06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 1

HART ET LE POSITIVISME POSTMODERNE EN DROIT INTERNATIONAL

par
Jean D'ASPREMONT

Professeur à l'Université d'Amsterdam
Professeur invité à l'Université de Louvain

EPREUVES RGDIP 2009-3

Il peut paraître bien curieux de prêter tant d'attention à un auteur[1] qui a notoirement considéré le droit des gens comme un ensemble très primitif de règles. Il est en effet bien connu que H.L.A. Hart, dans le *Concept de Droit*[2], a défendu, à la différence de Kelsen, que le droit international ne forme qu'un ensemble de règles de comportement dépourvu de critères généraux de validité et qu'il ne constitue pas, en conséquence, un système juridique. Certes, le *Concept de Droit* – son ouvrage principal – est un monument de la théorie du droit et un évangile de la science juridique positiviste. La compréhension qu'il offre du droit international a néanmoins toujours laissé les internationalistes plutôt songeurs, car comprenant mal que l'on puisse nier le caractère systémique du droit international. Alors pourquoi y revenir ? Les observations qui suivent entendent démontrer qu'une compréhension hartienne du droit international contient tous les ferments nécessaires à une modernisation du positivisme juridique en ce qu'elle permet à celui-ci d'éviter les errements – si bien mis en évidence par les approches postmodernes du droit international – dont il s'est classiquement rendu coupable. Cette étude commence par préciser le contexte dans lequel doit être appréciée la véritable contribution de Hart à la doctrine du droit des gens (1) avant de formuler quelques précisions relatives aux ambiguïtés terminologiques traversant son œuvre (2). En se

1 - V. l'intéressante biographie de H.L.A Hart écrite par N. Lacey, *A Life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

2 - La version à laquelle il est fait référence ici est la seconde édition originale publiée en 1994 avec un post-scriptum et réimprimée en 1997 : H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997 (ci-après, *The Concept of Law*).

3 - *The Concept of Law*, pp. 213-237.

Electronic copy available at: http://ssrn.com/abstract=1491493

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 2

basant tout particulièrement sur le *Concept de Droit*, on examine ensuite ceux de ses enseignements qui permettent d'envisager une modernisation de la compréhension positiviste du droit international. On s'attarde en particulier sur la possibilité qu'offre la doctrine hartienne d'exclure un questionnement sur la validité du système juridique international dans son ensemble (3) et les raisons « politiques » qui, selon Hart, commandent le choix d'un tel postulat (4).

I. LE CONTEXTE : HART ET LE DROIT INTERNATIONAL

Une chose est sûre : si l'œuvre de Hart, et particulièrement le *Concept de Droit*, mérite de figurer au panthéon des classiques du droit des gens, ce n'est assurément pas pour l'analyse – singulièrement superficielle[4] – qu'il fait du droit international. Certes, Hart, parce qu'il rejette la conception du droit basée sur la contrainte telle que formulée par Austin[5], réfute l'idée selon laquelle le droit international n'est rien d'autre qu'un ensemble de règles morales[6]. Toutefois, même si Hart ne réduit pas le droit international à de la morale, il n'y voit pas pour autant un « système » juridique. Cette conclusion est probablement ce qui a conduit la plupart des internationalistes à négliger la doctrine hartienne. Il semble en effet qu'il ne soit plus mis en cause par personne aujourd'hui que le droit international contient bel et bien des normes de reconnaissance, de changement et d'adjudication. Aussi, si un système juridique procède effectivement de la combinaison de règles de comportement et de règles de reconnaissance, changement et adjudication, comme l'a pourtant défendu Hart, il est difficile de nier cette qualité au droit international. Ce n'est donc pas la façon dont Hart transpose en droit international sa savante conception du droit qui mérite l'attention. Il est d'ailleurs surprenant que Hart n'ait pas jugé nécessaire de revoir sa position dans les notes préparées pour le post-scriptum, joint à la seconde édition, où il a répondu aux critiques les plus fondamentales qui lui avaient été adressées[7].

Ce n'est guère plus la dichotomie susmentionnée entre les règles de comportement – que Hart qualifie de règles primaires – et les règles de reconnaissance, changement et adjudication – que Hart qualifie de règles secondaires – qui nous semble rendre le travail de Hart à ce point incon-

4 - Pour une critique de l'analyse que Hart fait du droit international, v. P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *Recueil des Cours*, t. 297, 2002, p. 76-77 ou I. Brownlie, « The Reality and Efficacy of International Law », *British Yearbook of International Law*, 1981, pp. 1-8.

5 - *The Concept of Law*, pp. 18-25. V. J. Austim, *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis, Hackett, 1998.Telle est aussi la conception de H. Kelsen, « Théorie du Droit International Public », *Recueil des Cours*, 1953, t. 83, p. 28 et s.

6 - *The Concept of Law*, pp 213-237. Cette critique avait déjà été formulée par Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, 1957, pp. 602-604.

7 - *The Concept of Law*, pp. 238-276. V. l'ouvrage dirigé par J. Coleman qui est entièrement consacré au post-scriptum : J. Coleman (ed.) Hart's Postscript, Oxford, OUP, 2001.

EPRUVES REVUE 2009/3

Electronic copy available at: http://ssrn.com/abstract=1491493

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 3

tournable. Il est vrai que la distinction entre règles primaires et secondaires – quel qu'en soit l'auteur – fut, sous certaines réserves[8], suivie par la Commission du droit international à l'initiative de Roberto Ago pour mieux circonscrire ses travaux sur la responsabilité[9]. L'intérêt de cette classification a d'ailleurs dépassé le seul droit de la responsabilité, son application en droit international s'étant révélée d'une utilité certaine pour la systématisation et la compréhension d'un ordre juridique en souffrance d'une production centralisée et systémique de ses règles. Il est cependant difficile de ne pas voir qu'appliquée à l'ordre juridique international, la dichotomie entre règles primaires et règles secondaires n'échappe pas à une certaine artificialité et constitue bien souvent une vue de l'esprit, de nombreuses règles du droit international – particulièrement dans le champ du droit de la responsabilité de l'Etat – pouvant être envisagées aussi bien sous l'angle de la règle primaire que sous celui de la règle secondaire[10]. La règle secondaire peut d'ailleurs elle-même se réduire à une règle primaire dont le destinataire n'est pas, à la différence de la règle primaire, le citoyen mais le seul agent de l'Etat chargé de l'application du droit – ce qui a déjà été défendu par des auteurs comme Austin ou Ihering[11]. Il faut en outre faire remarquer que le rapport de primauté qu'envisage Hart n'est qu'un rapport de primauté *fonctionnelle*. Or, en droit international, la primauté d'une règle sur une autre peut aussi s'envisager dans un rapport hiérarchique matériel (*jus cogens*)[12], dans un rapport de temporalité (*lex posterior*)[13] – ce qui correspond à la conception dynamique de la distinction entre règles primaires et règles secondaires que l'on trouve chez Kelsen – ou dans un rapport de spécialité matérielle (*lex specialis*)[14]. Enfin, comme on l'a déjà souligné, la distinction entre règles primaires et

8 - V. par exemple l'article 16 des articles sur la responsabilité de l'Etat.

9 - V. par exemple le deuxième rapport sur la responsabilité des Etats de Roberto Ago, Doc a/CN.4/233, 20 avril 1970, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1970, vol. II, p. 178-179, para. 7-11. Sur la pertinence de cette distinction dans le droit de la responsabilité et une tentative de taxonomie des obligations primaires, v. J. Combacau et D. Alland, «Primary and Secondary Rules in the Law of State Responsibility : Categorizing International Obligations», *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, pp. 82-109.

