

CERDIN
Collection
DOCTRINE (S)

LE DISCOURS DU DROIT INTERNATIONAL
POUR UN POSITIVISME CRITIQUE

OLIVIER CORTEN

Présentation d'EMMANUELLE JOUANNET

EDITIONS A. PEDONE

DIRECTRICE DE COLLECTION

EMMANUELLE JOUANNET

Dans la même collection

Martti KOSKENNIEMI, *La Politique du Droit International*,
Préface de B. STERN et Présentation critique de E. JOUANNET
2007, 424 p.

Nathaniel BERMAN, *Passions et ambivalences : le colonialisme,
le nationalisme et le droit international*,
Présentation de E. JOUANNET, 2008, 480 p.

Tous droits réservés pour tous pays

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2009
I.S.B.N. 978-2-233-00550-2

SOMMAIRE

Présentation par E. Jouannet

I - UNE APPROCHE CRITIQUE DU DROIT

1. « Le droit international comme sport de combat »
2. « La persistance de l'argument légaliste.
Eléments pour une typologie contemporaine des registres
de légitimité dans une société libérale

II - DROIT INTERNATIONAL, FORCE ET LEGITIMITE

3. « Droit, force et légitimité dans une société internationale en mutation »,
4. « Les ambiguïtés de la référence au droit international
comme facteur de légitimation. Portée et signification
d'une déformalisation du discours légaliste »
5. « La 'guerre antiterroriste', un discours de pouvoir »

III - DROIT INTERNATIONAL ET IDEOLOGIE

6. « Les aspects idéologiques de la codification du droit international »
7. « De quel droit ? Place et fonction du droit comme registre de
légitimité dans le discours sur la « compétence universelle »,
8. « La maîtrise et l'utilisation du temps juridique dans la société
internationale : le cas des mesures conservatoires rendues
par la Cour internationale de Justice »

IV - L'UTILISATION DE NOTIONS JURIDIQUES AMBIVALENTES

9. « L'utilisation du 'raisonnable' par le juge international : discours
juridique, raison et contradictions »,
10. « La référence au concept d'intégrité territoriale comme facteur
de légitimation de la politique extérieure de l'Union »,
11. « Le 'droit des minorités' contre la démocratie, ou les limites
politiques d'une légitimation par le droit »,

V - DROIT ET THEORIES DU DROIT COMME INSTRUMENTS DE POUVOIR

12. « Positivisme juridique et légitimation du pouvoir : l'exemple de
l'occupation de la Belgique par l'Allemagne nazie »
13. « Jusnaturalisme et légitimation du pouvoir: l'exemple du Congo belge »

PRESENTATION

« Le droit international était assimilé à un champ de bataille, que l'on pouvait observer ou, si l'on en avait la volonté et les moyens, sur lequel on pouvait se rendre en livrant combat. Ainsi, c'est en tout cas comme cela que je le percevais, une analyse juridique pouvait s'avérer à la fois rigoureuse et militante ; on pouvait même dire : plus l'analyse est rigoureuse, moins elle laisse transparaître des jugements de valeurs, et plus elle sera efficace en termes de légitimation du propos »¹

La collection Doctrine (s) du CERDIN de Paris I a le très grand plaisir d'inclure comme nouvel ouvrage, celui d'un auteur belge francophone, Olivier Corten, qui est professeur à l'Université Libre de Bruxelles et directeur de la Revue belge de droit international. Olivier Corten étant déjà bien connu des milieux francophones, il n'est pas nécessaire de présenter longuement un auteur qui depuis vingt ans a multiplié les études et les écrits les plus féconds dans nos différentes revues et qui vient dernièrement, en tant qu'éminent spécialiste des questions relatives au recours à la force, de publier un magnifique ouvrage sur *Le droit contre la guerre*². Il y a même une certaine quiétude intellectuelle pour un continental à se retrouver sur le terrain balisé par Olivier Corten car sa réflexion nous fait sens immédiatement. Elle nous ramène à un paysage doctrinal dont nous sommes beaucoup plus familiers que des nombreuses théories anglo-saxonnes car elle se déploie à l'intérieur de ce qui est encore le paradigme dominant de notre univers doctrinal au sein de l'Europe continentale, à savoir le positivisme. Toutefois, le présent recueil a de quoi surprendre. Il n'est pas certain en effet que le voyage doctrinal auquel nous

¹ *Infra*, p. 40.

