pouvoir social ou la conscience collective » dont le juriste « cherche le témoignage dans les sources formelles ». Léon HUSSON, *Les transformations de la responsabilité : étude sur la pensée juridique*, Paris, PUF, 1947, p. 18. Voir aussi Jean-Louis KLÜBER, *Droit des gens moderne de l'Europe*, Paris, J.-P. Aillaud, 1831, 296 p.; William O. MANNING, *Commentaries on the Law of Nations*, London, s.n., 1839, 390 p.; Robert PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, London, Benning and Co., 1854-1861, 775 p.; John AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence of the Philosophy of Positive Law*, 5th ed., rev. and ed. by Robert Campbell, London, John Murray, 1885, 1132 p.

64. A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 22, p. 55.

de force d'y enfermer même la coutume⁶⁵, pourtant traditionnellement considérée comme pratique immémoriale, savoir non localisable temporellement, inaccessible à toute visée synchronique. Cette théorie des sources est censée expliquer et fonder l'*origine* du droit entendu comme l'ensemble des normes juridiques en vigueur, considéré *hic et nunc*.

30. Particulièrement important pour notre propos, le droit des gens se trouve à l'épicentre de l'avènement du positivisme juridique, en raison de la fascination exercée par les méthodes des sciences de la nature, triomphante à cette époque, sur les théologiens-juristes de l'école du droit de la nature et des gens. Grotius, témoignage de cette nouvelle orientation dans la quête de l'intelligibilité de l'être, exposait 12 années avant Descartes le programme méthodologique du célèbre *De jure Belli ac Pacis* :

De même que les mathématiciens, avant de passer à leurs démonstrations elles-mêmes, ont l'habitude d'établir d'avance certaines notions communes sur lesquelles tout le monde est d'accord et qui représentent un point fixe auquel puisse être rapportée la preuve de ce qui suit, ainsi énoncerons-nous un certain nombre de règles et de lois très générales comme des notions innées qu'il ne s'agit pas tant d'apprendre que de se remémorer pour disposer d'un fondement établi sur lequel asseoir nos démonstrations.⁶⁶ (Traduction de l'auteur).

31. Une deuxième acception, plus profonde, de la notion de positivité s'entend de ce qui résulte de la volonté. Est positif ce qui est voulu. Dans cette perspective, le droit positif, *lex lata*, s'entend du droit *posé* ou *établi* par l'autorité sociale compétente, en particulier l'autorité étatique, le législateur ou le juge. C'est dans ce sens que, pour Grotius, le droit positif est le fruit de la volonté, et que pour des impératifs méthodologiques — la constitution du droit en système —, il faut

65. « Convaincu [...] que le droit coutumier ne serait pas du vrai droit si l'on n'en trouvait pas une "source", non seulement on a voulu bâtir par le droit coutumier une source formelle de la coutume elle-même, quoiqu'il s'agisse du phénomène le moins susceptible d'être représenté comme étant un "fait juridique normatif". » Roberto AGO, « Science juridique et droit international », (1956-II) 90 *RCADI*, p. 939.

66. Hugo GROTIUS, *De jure prædæ commentarius / Commentary on the Law of Prize and Booty*, The Classics of International Law, Carnegie Endowment for International Peace, chap. 1, Oxford/London, Clarendon Press/G. Cumberlege, 1950, p. 7.

nécessairement distinguer ce qui procède de la nature — qui est partout pareille — de ce qui procède de la volonté⁶⁷. Tout le système du *jus* grotien est donc fondé sur un *vouloir*, car les sources du droit, pour lui, peuvent se ramener à quatre chefs :

[...] la volonté de Dieu, créatrice du droit naturel; l'assentiment général, où apparaissent, plus que partout ailleurs, les traces de divine lumière qui sont en l'homme, et qui donne naissance au droit naturel secondaire ou droit des gens primaire; le consentement de celui qui s'oblige, individu ou État, parce que Dieu a fait l'homme libre et *sui juris*; enfin l'ordre de l'État ou du magistrat s'adressant aux citoyens⁶⁸.

67. A. DUFOUR, *loc. cit.*, note 11, p. 69. Sur ce point, voir également Uberto SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique*, trad. Colette CLAVREUIL, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1996, 107 p., p. 3-23; Herbert L. A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », (1958) 71 *Harvard Law Review* 593-629.