10 - V. en particulier l'article 28 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, 7e rapport du rapporteur spécial Giorgio Gaja, A/CN.4/610, paras. 77-83, p. 26-27 qui reflète une obligation primaire comme l'a reconnu le rapporteur spécial et comme l'a énoncé le Tribunal de première instance des communautés européennes (aff. T-306/01 *Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, para. 248 et aff. T-315/01 *Kadi c. Conseil et Commission*, para. 198). V. nos remarques, «Abuse of the Legal Personality of International Organizations and the Responsibility of Member States», *International Organizations Law Review*, 2007, pp. 91-119.

11 - V. sur la critique de cette distinction N. Bobbio, «Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires», in N. Bobbio, *Essais de théories du droit* (trad. De M. Guéret), Paris, Bruylant/LGDJ, p. 159 et s.

12 - V. article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

13 - V. le rapport et les conclusions du groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation, A/61/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II, deuxième partie, conclusions 5-10.

14- *Ibid*., conclusions 24-25.

EPREUVES PUF 2009

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 4

règles secondaires n'est pas l'invention de Hart lui-même dès lors qu'on la retrouve chez les auteurs utilitaristes anglais comme Austin ou chez les auteurs de l'école allemande comme Ihering, Hart ayant simplement élargi la notion d'obligation secondaire[15]. On comprend donc que ce n'est pas la « commode »[16] distinction entre règles primaires et règles secondaires, y fût-il largement recouru dans les manuels de droit international par souci de systématisation, qui confère au *Concept de Droit* une place si centrale dans la doctrine du droit des gens[17].

Il ne faudrait enfin pas croire que, du point de vue de la doctrine du droit international, la théorie hartienne tire sa valeur de la synthèse qu'elle permet de réaliser avec les théories du droit naturel. Il est vrai que Hart, dans le post-scriptum joint à la seconde édition en 1991 et compilé, après sa mort, par Penelope Bulloch et Joseph Raz sur la base des notes laissées par l'auteur, répond aux critiques formulées par Ronald Dworkin pour qui la séparation du droit et de la morale défendu par Hart (*separa - bility thesis*) n'est pas tenable . La réponse de Hart est moins dure que celle qu'il avait opposée à Fuller trente ans plus tôt[18] en ce qu'elle permet d'accommoder le postulat positiviste d'un rejet de la morale comme élément constitutif du droit[19] avec la théorie du droit naturel par le biais d'un « positivisme juridique inclusif » (*inclusive legal positivism*) ou d'un « positivisme mou » (*soft legal positivism*) par opposition à un positivisme juridique exclusif (*exclusive legal positivism*) ou un « positivisme juridique dur » (*hard legal positivism*)[20]. Le positivisme « inclusif » ou « mou » défendu par Hart – qui ne manque pas de rappeler la philosophie de ses maîtres utilitaristes[21] – rend ainsi possible le renvoi à des critères moraux

15 - Il fut sur ce point critiqué par N. Bobbio qui a jugé que le concept de norme de changement est inapproprié et qu'il faut lui préférer le concept de norme de production juridique qui inclut à la fois la norme de reconnaissance et la norme de changement. N. Bobbio, « Pour un lexique de théorie générale du droit » in N. Bobbio, *Essais de théories du droit, op. cit.*, p. 62-63. Bobbio semblerait toutefois avoir ultérieurement changé d'avis. V. « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », *op. cit.*, p. 167.

16 - V. cependant la critique de N. MacCormick selon qui l'interaction entre les différents types de règles secondaires peut générer des problèmes théoriques insolubles. V. N. MacCormick, « The Concept of Law and the Concept of Law », in R. George (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 179-180.

17 - V. P.-M. Dupuy qui relativise aussi la distinction de Hart. « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 74.

18 Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, 1957, 593-629. V. contra L. Fuller, « Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart », *Harvard Law Review*, 1957, 630-672. V. sur la controverse relative au principe de la séparation entre droit et morale, v. encore F. Haldemann, « Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen : A Debate on Nazi Law », *Ratio Juris*, 2005, pp. 162-178.

19 - V. J. Bentham, *A Fragment on Government*, in London, Bowring ed., 1859, p. 230 ; v. aussi J. Bentham, *Principes, of Morals and Legislation*, Bowring ed., 1859, p. 84.

20 - V. Hart, *The Concept of Law*, pp. 250-254.

21 - Les utilitaristes comme Bentham n'ont jamais nié que le développement des systèmes juridiques a été profondément influencé par la morale et qu'en conséquence, beaucoup de règles juridiques reflètent des principes moraux et peuvent inclure des critères de moralité dans le droit, ce que Hart avait déjà indiqué auparavant, v. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *op. cit.*, pp. 598-599.

EPRUVES RGDIP 2009.3

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 5

par la règle de reconnaissance elle-même, ce qui permettrait qu'une règle contrevenant à certaines exigences élémentaires de moralité puisse être jugée non valide. Il ne fait pas de doute que la « concession » de Hart – bien qu'ultérieurement rejetée par plusieurs auteurs positivistes et notamment son élève Joseph Raz[22] – demeure bien modeste en ce que Hart ne remet nullement en cause le postulat positiviste de base selon lequel la compatibilité des règles juridiques avec la morale n'est point un élément constitutif du droit. Elle lui permet cependant d'offrir un artifice pour réconcilier ce paradigme élémentaire du positivisme juridique avec celui des théories du droit naturel. Le positivisme juridique inclusif de Hart contribue en ce sens à un affinement de la doctrine positiviste en général[23]. Tout remarquable que soit ce tempérament à une séparation radicale entre droit et morale, il n'est cependant pas certain que la doctrine du droit des gens puisse trouver dans le positivisme inclusif hartien un élément modernisateur décisif. Sous réserve de certaines théories libérales à forte connotation naturaliste[24], les arguments des théories du droit naturel ont depuis longtemps cessé de faire débat, la doctrine[25] ou les juges[26] ayant fini par reconnaître que certains principes moraux peuvent orienter l'élaboration des règles ou être intégrés dans la règle de reconnaissance sans pour autant être élevés en une condition de validité ou d'applicabilité de la règle.

Ce ne sont donc point le traitement qu'il réserve au droit international, les distinctions qui ont permis de systématiser celui-ci au cours des dernières décennies ou le compromis entre les théories positivistes et les théories de droit naturel que favorise son positivisme inclusif qui justifient le caractère fondamental de l'apport de la théorie hartienne à la doctrine du droit international. Ce qui fait de l'œuvre de Hart, et particulièrement du *Concept de Droit*, une contribution majeure à la compréhension du droit international tient plutôt aux réponses que cet auteur offre, *rétros* -

22 - V. J. Raz, « Authority, Law, and Morality », in J. Raz (ed.), *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon, 1994, p. 215. V. les remarques sur le positivisme exclusif de Raz par K. E. Himma, « Bringing Hart and Raz to the Table : Coleman's Compatibility Thesis », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2001, 609-626. V. la critique du positivisme inclusif de Raz par S. Shapiro, « Law, Morality and the Guidance of Conduct », *Legal Theory*, 2000, pp. 127 et s.

23 - V. généralement J. Coleman, « Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis », in J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, *Essays to the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 99 et s.

24 - V. par ex. F. R. Tesón, « The Kantian Theory of International Law », *Columbia Law Review*, 1992, pp. 53-102. Sur les différents courants dans l'école libérale, v. G. Simpson, « Two Liberalisms », *European Journal of International Law*, 2001, pp. 537 et s. Pour une critique de ces approches, v. P. Capps, « The Kantian Project in Modern International Legal Theory », *European Journal of International Law*, 2001, pp. 1003-1025.

25 - V. Les ressemblances entre le positivisme de P.-M. Dupuy et le positivisme « mou » ou « inclusif » de Hart, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 30-31.

26 - V. par ex. *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide,* avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23.