² O. Corten, *Le Droit contre la guerre. L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris, Pedone, 2008. V. aussi O. Corten, *Le retour des guerres préventives : le droit international menacé*, Bruxelles, Ed. Labor, Coll. Quartier libre, 2003 ; B. Delcourt et O. Corten, *Droit, légitimation et politique extérieure : l'Europe et la guerre du Kosovo*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit international, 2001 et K. Bannelier, Th. Christakis, O. Corten et P. Klein (dir.), *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, Pedone, Coll. CERDIN Cahiers internationaux, n°19, 2004.

PRESENTATION

convie ce recueil nous laisse confiant dans nos certitudes positivistes les plus profondément ancrées. Loin de broder une nouvelle variation contemporaine sur le positivisme, l'auteur cherche beaucoup plus à nous montrer la persistance et les dilemmes du discours positiviste en droit international à une époque où ce discours connaît une « perte de crédibilité de tous ses postulats, y compris parmi les praticiens »³.

Olivier Corten est un juriste qui construit depuis plusieurs années une œuvre de fond, à dominante sociologique et positiviste, où sans presque jamais quitter l'actualité, il nous livre une réflexion très forte, à la fois lucide et désenchantée sur le monde du droit international. Il nous démontre aussi combien la sociologie (politique) du droit demeure un véritable stimulant pour la pensée internationaliste, et ce, alors même que les courants sociologiques en droit international semblent être devenus minoritaires aujourd'hui, voire marginalisés. Sa réflexion s'enracine directement dans les travaux du grand sociologue allemand, Max Weber (1864-1920), et c'est à ma connaissance le premier internationaliste contemporain qui se livre à une transposition aussi méthodique des analyses de Weber au droit international. Aussi étrange que cela puisse paraître étant donné l'incroyable postérité des thèses de Weber, cela n'avait pas été fait avant lui et il y avait un véritable challenge doctrinal à effectuer cette transposition car tout lecteur de Weber sait combien sa pensée est complexe et d'un abord difficile. Or l'opération est parfaitement réussie par Olivier Corten et le lecteur verra combien cette transposition est féconde et menée de façon instructive. L'auteur retient l'inspiration générale et certains grands thèmes du sociologue allemand, il en consolide les prémisses, mais il en nuance les conclusions eu égard à la réalité du monde international et à la prise en compte des travaux de l'Ecole de Reims (Ch. Chaumont, J. Salmon, M. Chemillier Gendreau), des théories contemporaines de l'interprétation et de l'argumentation (C. Perelman) mais aussi de l'éthique communicationnelle et procédurale (J. Habermas). Ce faisant, il retrace en quelque sorte, à sa manière, ce que l'on pourrait appeler, par boutade, « l'esprit du droit international moderne ».

La réflexion d'Olivier Corten s'adosse à la conviction du droit comme fait social et comme discours argumenté. Elle comporte une interrogation portant sur la nature, les finalités et les usages des discours juridiques produits par les différents utilisateurs du droit international dans un monde dominé par des idéologies plurielles et des relations crues de domination, dans un monde

³ *Infra*, p. 67.

qui connaît aussi depuis une vingtaine d'années un tournant majeur vers l'éthique. Son rapport au positivisme se situe alors à deux niveaux différents qui rendent sa pensée complexe mais particulièrement stimulante. En premier lieu, toutes ses analyses convergent vers un même constat : celui du règne du positivisme en droit international comme aboutissement logique de toute l'évolution de la rationalité moderne occidentale dont l'emprise sur le monde et la planète entière serait encore réelle. Et il interroge avec beaucoup de pertinence cette domination du discours positiviste dans le monde internationaliste, le problématisant en tenant compte à la fois des spécificités structurelles de la société internationale et de son évolution contemporaine vers l'éthique. En second lieu, et à un niveau différent de réflexion, l'auteur défend clairement son engagement pour une certaine forme de positivisme sociologique et méthodologique qui est fondamentalement critique.