68. Jules BASDEVANT, « Hugo Grotius », in Antoine PILLET (dir.), *Les fondateurs du droit international. F. de Vitoria, A. Gentilis, F. Suarez, Grotius, Zouch, Pufendorf, Bynkershoek, Wolf, Vattel, de Martens : leurs œuvres, leurs doctrines*, Paris, Giard & Brière, 1904, 691 p., p. 158. En analysant la théorie générale du droit de Grotius, Basdevant affirme, aux p. 232 et 233, que le droit naturel grotien « est constitué par les règles que la raison nous fait découvrir comme conformes à la nature de l'homme qui est de vivre en société [...] ». Par cette conception [...], Grotius dégage le droit naturel de la théologie et de la métaphysique. Il en fait matière à une étude scientifique portant sur la nature sociable de l'homme. C'est parce qu'il s'est attaché à cette conception et l'a répandue dans les esprits qu'il a pu être considéré comme le père du droit naturel ». Pour une analyse de l'influence de Grotius sur le développement du droit international, voir notamment P. HAGGENMACHER, *op. cit.*, note 37. Voir également Alfred DUFOUR *et al.*, *Grotius et l'ordre juridique international*, Travaux du colloque Hugo Grotius, Genève 10-11 nov. 1983, Genève, Payot, 1985; Matthew CRAVEN *et al.*, *Time, History and International Law*, Leiden, M. Nijhoff, 2007, 251 p.; Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1956 (2^e éd. 2002), 354 p.; Dominique GAURIER, *Histoire du droit international. Auteurs, doctrines et développement de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2005, 525 p.; Emmanuelle JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pédone, 1998, 490 p.; Martti KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 569 p.; Albert G. DE LA PRADELLE, *Maitres et doctrines du droit des gens*, 2^e éd., Paris, Les Éditions internationales, 1939 (2^e éd. 1950), 441 p.; Henri LEGOHEREL, *Histoire du droit international public*, coll. Que sais-je?, Paris, PUF, 1996, 127 p.; Arthur NUSSBAUM, *A Concise History of the Law of Nations*, 2^e éd., New York, Macmillan, 1947 (2^e éd. 1954), 361 p.; Ernest NYS, *Les origines du droit international*, Bruxelles, Castaigne, 1894, 414 p.; Antonio TRUYOL Y SERRA, *Histoire du droit international public*, Paris, Economica, 1995, 188 p.; Roberto AGO (dir.), « Commémoration du quatrième centenaire de la naissance de Grotius », (1983-IV) 182 *RCADI*, p. 371-469; Roberto AGO, « Pluralism and the Origin of the International Community », (1977) 7 *Israel Yearbook on Human Rights* 3-30;

32. Auréolée du caractère sacré des dix commandements, la loi — désormais « Loi » — en hérita la perfection, *lex perfecta*, c'est-à-dire les caractères d'univocité, de clarté et de complétude⁶⁹. En conséquence, le juge, simple « bouche de la loi », doit simplement l'*appliquer*, et les destinataires lui obéir sous peine de sanction; droit *potestas*⁷⁰, pourvu qu'elle ait été régulièrement promulguée et ait revêtu la forme garante de sa nature juridique. Réduit au normatif, le droit est *Law in Books* d'abord, surplombant les pratiques du droit (*Law in Action*) devenues simples cas d'application de la Loi. En droit international, la figure contemporaine de la *lex perfecta* est, de par son caractère univoque, impératif, à vocation universelle, le *jus cogens*, défini selon des critères purement formels⁷¹.

33. La troisième acception de la notion de positivité renvoie à celle de réalité sociale. Dans ce sens, le droit positif s'entend comme « *réalité effective d'ordre factuel*, que cette réalité

Ludwik EHRlich, « The Development of International Law as a Science », (1962-I) 105 *RCADI*, p. 173-265; Peter HAGGENMACHER, « Les origines du droit international au début des temps modernes : projections et perspectives », in *500 anni di solitudine. La conquista dell'America e il diritto internazionale*, Verona, Bertani, 1994, 500 p., p. 125-139; Peter HAGGENMACHER, « L'État souverain comme sujet du droit international de Vitoria à Vattel », (1992) 16 *Droits* 11-20; Robert Y. JENNINGS, « General Course on Principles of International Law », (1967-II) 121 *RCADI*, p. 323-605; Randall LESAFFER, « The Grotian Tradition Revisited : Change and Continuity in the History of International Law », (2002) 73 *BYBIL* 103-139; Nicholas G. ONUF, « Civitas Maxima. Wolff, Vattel and the Fate of Republicanism », (1994) 88 *AJIL* 280-303; Roscoe POUND, « Philosophical Theory and International Law », in *Bibliotheca Visseriana Dissertationum Ius Internationale Illustrantium*, Leyde, Brill, t. I, 1923, p. 71-90; Willem VAN DER VLUGT, « L'œuvre de Grotius et son influence sur le développement du droit international », (1925-II) 7 *RCADI*, p. 395-509.

69. Le positivisme juridique affirma le concept de Loi en élaborant une théorie de l'interprétation basée sur le fameux *in claris non fit interpretatio*, complétée par une théorie, chère à l'école de l'exégèse, du caractère *a priori* parfait, non lacunaire de l'ordre juridique.

70. Le droit *potestas*, posé par le législateur, s'impose (sanction) même s'il ne suit pas les mœurs (dont le positivisme se désintéresse); par là il s'oppose au droit *autoritas*, dont l'adéquation aux *ethos* en assure l'acceptabilité, rendant la sanction secondaire. Sur cette distinction, voir notamment A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 22, p. 71.