EPREUVES REDIGEES

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 6

pectivement, aux dilemmes fondamentaux de la doctrine contemporaine du droit international. L'apport essentiel de la théorie de Hart pour la compréhension du droit international n'était en effet pas perceptible en 1961 lors de la première publication de l'ouvrage. A l'époque, on l'a dit, il n'y avait seulement là, du point de vue du droit international, qu'une savante théorie du droit qui, si elle avait été correctement appliquée au droit des gens, aurait, tout au plus, permis de renforcer l'idée que le droit international n'est finalement plus si différent des droits nationaux. Les observations qui suivent visent à montrer que ce sont les évolutions de la doctrine du droit international postérieures à 1961 qui révèlent toute la mesure de l'apport du positivisme hartien tel qu'expliqué dans le *Concept de Droit*.

Pour comprendre la pertinence tardivement acquise par l'œuvre de Hart, il faut rappeler qu'au moment de sa parution, la doctrine du droit des gens étaient encore presque exclusivement de tendance positiviste. Depuis la « déconfiture » de l'école de droit naturel[27], le positivisme avait en effet régné en maître sur la doctrine du droit des gens.[28] Selon cette approche, le droit international n'émane pas de la nature. Il est considéré comme l'exclusif produit direct ou indirect de la volonté des Etats[29]. Il n'est donc pas donné mais il est construit. Bien qu'ils aient suscité certains affinements nécessaires des dogmes positivistes, les tempéraments apportés par l'école sociologique française[30] ou l'école libérale américaine (et notamment la *Manhattan School*[31]) ainsi que les objections de

27 - S'agissant de l'école du droit naturel dans la doctrine française du droit international, v. E. Jouannet, «Regards sur un siècle de doctrine française du droit international», *AFDI*, 2001, p. 1-57, et en particulier, p. 14-24.

28 - Il faut reconnaître que ce monopole du positivisme a été moins marqué en dehors de la doctrine du droit des gens. Dans la théorie générale du droit – ce que les anglo-saxons appellent la « jurisprudence » – l'école du droit naturel – plutôt conçue comme une théorie d'obéissance aux normes par ceux qui sont chargés d'appliquer le droit – a continué d'exercer une influence importante. V. par exemple J. Finnis, «On the Incoherence of Legal Positivism», in D. Patterson (ed.), *Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2003, pp. 134 et s.

29 - En ce sens, le véritable père du positivisme juridique est Thomas Hobbes. V. notre contribution, «The Foundations of the International Legal Order», *Finnish Yearbook of International Law*, 2008 (à paraître). V. la critique de l'idée selon laquelle Hobbes est le fondateur du positivisme, S. Coyle, «Thomas Hobbes and the Intellectual Origins of Legal Positivism», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2003, pp. 243-270; v. aussi D. Dyzenhaus, «Hobbes and the Legitimacy of Law», *Law and Philosophy*, 2001, pp. 461-498. Il est intéressant de noter que Hobbes est également considéré par certains comme un des pères de l'école du droit naturel. V. par exemple J. Finnis, «On the Incoherence of Legal Positivism», *op. cit.*, pp. 134 et s.

30 - V. généralement G. Scelle, Précis de droit des gens, 1932, p. 5 et s. V. les remarques de H. Thierry, «The Thought of George Scelle», *European Journal of International Law*, 1990, pp. 193-209.

31 - V. par ex. L. Henkin, *International Law: Politics and Values*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995; T. M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 1995; F. R. Tesón, «The Kantian Theory of International Law», *Columbia Law Review*, 1992, pp. 53-102 ; Anne-Marie Slaughter, «A Liberal Theory of International Law», *Proceedings of the American Society of International Law*, 2000, pp. 240-253 ou «International Law in a World of Liberal States», *European Journal of International Law*, 1995, pp. 503–538.

EPREUVES IGDP 2009-3

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 7

la *policy-oriented jurisprudence* (dite de New Haven)[32] s'étaient déjà révélés insuffisants pour remettre en cause cette domination du positivisme juridique dans la doctrine du droit des gens, celui-ci s'imposant presque « par défaut ». Le (quasi-) monopole de la compréhension positiviste dans la doctrine du droit international explique qu'au moment de la parution du *Concept de Droit*, les internationalistes positivistes, bien que saluant la rigueur du positivisme hartien, n'y virent pas un outil conceptuel véritablement nécessaire à la modernisation de leurs postulats.

Force est de reconnaître que, près de cinquante ans après la première édition du *Concept de Droit*, le quasi-monopole du positivisme juridique s'est sérieusement effrité, surtout dans la doctrine anglo-saxonne du droit des gens. Le positivisme juridique y paraît désormais bien mal en point. Selon certains, celui-ci « connaî[trai]t [d'ailleurs] une perte de crédibilité de tous ses postulats, y compris parmi les praticiens »[33]. Il est vrai que la doctrine française du droit des gens semble, à cet égard, encore faire figure d'exception[34] tant elle est demeurée jusqu'ici plus ou moins hermétique aux tribulations que connaît le positivisme juridique dans la doctrine anglo-américaine[35] – ce qui explique d'ailleurs que les auteurs francophones ne réalisent pas toujours pleinement la crise actuellement traversée par le positivisme juridique. A l'échelle mondiale, celle-ci n'est toutefois plus douteuse, le seul mot « positivisme » – à la faveur, il est vrai, de clichés souvent simplificateurs[36] – ayant désormais une connotation singulièrement péjorative[37].

32- V. M. S. McDougal, « The Law School of the Future : From Legal Realism to Policy Science in the World Community », *Yale Law Journal*, 1946-1947, pp. 1345 et s. ; M. S. McDougal, « International Law, Power and Policy : a Contemporary Conception », *op. cit.,* pp. 137 et s. ; s'agissant généralement de la critique à l'encontre de l'école du New Haven, v. J. C. Hathaway, « America Defender of Democratic Legitimacy », *European Journal of International Law*, 2000, pp. 121-134, R. Falk, « Casting the Spell : The New Haven School of International Law », *Yale Law Journal*, 1995, pp. 1991-2008, ou les remarques formulées par O. Schachter, *ASIL Proceedings*, 1985, p. 272.

33 - O. Corten, *Le discours du droit international – Pour un positivisme critique*, Paris, Pedone, 2009, p. 67.

34 - V. nos remarques sur la singularité de la doctrine française dans « La doctrine du droit international face à la tentation de la juridicisation sans limites », cette *Revue*, 2008, p. 856-858. V. plus fondamentalement le formidable panorama que dresse E. Jouannet, « Regards sur un siècle de doctrine française du droit international », *op. cit.,* p. 1-57 ou encore « French and American Perspectives on International Law : Legal Cultures and International Law », *Maine Law Review*, 2006, pp. 292-336.

35 - Pour quelques singulières exceptions v. certaines des contributions de l'ouvrage de E. Jouannet, H. Ruiz-Fabri, J.-M. Sorel (Eds.), *Regards d'une génération sur le droit international*, Pedone, 2008.

36 - Une des raisons du rejet du positivisme dans les doctrines anglo-américaines réside généralement dans l'idée (non fondée) que le positivisme génère une obéissance aveugle aux lois, mêmes celles édictées par des tyrans. Pour une critique des fondements de la mauvaise réputation du positivisme dans la doctrine américaine, v. F. Schauer, « Positivism as Pariah », in R. P. George, The Autonomy of Law, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 32-55.

37 - V. par ex. R. Pildes, « Conflicts Between American and European Views of Law : The Dark Side of Legalism », *Virginia Journal of International Law*, 2003, pp. 145-167 ; v. plus généralement les remarques de A. J. Sebok, « Misunderstanding positivism », *Michigan Law Revie*w, 1995, pp. 2054-2132.