I

Parfaitement conscient de l'effondrement des systèmes dogmatiques antérieurs de pensée, Olivier Corten ne se risque aucunement à bâtir sa thèse sur quelque grand édifice théorique qui reviendrait à systématiser la domination d'un discours de légitimation positiviste du droit international à partir de principes *a priori* posés comme intangibles. Comme pour beaucoup de ses contemporains qui ont assimilé le *linguistic turn* et les théories de l'argumentation, le droit international est avant tout, pour l'auteur, une pratique sociale discursive et argumentative en constante évolution. Si bien que la meilleure façon de pouvoir le comprendre est, selon lui, de le faire de l'intérieur de lui-même par la conceptualisation interne de ce discours. Mais ce point de vue interne auquel l'auteur semble très attaché reste un point de vue interne modéré au sens de Hart. En rester à l'étude du droit positif ne signifie pas pour autant abandonner tout point de vue critique et rester prisonnier d'une délimitation des compétences et des disciplines qui atrophierait sa compréhension du droit. C'est pourquoi il se fait sociologue en même temps que technicien du droit. Il en ressort un entrecroisement des champs de recherche qui explique sa prise de recul doctrinal. En effet, sa connaissance intime de la pratique juridique ne l'empêche pas de poursuivre, mais au contraire consolide une réflexion critique sur une telle pratique qui ne soit pas seulement d'ordre technique, mais qui puisse rejoindre une interrogation plus théorique où sont abordées les questions de légitimité du pouvoir et d'efficacité du discours. Ce faisant, en privilégiant une approche

PRESENTATION

de sociologie politique du droit⁴, il opère un déplacement de l'analyse que l'on retrouve au cours de toutes les études ici rassemblées. Celles-ci ne portent pas directement sur le droit international en tant qu'objet d'étude, mais sur le discours du droit international.

« Conformément à la méthode générale qui guide l'ensemble de l'ouvrage, on s'interrogera donc sur le processus par lequel les autorités politiques responsables ont utilisé le droit pour légitimer leur décision (...), sans porter directement une évaluation sur la légalité ou la légitimité de l'intervention en tant que telle »⁵.

D'où le titre évocateur choisi pour cet ouvrage, *Le discours du droit international*, qui fait écho à celui de Martti Koskenniemi sur *La politique du droit international*⁶. C'est-à-dire que l'auteur ne se prononce pas directement sur le fond des grandes questions abordées dans ses études comme, par exemple, la licéité des interventions en Irak ou au Kosovo, mais sur l'argumentation juridique qui est déployée à cette occasion par les acteurs en place pour en rendre compte. Or ce déplacement dans l'analyse qui va du droit international au discours du droit international est un moyen heuristique décisif qui permet à Olivier Corten de mettre en lumière de façon indirecte mais particulièrement suggestive les traits fondamentaux du droit international contemporain et de la rationalité juridique globale dans laquelle il s'insère. Il en vient en effet à piquer résolument vers le grand large en rapportant son étude du discours du droit international à l'aune d'une des évolutions décisives de la rationalité occidentale au sein de la société internationale. L'intérêt majeur des travaux d'Olivier Corten, qui est parfois méconnu en ce sens, est en effet d'articuler entre elles une réflexion sur le destin de la rationalité juridique comme discours et une réflexion sur les structures de la société internationale, autrement dit de jeter un pont entre la thématique webérienne des formes de légitimation/ domination et le monde international en mettant à jour le lien souvent masqué entre les formes de l'organisation sociale au niveau international et le discours du droit international.

La thèse est la suivante : toute l'entreprise vise à montrer la persistance du caractère formaliste et positiviste du discours du droit international comme étant le résultat d'un processus de légitimation des formes contemporaines de domination qui caractérisent la société internationale. Plus précisément, ce discours est la manifestation contemporaine d'un modèle de légitimation

⁴ V. O. Corten, « Eléments d'une définition pour une sociologie politique du droit », *Droit et Société. Revue internationale de théorie et de sociologie juridique*, 1998, n°2, pp. 347-370.