71. L'article 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969 énonce : « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

empirique soit de nature sociale ou psychique »⁷². Cette conception empiriste de la notion de positivité considère le droit positif tantôt comme « ensemble de règles de conduite extérieures effectivement appliquées », tantôt comme « ensemble de règles ressenties intérieurement comme obligatoires, que ce soit par les juges qui les appliquent ou par les individus qui les suivent »⁷³. Pour Charles de Visscher, la pensée positiviste substitue à la recherche du principe de l'obligation celle du critère de la normativité, et « elle aperçoit celui-ci dans l'effectivité »⁷⁴. Cette troisième vision du « positif » est au cœur de la doctrine du positivisme sociologique ou biologique de Duguit à Scelle.

B. LES DIFFÉRENTES ESPÈCES DU POSITIVISME JURIDIQUE

34. L'application en droit du positivisme scientifique engendre, nous semble-t-il, deux courants de pensées juridiques forts disparates, se réclamant pourtant d'une même légitimité scientifique : se fonder sur les faits observables et vérifiables⁷⁵, gage d'une objectivité scientifique.

72. A. DUFOUR, *op. cit.*, note 11, p. 70.

73. *Ibid.*

74. C. DE VISSCHER, *op. cit.*, note 58, p. 66. Nos italiques.

75. A. PAPAUX, *op. cit.*, note 38, p. 119. Voir également Paulo AMSELEK (éd.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 248 p.; Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2001, 493 p.; Hans-Georg GADAMER, *Vérité et méthode*, Paris, Seuil, 1996, 288 p.; Manfred LACHS, *Le monde de la pensée en droit international*, Paris, Economica, 1989, 263 p.; Alain PAPAUX, Eric WYLER, *L'éthique du droit international*, coll. Que sais-je?, Paris, PUF, 1997, 127 p.; Charles PERELMAN, *Logique juridique*, Paris, Dalloz, 1979, 200 p.; François RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, 319 p.; François RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé », (1989-I) 175 *RCADI*, p. 9 et suiv.; Jean SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », (1989-I) 175 *RCADI*, p. 9 et suiv.; Jean-Marc TRIGEAUD, « Du cercle sans origine ou l'éternel anti-humanisme du droit abstrait », (1988) 33 *Archives de philosophie du droit*, p. 207 et suiv.; Eric WYLER, « L'internationalité en droit international public », (2004) 3 *RGDIP* 633-678, p. 633 et suiv.; Jean-Faustin B. ATIBASAY, « La double impuissance du positivisme juridique au regard de la normativité du droit international », (2003) 33 *R.G.D.* 1-38.

I. LE LÉGALISME ET LE FACTUALISME

35. Le légalisme ou normativisme se focalise sur la norme, œuvre de la volonté du législateur (la Loi est nécessité) et méthodologiquement déductiviste. Pour le factualisme au contraire, c'est le « fait social » qui impose la norme (nécessité fait Loi)⁷⁶, la formulation de celle-ci dans la Loi n'étant qu'une étape secondaire du processus, courant dont la méthodologie procède de l'induction pure.

36. Selon Henri Batiffol, trois thèmes caractérisent l'école sociologique, dont le chef de file fut le sociologue Émile Durkheim⁷⁷. D'abord le *fait social*, dont le droit est un exemple de choix, doit être traité comme une chose observable suivant la méthode des sciences de la nature. Ensuite, la *pression sociale* est la cause déterminante de l'ensemble des phénomènes humains. Et, enfin, dans la mesure où ces phénomènes humains incluent une pensée, des représentations, celles-ci sont collectives et expriment une *conscience collective*⁷⁸. Dès lors, le positivisme sociologique considère la coutume, « dont le caractère social est le plus manifeste en raison de sa formation spontanée »⁷⁹, comme la première manifestation du phénomène juridique, le droit étant le produit de la conscience collective.

37. Le positivisme légaliste, au contraire, prône un *jus potestas*, découlant de la volonté du législateur⁸⁰. Le droit est droit dès lors que ses règles sont posées conformément aux procédures formelles prévues à cet effet dans le cadre légal de la toute-puissance étatique. « La conséquence logique de ce légalisme qui réduit le droit à la loi est que celle-ci est désormais considérée en sa composante formelle et non en sa composante matérielle »⁸¹.

76. Bruno OPPETIT, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, 156 p., p. 57 et suiv.

77. Henri BATIFFOL, *La philosophie du droit*, 10^e éd., coll. Que sais-je?, Paris, PUF, 1960, 127 p., p. 31.

78. *Ibid.*

79. *Id.*, p. 32.