EPREUVES IGDIP 2009-3

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 8

Les causes de la crise du positivisme juridique dans la doctrine du droit des gens sont nombreuses et il serait hors propos de s'y attarder ici[38]. Pour comprendre l'essence de la contribution de Hart à la doctrine du droit des gens, il semble néanmoins important de souligner qu'une grande partie de l'agonie contemporaine du positivisme juridique est imputable aux théories héritées de la philosophie de l'Ecole de Francfort, des courants structuralistes et de la pensée de Jacques Derrida[39] et que l'on retrouve désormais véhiculées – avec quelques décennies de retard – par l'école critique de droit international[40]. Sous ses multiples courants – souvent regroupés sous l'appellation *Newstream* ou *New Approaches to International Law* (NAIL)[41] – l'école critique a en effet remis en cause l'objectivité de la science du droit international et prône désormais une politisation ouverte et transparente de celle-ci et de son objet d'étude[42]. La standardisation et la formalisation promues par l'approche positiviste cacheraient mal, selon l'école critique, le fait que ceux-ci ne sont que les expédients d'un projet politique aux mains d'experts qui ne répondent nullement de leurs décisions[43]. Le droit international n'est, selon cette interprétation, qu'un « discours » dédié à un projet politique[44].

Il faut bien reconnaître que la critique postmoderne du positivisme n'est pas dénuée de tout fondement. Nombreux sont en effet les auteurs positivistes classiques ayant eux-mêmes nourri les objections soulevées par l'école critique. On pourrait même s'aventurer à prétendre que le travers idéologique du positivisme remonte à ses origines, comme semble l'illustrer la forte dimension idéologique du positivisme d'Auguste

38 - Nous en avons évoqué certaines dans notre étude « La doctrine du droit international face à la tentation d'une juridicisation sans limites », cette *Revue*, 2008, p. 849-866.

39 - Sur les origines du mouvement critique en droit international, v. D. Kennedy, « Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship », *New England Law Review*, 1985-1986, p. 209-289.

40 - La pensée sceptique ne date pourtant pas d'hier, la philosophie grecque et romaine se faisant largement l'écho de courants sceptiques. V. à ce sujet, M. Villey, *La formation de la pensée juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 434 et s. Pour une critique des approches critiques du droit international, v. A. Paulus, « International Law After Postmodernism : Towards Renewal or Decline of International Law ?», *Leiden Journal of International Law*, 2001, pp. 727-755.

41 - V. le symposium dans le *Nordic Journal of International Law*, 1996, vol. 65 et notamment la contribution de D. Z. Cass, « Navigating the Newstream : Recent Critical Scholarship in International Law », pp. 341-383.

42 - M. Koskenniemi, *La Politique du Droit International*, Paris : Pedone, Collection Doctrine(s), 2007, 423 p. (présentation critique de E. Jouannet).

43 - M. Koskennieni, « The Fate of Public International Law : Between Technique and Politics », *Modern Law Review*, 2007, 1-30. Cet argument est poussé plus loin dans « The Politics of International Law – 20 Years Later », *European Journal of International Law*, 2009, pp. 7-19.

44 - L'école critique prétend toutefois faire du droit international un langage. V. le nouvel épilogue de M. Koskenniemi dans la réédition de *From Apology to Utopia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 565-583.

EPREUVES RCDIP 2009.3

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 9

Comte[45], ce qui lui avait valu les critiques de l'utilitariste Stuart Mill[46]. Si on se tourne vers la doctrine du droit international, la dimension idéologique du positivisme d'un auteur comme L. Oppenheim était encore plus flagrante[47]. Il est aussi intéressant de rappeler que c'était en partie pour contenir l'idéologie hégélienne que véhiculait le positivisme au 19e siècle que Gustave Rolin-Jaequemyns, Jean Gaspar Bluntschli, Gustave Moynier et d'autres créèrent l'Institut de Droit international[48]. Même Kelsen, son œuvre fût-elle entièrement dédiée à la « purification » de la science du droit – en ce compris la science du droit international, n'a pas pu complètement cacher le projet néo-kantien qui l'animait[49].

L'impact des objections de l'école critique a été presque immédiat et son succès très instantané[50]. Sa capacité à convaincre a été considérable. L'affaiblissement corrélatif du positivisme juridique a simultanément redonné de la vigueur aux critiques sociologiques, libérales et réalistes qu'on avait hâtivement frappées de discrédit. C'est ce qui explique qu'il n'a pas fallu longtemps pour que le positivisme juridique – qui était pourtant demeuré jusque-là insensible aux objections formulées à son endroit – se mette à vaciller sous la pression presque irrésistible exercée par l'école critique.

C'est précisément la crise contemporaine des approches positivistes du droit des gens – particulièrement dans la doctrine anglo-américaine du droit international – qui permet de pleinement saisir la valeur inestimable de la thèse contenue dans le *Concept de Droit*. Celle-ci fournit en effet aux auteurs qui croient toujours que l'approche positiviste est celle qui répond le mieux aux besoins d'efficacité régulatrice de la société internationale les instruments conceptuels nécessaires pour moderniser leur approche et réfuter la politisation prônée par l'école critique. La doctrine

45 - Auguste Comte, *Discours sur l'esprit positif*, nouvelle édition, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2003, p. 148-149, 160-161, 175-176.

46 - J. Stuart Mill, *Auguste Comte et le positivisme* (trad. de Georges Clemenceau), Paris, L'Harmattan, 1999.

47 - B. Kingsbury, « Legal positivism as Normative Politics, International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law », *European Journal of International Law*, 2002, p. 401-436.

48 - M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, *The Rise and Fall of International Law 1870-1960,* Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 39-51.

49 - V. H. Kelsen, « Les Rapports de systèmes », Recueil des Cours, 1926, t. 14, p. 324. La dimension néo-kantienne du projet sous-tendant la théorie kelsennienne a été relevée par plusieurs auteurs : V. par ex. F. Rigaux, « Hans Kelsen on International Law », *European Journal of International Law*, 1998, p. 326 ; v. aussi Norberto Bobbio et Danilo Zolo, « Hans Kelsen, the Theory of Law and the International Legal System : A Talk », *European Journal of International Law*, 1998, pp. 355-367 ; Danilo Zolo, « Hans Kelsen : International Peace through International Law », *European Journal of International*, 1998, pp. 306-324. V. aussi Ch. Leben, *Hans Kelsen – Ecrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 19.

50 - Pour un des premiers comptes rendus de cette approche, v. David Kennedy, « A New Stream of International Law Scholarship », 7 *Wisconsin International Law Journal*, 1988-1989, pp. 1-49.

EPREUVES RGDIP 2009-3

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 10

positiviste du droit des gens peut trouver dans la conception du droit défendue par Hart à la fois l'antidote à la fièvre dont elle souffre mais aussi un instrument pour remédier aux faiblesses identifiées par l'école critique. Il faut bien admettre que l'affirmation qui précède n'est pas totalement exempte de paradoxes. Elle signifie en effet que c'est dans un ouvrage qui réduit le droit international à un ensemble très primitif de normes que le positivisme juridique en droit des gens peut finalement trouver une des clés de sa modernisation, et *a fortiori*, de sa survie.

La valeur explicative de la théorie hartienne pour la doctrine du droit des gens ainsi comprise, il reste à rendre compte de ceux de ses enseignements qui permettent une modernisation du positivisme juridique en droit international. C'est précisément l'objet des paragraphes qui suivent.

II. ORDRE OU SYSTEME ?

Avant de se pencher plus avant sur l'apport crucial du *Concept de Droit* à la modernisation du positivisme juridique en droit international, une remarque terminologique s'impose. Celle-ci tient à l'ambigüité fondamentale qui traverse toute l'œuvre de Hart et qui explique que celle-ci ait parfois été mal comprise, particulièrement par les auteurs francophones. Dans le *Concept de Droit*, Hart définit le droit par l'intermédiaire du concept de système. Ce détour par le concept de système est strictement conforme au postulat positiviste élémentaire développé par les philosophes utilitaristes anglais : une règle n'a pas d'existence propre et autonome et ne peut se définir qu'en rapport avec un système[51]. Une norme n'existe en effet que si elle est valide selon le système qui l'a produite. Son existence ne vaut d'ailleurs qu'à l'égard de ce système. La validité – et *a fortiori* l'existence de la norme – présuppose donc un système. La juridicité et la validité ne sont pas la propriété de normes isolées. Cela signifie que la validité d'une norme ne peut s'apprécier que s'il y a un système, c'est-à-dire s'il y a des règles qui déterminent la validité des autres règles. Validité de la norme et système sont donc des notions congénitales. On a parfois reproché à ce postulat d'être circulaire et tautologique, en ce qu'affirmer l'existence d'une règle valide présuppose un système dont l'existence est, à son tour, tributaire de l'existence de certaines règles[52]. On sait que Kelsen a tenté de résoudre cette tautologie en *présupposant*

51 - V. Hobbes, *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Law of England* (revu par J. Cropsey), Chicago, University of Chicago Press, 1997, p. 17. J. Bentham, *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, éd. corrigée, Oxford, 1823, 378 p ; J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. corrigée par Wilfrid E. Rumble, Cambridge, Cambridge University Press, 298 p.