⁵ *Infra*, pp. 106-107.

⁶ V. M. Koskenniemi, *La politique du droit international*, Paris, Pedone, Coll. Doctrine(s), 2007.

légale-rationnelle des pouvoirs en place ; et sa « persistance (...) démontre son caractère actuellement incontournable en tant qu'outil de légitimation »⁷. C'est un discours qui s'est construit sur la base du développement, au niveau international comme au niveau interne, de la rationalité juridique occidentale formelle au détriment de la rationalité matérielle (i.e morale, traditionnelle ou de droit naturel) et il est devenu le « processus de légitimation » majeur des différents centres du pouvoir international qui restent des pouvoirs de domination profondément divisés et perpétuellement en conflit. Cette identification du discours formel du droit international comme mode de légitimation des pouvoirs résume le cœur des analyses insérées dans cet ouvrage, le centre névralgique à partir duquel Olivier Corten va décrypter les pratiques et les stratégies argumentatives tenues dans des situations différentes, illustrant à chaque fois la logique spécifique qui explique la prédominance de ce discours de légitimation : le meilleur moyen pour rendre légitime une interprétation dans un monde légal-rationnel, explique l'auteur, est de la présenter comme étant la plus neutre possible, la plus formelle aussi. Plus le discours est positiviste et se prétend neutre, plus il est efficace en termes de légitimation. Stratégiquement, tout utilisateur du droit international est donc contraint à ce type de discours s'il veut défendre ses positions. D'où le paradoxe énoncé dans la phrase mise en exergue à cette présentation :

« une analyse juridique pouvait s'avérer à la fois rigoureuse et militante ; on pouvait même dire : plus l'analyse est rigoureuse, moins elle laisse transparaître des jugements de valeurs, et plus elle sera efficace en termes de légitimation du propos »⁸.

Il en ressort que chaque position juridique que l'on adopte ne vaut que par notre capacité à donner une solution neutre et formelle qui puisse convaincre l'auditoire auquel on s'adresse, quels que soient les buts que l'on poursuit. La démonstration de l'auteur est impeccable tout au long de ce recueil et bâtie sur une somme impressionnante de pratiques et de textes. C'est ce qu'il a démontré en travaillant sur le principe du « raisonnable » pour sa thèse remarquable de doctorat⁹ et qu'il approfondit à travers certains exemples particulièrement évocateurs comme le Kosovo, la guerre contre le terrorisme, l'action humanitaire, la loi belge de compétence universelle ou encore les ordonnances de la C.I.J. sur les mesures conservatoires.

⁷ *Infra*, p. 67.

⁸ *Infra*, p. 40.

⁹ V. aussi O. Corten, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997 et *infra* pp. 236 ss.

PRESENTATION

Une telle thèse remet en cause bon nombre d'idées reçues quant au cadre méthodologique général du droit international et a de quoi surprendre quand on connaît la virulence des attaques menées ces dernières années Outre-atlantique contre le formalisme et le conceptualisme du discours du droit international, voire contre l'existence même d'un droit international. Si le constat d'Olivier Corten d'une domination du modèle positiviste et formaliste semble totalement convaincant au regard de la majorité des pays et des acteurs internationaux qui usent ainsi du droit international, il semble plus délicat de penser en ces termes la position de nombreux anglo-saxons contemporains, qui sont pourtant dans la position de pouvoirs dominants. Plusieurs d'entre eux ont multiplié les procès en délégitimation du système formel du droit international en faisant valoir une fois de plus leur scepticisme bien connu à l'égard du formalisme des règles et en multipliant des attaques de type aussi bien réaliste qu'idéaliste, aussi bien fondées sur le seul recours à la politique que sur l'invocation de principes de justice supérieurs à tout discours formel sur le droit¹⁰. Mais l'auteur montre fort bien à ce stade que quoiqu'en disent le uns et les autres, quoiqu'ils tentent, ils ne peuvent empêcher la prédominance actuelle du mode formaliste et légaliste du discours juridique et ils finissent donc toujours par l'utiliser comme étant au final le mode le plus efficace de légitimation de leur propre pouvoir ou du pouvoir international. Les faits lui ont d'ailleurs donné raison. Les décideurs politiques anglo-américains n'ont absolument pas convaincu le reste du monde en s'en tenant à un discours anti-formaliste et même les plus extrémistes d'entre eux, les néo-conservateurs américains, qui ont refusé tout rôle quelconque de réglementation juridique à la Charte des Nations Unies, ont largement participé au débat sur la légalité de la guerre au Kosovo, en Afghanistan et en Irak. Ils n'ont cessé d'argumenter sur l'article 2§4, l'article 51 ou encore la portée des résolutions du Conseil de sécurité. Comme le soulignait A. Lorite Escorihuela¹¹, même si certains anglo-américains sont convaincus qu'en cela les trois quarts de la planète sont dans la plus profonde erreur épistémologique, ils participent quand même au débat pour se justifier et se faire entendre, et donc ils recourent eux aussi au discours formaliste du droit international. Ils en reviennent donc à légitimer indirectement ce qu'ils veulent pourtant contester.