80. A. PAPAUX, *op. cit.*, note 38, p. 122.

81. S. GOYARD-FABRE, *op. cit.*, note 33, p. 99.

38. Au-delà de leur opposition manifeste, de leur antagonisme, ces deux courants sont « frères » en ce sens que, tous deux cohéritiers de la métaphysique de l'univocité avec primat de la cause efficiente, « scientifiques » par la séparation stricte entre « faits » et « droit » qu'ils présupposent, utilisent chacun à leur manière mais univoquement, les notions interdépendantes, provenant de la physique moderne, de « force » et de « causalité ». Là où pour le légalisme, la norme est le produit de cette force créatrice qu'est la volonté (du législateur), pour le factualisme, c'est par la poussée du fait qu'elle naît : « Toute norme sociale ou intersociale dérive d'une *contrainte* qui s'impose d'elle-même aux individus [...]. À cette conscience de la *nécessité* pourront sans doute s'ajouter des jugements de morale ou de justice, mais ce ne seront toujours là que des éléments adventices »⁸².

39. Le lien établi entre « force » et norme dérive d'une conception univoque de la *causalité*, selon laquelle la cause produit immédiatement et automatiquement son effet; d'où l'inutilité du recours à un pluralisme factoriel pour expliquer l'émergence du droit⁸³. Selon le légalisme de l'école de l'exégèse, par exemple, la norme est le produit d'un acte de volonté étatique tout comme, dans le sociologisme juridique, elle émane directement du « fait social », s'imposant à la « conscience collective »⁸⁴.

82. Georges SCELLE, *Précis du droit des gens : principes et systématique*, Paris, Sirey, 1932, p. 31. Nos italiques sur l'expression « qui s'impose d'elle-même ». Les autres italiques sont de l'auteur original.

83. Pour Kelsen, par exemple, la « conduite humaine » est « régie elle aussi par le principe de causalité », « devant donc être expliquée, tout de même que les faits de la nature, comme une cause et comme un effet ». Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 104. Appelée « principe d'imputation », cette causalité « joue dans les propositions juridiques un rôle tout à fait semblable à celui que le principe de causalité joue dans les lois naturelles [...] », avec la différence que « dans la proposition juridique, la connexion causale est établie par une norme posée par l'autorité juridique, c'est-à-dire par un acte de volonté, alors que la connexion de la loi naturelle est indépendante de toute semblable intervention ». p. 104-106.

84. Pour Duguit, « [l]a règle sociale est devenue juridique [...] au moment où la masse des esprits a eu la conscience plus ou moins nette, mais certaine, que les gouvernements devraient [...] intervenir pour imposer le respect de cette règle [...] ». Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, *La règle de droit, Le problème de l'État*, Paris, E. de Boccard, 1927, p. 112.

II. LE POSITIVISME EN DROIT INTERNATIONAL : VOLONTARISME ET OBJECTIVISME

40. Fidèle à la pensée essentielle du positivisme scientifique qui tend à éliminer toute donnée non vérifiable à l'expérience, le positivisme juridique en droit international a fait dépendre le caractère obligatoire des normes juridiques, « non de leur conformité à des considérations supérieures de raison, de justice ou de bien commun, mais exclusivement de la circonstance qu'elles trouvent leur expression dans un fait extérieur tangible : leur reconnaissance et leur observation effectives par les États »⁸⁵.

41. S'il est banal de diviser la doctrine internationaliste en deux camps adverses, les volontaristes et les objectivistes, on ne prend que rarement la peine de faire la généalogie de ces deux écoles. Leur affiliation au positivisme paraît incontestable, la transposition des modèles *légaliste* et *factualiste* en droit international ayant bénéficié tant du principe de l'unicité de la méthode, que de l'*habitus* consistant à raisonner au niveau international à partir des catégories conçues en droit interne. C'est pourquoi on a pu sans difficultés affirmer la volonté *des États* à la source des normes internationales (comme la volonté d'un État est à la source du droit interne), ou voir dans des *nécessités* (le commerce, par exemple) la pression « sociologique » rendant compte de l'émergence de normes coutumières ou conventionnelles, sources formelles du droit international.

42. Pour citer un représentant du positivisme-volontariste aussi éminent qu'Anzilotti, selon lequel les traités sont au droit international ce que les contrats sont au droit interne, on pourrait ramener, réduire toutes les variétés d'actes juridiques internationaux « à un même fait juridique fondamental : l'accord des volontés de deux ou plusieurs États auquel le droit international [fruit de la volonté des États, la coutume étant un "accord de volonté tacite"] attribue des effets déterminés »⁸⁶. Et ce qui fonde la force obligatoire des traités et des coutumes, c'est, fruit de la volonté encore, « la norme fondamentale de l'ordre juridique international, *pacta sunt*

85. C. DE VISSCHER, *op. cit.*, note 58, p. 67.

86. Dionisio ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Paris, Sirey, 1929, p. 353.

servanda »⁸⁷. La position fondamentale du positivisme-volontariste, qui exclut du droit international tout ce qui n'est pas déductible d'accords de volontés étatiques, a imprimé à ce droit un caractère statique accentué. En réduisant les facteurs de l'élaboration du droit à ces seuls accords, lesquels devraient logiquement se renouveler pour tout changement au droit en vigueur, nous précise avec justesse Charles de Visscher, « le positivisme volontariste accentue singulièrement la propension du droit international à l'immobilisme »⁸⁸.