52 - M. Koskenniemi, « Hierarchy in International Law : A Sketch », *European Journal of International Law*, 1997, p. 578.

EPRUVES CDJP 2009-5

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 11

l'ultime règle de reconnaissance sur laquelle repose le système. Hart a recouru au « point de vue interne » des organes chargés de l'application du droit sur lequel il nous faudra revenir. Pour l'heure, il importe seulement de souligner que c'est sur la base du postulat positiviste élémentaire selon lequel la détermination de l'existence d'une règle est tributaire du système que Hart, comme on le sait si bien, a défini un système juridique comme étant un ensemble de normes de comportement identifiées par des règles de reconnaissance et dont la modification et l'exécution sont assurées par des règles de changement et d'adjudication[53].

Si la conception du droit de Hart susmentionnée est généralement bien comprise, on peut aisément se méprendre sur la portée du concept de système par l'entremise duquel Hart conçoit le droit. Celui-ci ne définit en effet pas le concept de *système juridique* par opposition au concept d'*ordre juridique* car Hart ne fait nullement la distinction entre ordre et système. Pour lui, seul importe de distinguer un système juridique d'un simple « ensemble de règle », le premier étant seul capable de produire du *Droit* au sens noble du terme. Hart n'a donc nullement comme ambition de distinguer les ensembles de règles qui seraient systémiques de ceux qui ne le seraient pas. Seul compte pour lui de pouvoir identifier le droit, ce qui n'est possible qu'une fois qu'on a identifié le système auquel la règle appartient. Cette absence totale de distinction entre ordre et système est conforme à la tradition positiviste anglo-saxonne[54] et contraste singulièrement avec la propension des auteurs francophones et allemands à distinguer les deux[55]. Cela n'en rend la traduction française par Michel van de Kerchove, Joëlle van Drooghenbroeck et Raphaël Célis que plus remarquable en ce que ceux-ci ont habilement évité de se laisser piéger par cette ambigüité sémantique à la faveur d'une fidélité très stricte à la lettre du texte original[56].

Parce que son but ultime est d'identifier le droit par le truchement du système, Hart est appelé à élaborer des critères sur la base desquels l'existence du *système* lui-même peut être vérifiée. C'est précisément au sujet de l'identification du système dans son ensemble que l'apport de la doctrine hartienne est le plus fondamental pour la compréhension du droit international. Comme on l'explique maintenant, en adoptant le fameux « point de vue interne », Hart adopte des critères de vérification de l'exis-

53 - *The Concept of Law*, pp. 79-99.

54 - V. toutefois Vaughan Lowe, *International Law*, Oxford University Press, 2007.

55 - Cet argument est également développé par N. Bobbio, « Pour un lexique de théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 56. V. cependant J. Combacau qui semble faire figure d'exception à cet égard, « Le droit international : bric-à-brac ou système », *Archives de philosophie du droit*, 1986, p. 85-105.

56 - H.L.A. Hart *Le concept de droit*, trad. de l'anglais par Michel van de Kerchove ; avec la collab. de Joëlle van Drooghenbroeck et Raphaël Célis, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1976. V. en particulier, pp. 116-117, et p. 276-277.

EPREUVES FUDP 2009-3

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 12

tence du système juridique qui permettent d'évacuer complètement une question théorique fondamentale qui a tourmenté la doctrine du droit des gens depuis son origine et sur laquelle toutes les écoles précitées se sont divisées : la question de la validité du système juridique international. Or, c'est précisément la persistance de la question théorique de la validité du système juridique international qui a permis à l'école critique de droit international de remettre en cause le positivisme juridique en réduisant le droit international à un simple discours et en prônant une politisation de celui-là. Il est vrai que le positivisme juridique classique ne s'est pas toujours clairement affranchi de la question de la validité du système juridique, entretenant ainsi une incertitude sur la dimension apolitique des approches positivistes du droit. Même un auteur comme Kelsen n'a pas réussi à écarter complètement cette question[57]. Ce faisant, le positivisme n'a pas toujours été fidèle à son postulat central d'une séparation entre droit et morale. Quand ils ont tenté de le faire, les représentants de ce courant sont tombés dans une impasse théorique que les auteurs critiques ont qualifiée d'« apologétique »[58]. C'est là précisément la contribution la plus fondamentale de Hart à la théorie du droit international dont il faut maintenant dire un mot.

III. VALIDITE DE LA REGLE ET VALIDITE DU SYSTEME

L'apport le plus essentiel de la théorie hartienne du droit sur lequel on s'attarde ici est finalement assez simple. Hart fournit un instrument conceptuel remarquable pour réhabiliter et moderniser le positivisme juridique en droit international[59]. En effet, Hart *affranchit la question de l'existence du système juridique de celle de sa validité*. En d'autres termes, Hart sépare la question de la validité et celle de l'existence. La validité, pour Hart, ne se pose qu'à l'endroit de la *norme*. Certes, la validité de la norme, on l'a dit, présuppose un système juridique en ce que la validité des règles ne peut être soumise à l'examen qu'aussi longtemps que le système contient des règles de reconnaissance – celles-ci étant un élément constitutif du système. Que la question de la validité présuppose l'existence d'un système – c'est-à-dire l'existence de règle de reconnaissance – n'emporte cependant pas que la question de la validité se pose à l'égard du système *dans son ensemble* et que l'on doive soumettre la règle

57 - H. Kelsen, « Théorie générale de Droit international public », 42 *Collected Courses* (1932–IV) 124-137.

58 - V. gén. M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, *op. cit.*, pp. 16-69. V. nos remarques, « Uniting Pragmatism and Theory in International Legal Scholarship : Koskenniemi's From Apology to Utopia revisited », *Revue québecoise de droit international*, 2006, p. 353-360.

59 - Pour des raisons différentes, P.-M. Dupuy écrit que « [l'][o]n pardonnera tout de même bien volontiers à un si bon auteur d'avoir tellement malmené une discipline qu'il ignorait, tant il a finalement permis d'en faciliter l'analyse ». V. « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 77.

EPREUVES RGDIP 2009 3

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 13

de reconnaissance à un examen de validité. Selon Hart, l'existence du système juridique et donc l'existence de la règle de reconnaissance demeurent en effet une pure question de fait qui ne dépend nullement de sa conformité à quelque norme de reconnaissance externe au système[60]. Contrairement à Kelsen[61], Hart ne subordonne pas l'existence d'un système à sa validité. Là où Kelsen fait dépendre l'existence d'un système de sa compatibilité avec une norme fondamentale hypothétique, Hart défend plus simplement qu'un système juridique – et donc la norme de reconnaissance – *existe ou n'existe pas* sans que jamais ne se pose la question de sa validité. Le seul cadre de référence à travers lequel le système pourrait être évalué est la légitimité. Il ne s'agit toutefois pas d'un critère qui conditionne l'existence du système, celle-ci n'étant pas remise en cause par l'illégitimité éventuelle de celui-ci[62]. Une fois évacuée la question de la validité de l'ordre juridique, le système juridique, pourvu que sa règle de reconnaissance soit suffisamment effective, « tient tout seul ». Il n'a pas besoin de se conformer à quelque principe méta-juridique pour exister. Il devient un *langage* autonome doté d'une logique qui lui est propre et qui ne dépend pas de facteurs extérieurs. On ne peut manquer de voir là l'influence de Hobbes et de Wittgenstein. Le droit y est conçu comme un langage et la validité y est réduite à un problème linguistique propre à chaque norme. Comme dans toute langue, les mots ne tirent pas leur signification – toute imprécise qu'elle puisse être – de la nature ou de principes métalinguistiques supérieurs mais de conventions : les mots sont exclusivement fonction du sens que leur ont donné les hommes[63].

Même s'il a émancipé la question de l'existence du système de sa validité et a réduit celle-là à une question de fait – ce qu'on a retrouvé plus tard chez un auteur comme M. Virally[64], Hart n'a pas pu faire l'économie d'un examen des critères qui témoignent de la réalité de la règle de reconnaissance. En définissant les éléments qui permettent d'évaluer la réalité factuelle du système – et donc la réalité de la règle de reconnaissance, Hart admet, comme Kelsen et Austin, que le système dans son ensemble

60 - « We only need the word 'validity' and commonly only use it to answer questions which arise *within* a system of rules where the status of a rule as a member of the system depends on its satisfying certain criteria provided by the rule of recognition. No such question can arise as to the validity of the very rule of recognition which provides the criteria ; it can neither be valid nor invalid, but simply accepted as appropriate for use in this way », *The Concept of Law*, pp. 108-109.

61- H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public », *op. cit.,* p. 124 et s.

62 - *The Concept of Law*, pp. 107-110.

63 - Hobbes, *Leviathan*, Ed. Edwin Curley, Indianapolis, Hacket, 1994, p. 175 et p. 242. V. l'analyse qu'en fait J. B. Murphy, *The Philosophy of Positive Law*, New Haven, Yale University Press, 2005, pp. 118-119. V. aussi L. Wittgenstein, Tractatus logico-philosophicus, Londres, Routledge, 1994.

64 - M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, Panthéon-Assas/LGDJ, 1998, p. 140 et 144. V. Aussi R. Quadri, « Le fondement du caractère obligatoire du droit international public », *Recueil des Cours*, 1952, vol. 80, p. 619-621.

EPEUVES EGOIP 2009

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 14

doit avoir une certaine effectivité en ce sens qu'un nombre suffisant d'assujettis doivent obéir aux règles primaires.[65] L'appréciation de l'effectivité du système implique que l'on détermine une corrélation factuelle entre le comportement et la norme. Mais, selon Hart, la détermination d'une corrélation factuelle entre le comportement des assujettis et la norme ne suffit pas à établir la réalité du système en tant que système juridique – ce qu'on peut précisément reprocher à l'école réaliste[66]. Evaluer si les règles sont suivies par ceux qui y sont assujettis – ce que Hart qualifie de point de vue externe parce que purement descriptif[67] – doit être corroboré par un autre élément – et à cet égard Hart introduit un élément nouveau qui le distingue encore une fois de Kelsen. En effet, l'existence du système juridique présuppose en outre, selon Hart, que les organes chargés de l'application du droit appliquent les règles secondaires – et particulièrement la règle de reconnaissance – avec l'idée que ces règles constituent un standard auquel ils se soumettent. La réalité du système dépend en fin de compte de l'attitude des organes chargés de l'application du droit à l'endroit des règles secondaires — celles-ci étant alors conçues comme une pratique sociale – en ce que ceux-ci doivent se sentir soumis à celle-là[68]. Or, pour apprécier l'assujettissement des organes chargés de l'application du droit aux règles secondaires de reconnaissance, il faut adopter le point de vue de ceux-ci – ce que Hart qualifie de « point de vue interne »[69].

Parce que Hart n'a jamais reconnu la qualité de système juridique au droit international, il n'a jamais appliqué sa théorie au droit international. Toutefois, retranscrite en droit international, la théorie hartienne montre à quel point il n'est plus nécessaire de démontrer quelque sorte de validité du système juridique international dans son ensemble pour prouver l'existence du droit international. Il suffit, si on applique l'approche hartienne susmentionnée, de vérifier la *réalité sociale de la règle de reconnaissance*. A cette fin, et comme on l'a expliqué, cela nécessite que l'on examine l'attitude de ceux qui appliquent les règles secondaires du droit international, et particulièrement les règles de reconnaissance.

EPREUVES NON CORRIGEES

65 - S'agissant à proprement parler de l'ordre juridique international, on retrouve une telle conception chez G. Fitzmaurice, « The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law », *Recueil des cours*, vol. 92, 1957-III, pp. 36-47 ou chez I. Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998, pp. 12-13.

66 - Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, *op. cit.*, p. 39.

67 - *The Concept of Law*, pp. 56-57, 116-117 et 254-255.

68 - Même s'il a prétendu se distancer partiellement de Hart à cet égard, on retrouve une conception du droit similaire chez J. Coleman, « Negative and Positivism », in E. Patterson (ed.), An Anthology of Philosophy of Law and Legal Theory, Oxford, Blackwell, 2003, p. 121.

69 - *Ibid*. (Pour une critique de cette approche, v. G. J. Postema, « *Conformity, Custom and Congruence : Rethinking the Efficacy of Law* », in M. Kramer, C. Grant, B. Co lburn et A. Hatzistavrou, *The Legacy of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 2008 pp. 49 et s).

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 15

Il est important de souligner à cet égard que, dans l'ordre juridique international, l'application des règles de reconnaissance n'est pas le privilège d'un ensemble clairement défini d'organes dûment compétents en vertu du droit international pour définir et appliquer celui-ci. Parce que le droit international demeure structurellement décentralisé – particulièrement sur le plan de la création et de l'application de ses règles – la distinction faite par Hart entre les assujettis – dont le comportement est réglé par les règles primaires – et les organes chargés de l'application de la règle – auxquelles s'adressent prioritairement les règles secondaires – est singulièrement plus floue que dans les droits internes dès lors que les Etats sont à la fois les créateurs, les juges et les destinataires principaux des règles juridiques. En conséquence, en droit international, ceux qui appliquent les règles secondaires sont aussi bien les institutions judiciaires internationales que les *Etats eux-mêmes*. Ce ne sont donc pas seulement les tribunaux internationaux qui se soumettent aux règles de reconnaissance de l'ordre juridique international, mais aussi les Etats et les organisations internationales. Certes on pourrait objecter que les Etats – et les organisations internationales – se soumettent aux règles de reconnaissance du droit international par convenance, par intérêt personnel, par opportunisme ou pour quelque autre raison qui ne témoignerait pas du sentiment qu'ils y trouvent une règle obligatoire[70]. Mais selon Hart, le motif de l'assujettissement à la règle de reconnaissance importe bien peu, aussi longtemps que ceux qui l'appliquent s'y soumettent et y recourent[71]. Or, il semble difficile de contester que, dans la pratique contemporaine du droit international, les Etats utilisent les règles de reconnaissance, y recourent et *a fortiori* s'y soumettent.

Pour illustrer le propos qui précède, on se contentera de se référer au principe *pacta sunt servanda* qui constitue une des règles de reconnaissance les plus élémentaires du droit international. Il ne semble pas douteux que les gouvernements conçoivent le traité comme un instrument utile et commode pour réguler leur conduite future et considèrent, en pratique, les conventions internationales qu'ils concluent comme les assujettissant à des règles obligatoires. En conséquence, « tout se passe comme si les Etats admettaient que ce qui, structurellement, se présente comme une norme […] était en effet obligatoire, par application d'une exigence […] supérieure à celle qu'énonce la norme en question »[72]. Selon une logique hartienne, cette *pratique sociale* suffit à rendre vaine la question

70 - A ce sujet, v. notre contribution, *« The Foundations of the International Legal Order », Finnish Yearbook of International Law*, 2008 (à paraître).

71 - *The Concept of Law*, pp. 59-60 et 110-111.