43. Une autre approche dite objectiviste, distincte de celle d'Anzilotti, provient d'un autre grand internationaliste de la même époque, Georges Scelle. Voyant à la source de toutes les espèces du genre « droit »⁸⁹ (droit interne, transnational, international) le même phénomène de « nécessité » sociologique, de *solidarité biologique*, il affirmait que : « La nécessité du commerce engendrera une première norme importante du droit international : *Pacta sunt servanda*, et prouvera l'existence d'une solidarité intersociale [...] »⁹⁰.

44. Si la controverse entre volontaristes et objectivistes s'est progressivement amenuisée, mais sans disparaître, c'est parce que son essoufflement a amené la doctrine à évoluer, dans deux directions principales : une tendance « électique » cherchant à concilier les « frères ennemis »⁹¹, et une tendance

87. En tant que norme coutumière, *pacta* tombe dans la catégorie de « l'accord tacite ».

88. C. DE VISSCHER, *op. cit.*, note 58, p. 68.

89. « Le droit interne et le droit international sont simplement des catégories du droit intersocial universel, du système juridique global à l'intérieur duquel se superposent les systèmes juridiques partiels [...] » Georges SCELLE, *op. cit.*, note 82, p. 33.

90. *Id.*, p. 30.

91. Une première « réconciliation » entre volontarisme et objectivisme est à mettre au crédit de l'école française dite « réaliste », soulignant, à propos du fondement obligatoire du droit international coutumier, que « certains États auront le sentiment d'être liés parce qu'ils l'auront voulu [...] certains États au contraire [...] parce que la règle leur est imposée ». Brigitte STERN, « La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions », in *Mélanges Reuter*, Paris, Pédone, 1981, p. 498. Dans cette perspective, la règle est « voulue » par les États puissants et « nécessité objective » pour les États faibles. Délaissant la « Realpolitik » pour se confiner sur le terrain juridique, une approche voisine consiste à dégager, à la racine de la coutume, « un subtil équilibre entre consentement et hétéronomie », et d'en conclure que « le problème du fondement du droit international n'est pas un problème de *ou* (ou volontarisme ou objectivisme) mais un problème de *et* ». Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », (1992-VI) 237 *RCADI*, p. 79-81.

plutôt critique, dont l'ambition se limite à la déconstruction des ressorts du droit international⁹². Bien entendu, il demeure toujours possible de classer d'autres courants dans les deux grandes catégories habituelles, en une opération schématique non exempte toutefois de simplifications⁹³. Mais que l'on soit consensualiste ou objectiviste, tout effort de systématisation du droit international, aujourd'hui, doit nécessairement opérer un dosage entre les deux « frères ennemis ». D'où l'intérêt du « néo-système ».

C. LE SYSTÉMISME EN DROIT INTERNATIONAL OU SYNTHÈSE INTELLIGENTE ENTRE SYNCHRONIE ET DIACHRONIE

45. Le systémisme en droit international, que l'on peut qualifier de « néo-système », s'enracine dans la métaphysique finaliste classique d'obédience aristotélicienne, pour laquelle l'Être ne peut être « approché » univoquement dans son illusoire transparence « essentialiste », mais seulement dit de façon multiple, c'est-à-dire selon une pluralité de points de vue, donc analogiquement, en tenant compte de ses différences spécifiques et de son « épaisseur » dynamique, toute réalité de ce monde étant complexe et changeante. Porteur d'une finalité, l'Être étant ce qu'il est *hic et nunc*, il s'inscrit nécessairement dans le devenir, « deux de ses modes étant la puissance et l'acte »⁹⁴. Les quatre célèbres principes ou causes d'intelligibilité, permettant d'appréhender n'importe quel Être, dans son interaction, se pondèrent différemment suivant l'objet considéré. En particulier, par rapport à l'hypothèse qu'en font les modernes, la pensée juridique de l'aristotélisme dynamique n'accorde qu'un intérêt relatif,

92. Andrea L. PAULUS, « International Law after Postmodernism : Towards Renewal or Decline of International Law », (2001) 14 *Leiden Journal of International Law* 727-755. Cet auteur considère à la p. 735 que : « As the post-modern critique does not share the scientific optimism of the founders of international relations theory, they will not — and cannot — provide an alternative. And as politics follows power, despair ultimately supports the powerful ».

93. Simplifications, car les « hybrides » précèdent toujours les types « purs » que l'on en extrait : par exemple, il y a une composante « objectiviste » dans le « structuralisme volontarisme » de Combacau. Voir notamment E. WYLER, *loc. cit.*, note 7.

94. E. WYLER, *loc. cit.*, note 41, p. 112.

nous l'avons vu, à la cause efficiente, car le droit positif, qui exerce et complète le droit naturel, n'a aucune « origine » repérable à l'instar de la Cité phénomène naturel, au sein de laquelle il prospère (*ubi societas ibi jus*).