72 - J. Combacau, « Le droit international : bric-à-brac ou système », *op. cit.*, p. 90.

EPREUVES RGDIP 2009-3

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 16

du fondement théorique – et celle de la validité – de la règle *pacta sunt servanda*[73] et *a fortiori* la question du fondement ultime du caractère obligatoire des traités conclus sous son empire.

Envisagé sous cet angle, le droit international n'est pas un *discours* malléable au service de la cause politique de son utilisateur comme a tenté de le démontrer l'école critique. Si l'on suit ainsi la théorie défendue dans le *Concept de Droit*, le droit international peut être conçu comme un *langage* basé sur une réalité factuelle[74]. La réalité de la règle de reconnaissance que traduit la pratique étatique se suffit à elle-même pour démontrer l'existence du droit international en tant que pratique *conventionnelle* sans que jamais ne se pose la question de sa validité en tant que système.

IV. LA CHOIX « POLITIQUE » DE DEPOLITISER LA SCIENCE JURIDIQUE

On l'a dit, concevoir le droit international en termes hartiens, c'est ériger celui-ci en un langage, c'est-à-dire le rendre autonome en l'affranchissant de tout questionnement théorique sur sa validité en tant que système. Adopter une conception hartienne du droit constitue pour l'internationaliste ni plus ni moins un *choix*. Il faut en effet se rendre à l'évidence que la conception hartienne du droit international décrite ci-dessus – entendue comme l'application au droit international contemporain de la théorie défendue par Hart dans le *Concept de Droit* et non la compréhension particulière du droit des gens qu'il y a suggéré – n'est, après tout, qu'une option théorique parmi bien d'autres. On peut tout à fait lui préférer une compréhension différente du droit international, par exemple celle en vertu de laquelle l'existence de celui-ci dépendrait ultimement de facteurs méta-juridiques – comme l'ont avancé les défenseurs des théories du droit naturel. On pourrait également choisir de nier l'existence autonome du droit international et réduire celui-ci à un discours – ce qu'ont par exemple tenté les partisans de l'école critique du droit international dont il a déjà été fait mention. En ce sens, il n'y a pas d'approche théorique qui soit *a priori* plus valable qu'une autre. Le droit international est, comme tout ensemble normatif, miné par l'indétermination – ce que reconnaît d'ailleurs Hart lui même en soulignant l'*open texture* du droit[75] – et il ne fait aucun doute qu'il existe plusieurs manières de l'ap-

73 - V. G. De Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, p. 201-202 (judicieusement cité par P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 125-126).

74 - V. Dans le même sens P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 200 (même si celui-ci entretient l'ambigüité entre « discours » et « langage »).

75 - *The Concept of Law*, pp. 124-136.

EPREUVES CEDIP 2009 3

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 17

préhender[76]. Compte tenu de cette multiplicité des théories permettant d'assumer valablement l'indétermination du droit international, suivre la conception hartienne du droit international rapportée ci-dessus – dont l'ambition n'a jamais été d'éliminer toute incertitude linguistique[77] – est le corollaire d'un choix. A cet égard, il convient de préciser que le choix que présuppose une vision hartienne du droit international est intrinsèquement *politique*[78]. Le positivisme hartien décrit ci-dessus reflète le choix politique de dépolitiser la science du droit[79] et de faire du droit international un langage dont l'existence n'est pas subordonnée à d'autres critères que la réalité de ses règles de reconnaissance. S'il en va d'un choix politique, poser la question du *pourquoi* du positivisme hartien ne revient pas pour autant à politiser le droit international. Il s'agit seulement de reconnaître que dépolitiser la science du droit et ériger le droit international en un langage correspond à un choix politique en soi.

Notre brève étude de l'apport de la conception hartienne du droit international pour la doctrine du droit des gens serait singulièrement incomplète si elle ne cherchait pas à identifier les facteurs qui orientent ce choix politique, et particulièrement ceux qui, selon Hart, incitent à épouser une vision du droit international inspirée du *Concept de Droit*. On ne pourrait sérieusement prétendre apprécier « avec recul » la contribution de Hart à la science du droit international sans examiner un instant la façon dont celui-ci a conçu la valeur ajoutée de sa conception du droit par rapport aux approches « concurrentes », c'est-à-dire sans expliquer les raisons qui, selon Hart, doivent conduire l'internationaliste à épouser la conception rapportée ci-dessus.

Sur ce point, on ne peut s'empêcher de souligner que Hart – à la différence d'un auteur positiviste comme Bobbio pour qui il était d'une importance fondamentale d'expliquer le fondement politique du choix du positivisme juridique[80] – est demeuré singulièrement silencieux – ce qui constitue assurément un des aspects du « unfinished business » du *Concept de Droit*[81]. Au-delà de la cohérence systémique de sa théorie, Hart – que les juristes anglais voyaient pourtant comme un philosophe à la diffé-

76 - L. Murphy, « Better to See Law this Way », *New York University Law Review*, 2008, p. 1104. V. aussi du même auteur « Concepts of Law », *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2005, pp. 1-19.

77 - *The Concept of Law*, p. 251: « the exclusion of all uncertainty at whatever costs in other values is not a goal which I have ever envisaged for the rule of recognition ».

78 - B. Kingsbury, « Legal positivism as Normative Politics, International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law », *op. cit.*, p. 403.

79 - U. Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique*, *op. cit.*, p. 87.

80 - N. Bobbio, « Sur le positivisme juridique », in N. Bobbio, *Essais de théories du droit*, *op. cit.*, p. 23-38

81 - N. MacCormick, « The Concept of Law and the Concept of Law », *op. cit.*, p. 191.

EPREUVES RQDI 2009-3

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 18

rences des philosophes qui le considéraient plutôt comme un juriste[82] – n'a en effet pas pris la peine d'expliquer pourquoi le positivisme qu'il défend doit être préféré à d'autres conceptions du droit.[83] C'est un peu comme s'il ne l'avait pas jugé nécessaire parce qu'il a sous-estimé la concurrence des compréhensions non-positivistes du droit.

On peut sans doute regretter le silence de Hart à cet égard. Nul ne doute en effet que les internationalistes auraient sans doute plus justement perçu la valeur théorique inestimable de la conception hartienne du droit international si celui-ci s'était mieux expliqué sur les raisons « politiques » qui justifie qu'on le suive. S'il s'était attardé sur ce choix politique, il aurait en outre évité que ses écrits soient subtilement repris par les auteurs réalistes pour justifier les fondements de leurs théories pourtant aux antipodes du positivisme hartien[84].

Tout regrettable qu'il soit, le silence de Hart sur ce point n'est cependant pas surprenant. L'ambition de Hart dans le *Concept de Droit* n'était nullement de démontrer la pertinence du positivisme juridique par rapport à d'autres conceptions du droit. Celui-ci n'entendait que réparer les insuffisances du positivisme et dissiper les doutes suscités par les théories réalistes, les théories fondées sur le *jus naturalis* et les théories juridiques positivistes basées sur la contrainte[85]. Il ne pouvait de surcroît pas anticiper la critique fondamentale qui allait ultérieurement être formulée par les courants postmodernes. Aussi, son but n'a-t-il jamais été de démontrer quelque supériorité « politique » de l'approche positiviste en tant que théorie explicative du phénomène juridique mais seulement d'affiner celle-ci. Au demeurant, on ne peut totalement exclure que Hart ait plus simplement décidé d'ignorer cette problématique parce qu'il a considéré qu'il ne s'agissait point d'un questionnement d'ordre juridique[86].