I. LE MODÈLE SYSTÉMIQUE ORGANICISTE

46. Une partie de la « systématique »⁹⁵, à savoir la « théorie générale des systèmes » ou « systématique organiciste »⁹⁶ est fondée, nous semble-t-il, sur la métaphysique finaliste et dynamique d'Aristote. Le postulat épistémologique de ce systématisme consiste :

[...] à affirmer que les propriétés des objets complexes ne peuvent être réduites aux propriétés de leurs éléments, que le tout est plus que la somme des parties, et qu'en particulier dans le domaine du vivant et du social, l'étude doit prendre en compte l'aspect occulté par le physicalisme mécaniste, de ce que l'ancienne philosophie nommait la cause finale, et qu'on a remplacé par d'autres notions, telles la fonction, le but ou la tendance⁹⁷.

47. Dans la théorie générale des systèmes du 20^e siècle, la définition toute générale du système comme « [t]out organisé, c'est-à-dire totalité dont les éléments entretiennent des relations spécifiques »⁹⁸, implique déjà le retour à la conception du *Tout* supérieur à la somme des parties, puisque les relations entre les éléments font partie de ce *Tout*. Mais c'est à la théorie générale des systèmes vivants en biologie que revient le mérite de la redécouverte véritable de la finalité.⁹⁹ À l'image de l'embryon, dont le développement révèle une organisation finalisée, en devenir permanent, chaque élément

95. Car le concept de système est utilisé par les juristes dans trois compréhensions différentes, bien que liées, issues de trois traditions intellectuelles : « système-synthèse », « système-calcul », « système-organisme ». Christophe GRZEGORCZYK, « Évaluation critique du paradigme systématique dans la science du droit », (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 281-301, p. 282-285.

96. *Id.*, p. 296. Voir également Jean-Louis VULLIERME, « Descriptions systématiques du droit », (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 155-167.

97. *Id.*, p. 284.

98. Michel VAN DE KERCHOVE, François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, 254 p., p. 12.

99. C. GRZEGORCZYK, *loc. cit.*, note 95, p. 297.

passé à l'acte permettant d'en inférer l'existence antérieure en puissance, le droit est un processus finalisé, un mouvement constant entre être et devoir-être, tendant donc à la réalisation d'une Justice. L'approche dominante dans ce systémisme organiciste est donc « dite "holistique", fondée sur la notion de la totalité irréductible à la somme des parties, et le refus du schéma de la causalité simple, linéaire, au profit de la multi-causalité ou de la corrélation »¹⁰⁰.

II. NÉO-SYSTÉMIQUE EN DROIT INTERNATIONAL

48. Rares sont, en droit international contemporain, les épi-gones de la systématique « néo-aristotélicienne ». On cite parfois Santi Romano, lequel, en sus de sa récusation du primat de la cause efficiente, donc du point origine et de la métaphysique de l'univocité, présenta une critique acérée du synchronisme inhérent au volontarisme et à son substrat, le contrat social¹⁰¹. Grâce à sa notion fameuse d'« institution », il a pensé le *Tout* antérieur et également constitué par les relations entre les éléments qui en font partie¹⁰². Santi Romano, dans son analyse du phénomène juridique, se place d'un point de vue exactement opposé à celui de Kelsen. Celui-ci partait de la norme, élément du *Tout*, et ne parvenait qu'en second temps à l'ordre juridique tout entier. Romano part de l'ordre juridique, du système dans sa globalité, et dans le cadre de celui-ci, explique aussi le droit comme norme¹⁰³. Selon cet éminent juriste italien, l'« ordre juridique pris dans son ensemble et son unité est le concept d'institution. Tout ordre juridique est une institution et, inversement, toute institution est un ordre juridique »¹⁰⁴. Le concept de droit pour

100. *Id.*, p. 297.

101. Cet auteur se réclame d'*ubi societas ibi jus*, car pour lui il n'est pas de société dans la véritable acception du terme où le phénomène juridique ne se manifeste. Il fustige le volontarisme « qui conçoit le droit international comme l'ouvrage de Pénélope, qu'il faut recommencer *ex novo* à chaque accord normatif » et son support individualiste, « l'idéologie » du contrat social. SANTI ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. Lucien FRANÇOIS, Pierre GOTHOT, Paris, Dalloz, 1975, 174 p., p. 42-43 et p. 47.

102. « L'institution [...] implique des rapports mais ne s'épuise pas en eux. Elle leur est même préalable, en ce sens qu'elle consiste dans l'organisation ou structure nécessaire à ces rapports [...]. » *Id.*, p. 49.

103. G. FASSÒ, *op. cit.*, note 61, p. 226.

104. S. ROMANO, *op. cit.*, note 101, p. 19.

Romano implique nécessairement l'idée d'ordre social. Et selon lui :

[l']ordre social posé par le droit n'est pas celui qui résulte de l'existence de normes de toutes provenances réglant les rapports sociaux : il n'exclut pas ces normes, il s'en sert même, les intégrant à sa sphère, mais il ne les en précède et ne les en domine pas moins. Cela veut dire que le droit, avant d'être norme, avant d'avoir trait à un ou plusieurs rapports sociaux, est une organisation, structure, attitude de la société même dans laquelle il est en vigueur et qui par lui s'érige en unité, en un être existant par soi-même.¹⁰⁵

49. Le paradigme néo-systémique, ontologie du *Tout* antérieur et supérieur à la somme des parties à l'image de l'« institutionnalisme » de Romano, a trouvé d'autres défenseurs, nous semble-t-il, du côté de la doctrine sociologique de Georges Gurvitch, dans une moindre mesure de Georges Renard¹⁰⁶ et surtout du doyen Maurice Hauriou. Mais à nos yeux, c'est, en droit international public, davantage Abi-Saab qui en est le représentant atypique¹⁰⁷.

50. La profondeur de la pensée systémique est perceptible dans son magistral « Cours général de droit international public », professé en 1987. Ce cours exprime une vision fondamentalement dynamique, interactionniste, soucieuse d'appréhender l'ordre juridique international, diachroniquement, dans toute sa spécificité et sa complexité. Du point de vue méthodologique, la démarche privilégie l'interaction du système avec son milieu tout en ménageant une place au finalisme, donc à la diachronie. Il s'agit en effet de :

[...] mettre en lumière, d'une part, comment le droit international fonctionne en tant que système, c'est-à-dire comment ses normes, institutions et mécanismes s'articulent les uns par rapport aux autres pour constituer un tout opérant; éclairer, d'autre part, sa mouvance ou sa dynamique en examinant les changements qui ont eu lieu dans le contenu et les mécanismes du droit international, surtout depuis 1945, et ce, en essayant

105. *Ibid.*

106. G. FASSÒ, *op. cit.*, note 61, p. 228-229.

107. Pour un examen plus détaillé du systémisme de Georges Abi-Saab, voir notamment E. WYLER, *loc. cit.*, note 7, p. 23-49.

de voir dans quelle mesure ces changements, ou leur absence, dans tel ou tel domaine, peuvent être expliqués par des changements dans l'environnement du système et/ou par la structure particulière du droit international en tant que système juridique, lui même produit spécifique de cet environnement.¹⁰⁸

51. Métaphysique du devenir et de la relation, la conception du système juridique international du professeur Abi-Saab met l'accent sur la tendance à la conservation ou stabilité, la nécessité de l'adaptation et la recherche d'un équilibre¹⁰⁹, toutes choses qui appellent une synthèse et mieux, un dépassement des théories de Kelsen, Hart et Santi Romano. Le dépassement de ces trois théories « réside précisément dans leur combinaison ou intégration dans une vision plus large, reposant sur l'intuition — toute aristotélicienne — d'un "gain cognitif" généré par la multiplicité de points de vue qui, loin de s'exclure mutuellement, se complètent heureusement »¹¹⁰. Le droit international, dans une telle perspective, est davantage « approche », mode d'appréhension dynamique, tel qu'il est défini :

[...] le droit international, comme tout droit, n'est pas seulement un ensemble de normes ou de propositions normatives, *mais également une dynamique ou un mouvement continu d'interaction entre les sujets de droit* ainsi qu'avec ses organes quand ils existent, fait de prétentions et contre-prétentions, actes ou décisions qui s'articulent autour de l'application des normes. De l'issu ou du produit final de ce processus d'interaction — processus qui révèle la structure ou les règles secondaires du système juridique dont il relève — dépendent l'effectivité ou le poids social réel des normes substantielles de comportement et, partant, du système juridique en général.¹¹¹

52. Parfaitement conscient de la différence *de nature* entre société interne et internationale, l'auteur peut inférer, en vertu d'*ubi societas ibi jus*, l'existence *autonome* du droit international¹¹². Au rejet de la théorie des « sources

108. G. ABI-SAAB, *loc. cit.*, note 8, p. 35.

109. E. WYLER, *loc. cit.*, note 7, p. 42.

110. *Id.*, p. 43

111. G. ABI-SAAB, *loc. cit.*, note 108, p. 223. Nos italiques.

112. *Id.*, p. 45.

formelles », sorte de « big bang juridique »¹¹³, correspond la prise en compte de la finalité du droit international, la justice, « corrective et distributive » selon « le diptyque aristotélien »¹¹⁴. Le droit international ne saurait se réduire à la fixité de ses normes, étant, comme un organisme vivant¹¹⁵, un système relativement institutionnalisé et en constante évolution, cherchant à s'adapter aux transformations de la société internationale tout en conservant son autonomie propre¹¹⁶. Pareille approche permet d'éviter d'y voir les « contradictions » que la vision synchronique-statique croit souvent déceler, comme le montre, par exemple, la controverse sur la nature de « droit de coexistence » ou de « droit de coordination » du droit international. N'étant pas l'un ou l'autre, celui-ci présente des aspects des deux, plus ou moins marqués suivant l'époque et les domaines considérés¹¹⁷. De même, plutôt que de classer de façon binaire les normes du droit international en deux catégories seulement, *hard* ou *soft*, selon des critères préétablis et formels, la prise en compte de leur graduation rétablit la continuité entre valeur (morale) et droit *hard*, situant le droit *soft* en catégories intermédiaires, parfois droit « en gestation », parfois droit « achevé », à l'obligatorité graduée. La *soft law* permet en définitive d'accélérer l'emprise du droit, grâce à cette « fluidité »¹¹⁸ que le droit *hard* ne peut revendiquer.