Quelles que soient finalement les raisons du silence de Hart sur ce point, il y a là assurément une lacune du *Concept de Droit*. Cette faiblesse, on l'a dit, explique sans doute pourquoi les internationalistes positivistes ont continué à sous-estimer le potentiel du *Concept de Droit*, même lorsqu'ils ont été confrontés à la remise en cause fondamentale du positivisme par les doctrines critiques du droit international. Cela étant dit, il serait faux de prétendre qu'on ne peut nullement discerner les choix politiques

82 - Sur la carrière de Hart au barreau de Londres, son passage à Oxford comme philosophe et sa nomination comme professeur de « jurisprudence » à la Faculté de droit de l'Université d'Oxford, v. l'intéressant chapitre VII « Selling Philosophy to Lawyers » de la biographie écrite par N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart*, *op. cit*., pp. 155-178.

83 - Cette critique de Hart a également été formulée par d'autres auteurs. V. par exemple, A. D'Amato, « The Moral Dilemma of Positivism », *Valparaiso University Law Review*, 1985, p. 43.

84 - V. Par ex. M. J. Glennon, « How International Rules Die », *Georgetown Law Journal*, 2005, p. 939, 951, 957.

85 - A. Sebok, « Misunderstanding positivism », *op. cit*., p. 2061.

86 - Dans le même sens, U. Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique*, *op. cit*., p. 57.

EPRUVES PUF 2009

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 19

qui sous-tendent la conception positiviste défendue dans le *Concept de Droit*. Certes, cette brève étude n'a pas pour objet de conjecturer sur les convictions de Hart relatives à la valeur ajoutée du positivisme par rapport aux autres compréhensions du droit. Ce n'est toutefois pas s'abandonner à quelque supputation approximative que de rappeler la *philosophie utilitariste* sur laquelle repose le positivisme hartien décrit ci-dessus[87]. Sans nier d'autres influences philosophiques comme celles de Wittgenstein, on sait en effet que le positivisme de Hart s'inspire en grande partie de l'éthique utilitariste de ses maîtres qui étaient Hobbes, Bentham et Austin – même s'il n'a pas manqué de prendre ses distances avec certains postulats utilitaristes à d'autres égards, notamment dans ses travaux sur le droit pénal[88]. Hart n'a jamais cherché à cacher son ascendant utilitariste, notamment à l'occasion du fameux débat avec L. Fuller dans la *Harvard Law Review* en 1957[89] – ce qui a, un peu injustement, valu à son œuvre d'être qualifiée par Bobbio de reprise des théories benthamiennes « avec quelques habiles greffes kelséniennes »[90].

L'éthique utilitariste qui sous-tend le *Concept de Droit* suffit à comprendre l'avantage « politique » qu'offre pour Hart la conception du droit qu'il défend. Dans une optique utilitariste, le formalisme et la standardisation qu'implique l'autonomie du droit sont en effet entièrement dédiés à des exigences d'efficacité, de fiabilité, de prévisibilité, de sécurité et de limitation de l'arbitraire. Le droit conçu en termes hartiens s'analyse, partant, comme un langage qui, malgré son degré d'incertitude, permet aux sujets d'anticiper efficacement les comportements des uns et des autres avec un degré raisonnable de certitude. Il faut bien reconnaître que cet objectif n'est pas propre à l'éthique utilitariste. On le retrouve dans les conceptions sociologiques et historiques inspirées par Max Weber selon lesquelles le positivisme juridique constitue l'aboutissement logique de la rationalité occidentale[91] et en vertu desquelles le droit constitue un outil de légitimation du pouvoir[92]. Quelle que soit finalement la pertinence de ces similitudes, il demeure que l'inspiration utilitariste de Hart contient

87 - V. généralement, D. Dyzenhaus, « The Genealogy of Legal Positivism », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, pp. 39-67.

88 - V. par ex. H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968, pp. 19-24. La distance prise par Hart par rapport à l'utilitarisme classique dans ses travaux sur le droit pénal est examinée par N. Lacey, *A Life of H.L.A. Hart*, *op. cit.*, p. 7.

89 - Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *op. cit.*, pp. 595-597. Ce fameux débat a récemment fait l'objet d'un symposium dans la *New York University Law Review*, 2009, vol. 83.

90 - N. Bobbio, « Pour un lexique de théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 56.

91 - V. par ex. O. Corten, *Le discours du droit international. Pour un discours critique*, Paris, Pedone, 2009 ; v. également la préface de E. Jouannet dans le même ouvrage, p. 5-33. V. plus généralement sur les approches historiques, H. J. Berman, « The Historical Foundations of Law », *Emory Law Journal*, 2005, pp. 13-24.

92 - *Ibid.*, p. 66.

EPREUVES RGDIP 2009-3

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 20

d'utiles précisions sur les raisons qui doivent orienter le choix politique auquel fait face chaque internationaliste lorsqu'il est confronté à l'indétermination du droit. C'est parce que l'on veut que le droit international demeure un instrument de régulation simple, fiable, prévisible, efficace qui réduit la marge d'arbitraire de son utilisateur – sans pour autant annihiler toute incertitude – que le positivisme hartien devrait, selon l'auteur du *Concept de Droit*, inspirer les internationalistes. Cette conception utilitariste de l'avantage « politique » du positivisme se trouve corroborée par la façon dont l'auteur du *Concept de Droit* conçoit les *fonctions* du droit en général. Pour Hart – et en cela il réfute l'idée de Dworkin selon laquelle le droit se réduit à une licence pour utiliser un pouvoir coercitif – il est en effet vain de chercher quelque fonction spécifique au droit, autre que de fournir des directives de conduite aux sujets et des facteurs d'évaluation de leur conduite[93]. C'est parce que le droit n'est qu'un langage performatif visant la régulation et l'évaluation de la conduite des assujettis qu'il importe que celui-ci demeure efficace, fiable, prévisible et non-arbitraire.

Les motifs pour lesquels le positivisme juridique défendu dans le *Concept de Droit* semble, selon Hart, devoir être préféré à toute autre doctrine ne sont assurément pas différents quand est en cause le droit international. C'est d'ailleurs ce qui confirme, si besoin en était encore, la contribution inestimable de la vision hartienne du droit à la doctrine du droit international. Une conception hartienne du droit international conduit en effet à favoriser une approche positiviste conçue comme un « réducteur d'incertitude »[94]. Elle redonne simultanément vie à la philosophie utilitariste benthamienne que la doctrine du droit des gens a longtemps négligée, sauf pour en emprunter, comme on le sait si bien, la commode appellation de « droit international »[95]. Ainsi compris, le droit international n'étant rien de plus qu'un langage pour réguler la conduite des sujets et dont l'existence n'est pas subordonnée à sa conformité à quelques principes supérieurs mais seulement à la *réalité sociale* de ses règles de reconnaissance, le besoin de le « politiser » s'amenuise considérablement, voire disparaît complètement.

EPREUVES FCDP 2009/3

93 - *The Concept of Law*, p. 249.

94 - L'expression est de P.-M. Dupuy qui ne cache pas la filiation entre sa conception du droit et celle de Hart. V. « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 30.

95 - V. J. Cazala, *Jeremy Bentham et le droit international*, *cette Revue*, *2005, p. 363-388.* V. aussi nos remarques, « La doctrine du droit international face à la tentation d'une juridicisation sans limites », *op. cit.*, p. 849-866.

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 21

REMARQUES FINALES

A une époque où les courants critiques postmodernes ont – particulièrement dans la doctrine anglo-américaine – ébranlé certains des paradigmes sur lesquels sont fondées les approches positivistes du droit des gens, les internationalistes trouveront dans l'œuvre de Hart les germes d'un rajeunissement de celles-ci. En évacuant la question de la validité du droit international en tant que système, le positivisme hartien contient en effet tous les éléments nécessaires à une modernisation de la compréhension positiviste du droit international en même temps qu'il offre une réponse sérieuse à certaines des objections fondamentales de l'école critique qui entend réduire le droit international à un simple discours. Pour cette raison, il ne fait pas de doute que le positivisme de Hart tel qu'exposé dans le *Concept de Droit* peut, avec quarante ans de recul, être considéré comme un positivisme postmoderne.

EPREUVES RGDIP 2009 3

06-note d'Aspremont 23/07/09 7:59 Page 22