53. Si l'on appréhende les normes internationales dans le contexte de leur opérationnalité concrète, et non *in abstracto* et a priori, on accède très naturellement à une vision analogique du droit international : « nous pouvons avoir une même norme [...] qui donne lieu à des résultats radicalement divergents dans les différents systèmes juridiques qui l'adoptent [...] [même] au sein d'une même famille juridique, d'un pays à l'autre [...] »¹¹⁹. C'est explicitement se réclamer de la « texture ouverte » des normes, soulignée par Hart, impliquant l'œuvre créatrice de l'interprète. Le pluralisme des solutions

113. *Id.*, p. 204.

114. *Id.*, p. 313.

115. *Id.*, p. 321.

116. *Id.*, p. 108.

117. *Id.*, p. 330 et p. 440.

118. *Id.*, p. 206 et p. 213.

119. *Id.*, p. 41-42.

prédominera inéluctablement au sein d'un monde international hétérogène et multilingue¹²⁰.

54. L'ordre juridique international ne se caractérise pas seulement par son aspect normatif, mais également par sa composante institutionnelle et les fonctions que ses organes sont précisément chargés d'assumer. En sus de la fonction « législative », diversifiée, s'y exerce une fonction « exécutive », assurée par le Conseil de sécurité, et aussi par l'activité des États, dont l'efficacité se résume à « l'effet cumulatif ou total de toute la panoplie de moyens ou sanctions *lato sensu* dont dispose le système »¹²¹. L'obligation de non-reconnaissance de certaines situations illégales représente l'une de ces « stratégies indirectes » inventées par ce dernier aux fins de sa propre conservation¹²². Quant à la fonction « juridictionnelle », son importance se marque au lien que seul le juge peut véritablement tisser entre généralité des règles et situations concrètes¹²³.

CONCLUSION

55. De nos jours, il est incontestable que la philosophie du droit dominante est le positivisme juridique. Ce positivisme juridique, attitude méthodologique plutôt que paradigme, puise ses racines de la doctrine hobbesienne du contrat social et sa théorie des droits subjectifs de l'homme. À ce courant philosophique n'ont cessé de s'opposer les doctrines du droit naturel. L'aristotélisme dynamique, métaphysique du devenir et de la relation, nous a fourni des schémas indispensables à une meilleure intelligibilité du phénomène juridique.

56. Les présupposés de la science du droit ont conduit les positivismes, légalistes et factualistes, des 19^e et 20^e siècles à définir pour objet d'étude un droit positif complètement désaxiologisé en réaction contre le droit naturel. Or, face à la complexité de l'ordre juridique international actuel, avec la

120. « Ainsi, le premier intermédiaire entre la norme et sa réception sociale, c'est la langue, langue qui renvoie elle-même à des acceptations sociales relatives et changeantes. » *Id.*, p. 41.

121. *Id.*, p. 309-310.

122. *Id.*, p. 312.

123. *Id.*, p. 214-215.

démultiplication de la production normative et l'activité juridictionnelle, le formalisme statique et réductionniste des positivismes n'offrent plus une meilleure intelligence. C'est pourquoi la théorie de Georges Abi-Saab, le néo-systémisme, même si « elle s'est élevée à partir des racines cartésiennes et positivistes peu nourricières »¹²⁴, en apportant au système des éléments de la métaphysique du devenir et de l'analogie, du *Tout* supérieur à la somme de parties, nous projette une bienvenue lumière sur le phénomène juridique international, longtemps obscurci par les querelles incessantes entre légalistes et factualistes. Nous sommes d'avis avec Alain Sériaux que « le droit n'est pas affaire de titre, mais de mesure entre deux ou plusieurs personnes. Que des titres résultent de ces mesures, cela est clair. Mais c'est une perversion radicale de l'essence du phénomène juridique que de poser des titres antérieurs à toute mesure »¹²⁵.

Awalou Ouedraogo
Département d'études internationales
Campus Glendon, Université York
York Hall, bureau 160
2275, avenue Bayview
Toronto (Ontario)
Canada M4N 3M6
Tél. : 416 729-8065
Télé. : 416 487-6851
aouedraogo@glendon.yorku.ca

124. E. WYLER, *loc. cit.*, note 7, p. 49.

125. A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 22, p. 121.