¹⁰ Par exemple, v. M. J. Glennon, « The New Interventionism », *Foreign Affairs*, 1997, pp. 7 ss.

¹¹ V. A. Lorite Escorihuela, « L'impérialisme comme produit dérivé : la doctrine internationaliste contemporaine aux Etats-Unis », in E. Jouannet et H. Ruiz-Fabri (dir.), *Impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis*, Paris, Société de législation comparée, 2007, pp. 239 ss.

Or, comme le montre Olivier Corten, ceci s'explique aisément car, en tout état de cause, il ne s'agit pas d'un choix mais d'une nécessité. Selon l'auteur, tout un chacun est contraint de développer encore aujourd'hui un discours de type juridique formel, non pas parce chacun y croit, mais parce qu'il n'y a pas d'autre alternative actuelle pour les minoritaires, négationnistes du droit formel, si la majorité des acteurs de la planète continue réellement de penser que le droit international existant est du droit et surtout si le mode formaliste d'argumentation demeure le plus efficace pour légitimer ses positions. Plus profondément encore, cette prédominance d'un discours de légitimation formaliste est inéluctable car elle est la traduction d'une évolution de la rationalité juridique occidentale et des formes de domination au sein de la société internationale. C'est ici qu'Olivier Corten a su étayer puissamment sa thèse en empruntant à Max Weber deux de ses thèmes principaux : le processus de rationalisation et le constat de la domination¹².

On peut en résumer brièvement le propos pour le lecteur internationaliste moins familier de ces questions. Un des thèmes essentiels de Weber est de soutenir qu'il s'est produit à partir du XVII^{ème} siècle un processus de rationalisation dans la pensée occidentale¹³. C'est un processus fondé sur le pouvoir de la raison occidentale, sur la place que l'Occident a conférée à la raison, conduisant ainsi à la mise en place progressive d'une organisation rationnelle des institutions et à un développement continu des acquis de la science et des techniques. L'économie capitaliste, si déterminante dans les analyses de Weber, a joué un rôle essentiel en ce sens. Elle a suscité et consolidé ce mouvement de rationalisation en y englobant le droit. Le développement du capitalisme nécessite en effet le développement d'un droit positif formel, l'appui d'un système logique de règles juridiques et la régularité de procédures qui sont suivies et partagées par tous. Il suppose aussi une systématisation de la connaissance scientifique et du droit. C'est très précisément ce que Weber qualifie de processus moderne de rationalisation. Concernant le droit, une telle évolution s'est donc traduite par l'émergence d'un droit rationnel et formel qui soit détaché non seulement du vieux monde de la magie mais aussi de la justice traditionnelle avec ses principes juridiques substantiels arbitraires et aléatoires. Ce que le sociologue allemand a qualifié par la formule devenue si célèbre de « désenchantement du monde ». Mais, qui

¹² V. sur ses thèmes dont on ne fait que résumer le minimum alors qu'ils sont très complexes, v. M. Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, LGDJ et PU de Laval, 1995.

¹³ V. M. Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Pocket, Coll. Agora, 1989 et *Sociologie du droit*, Paris, PUF, Coll. Quadrige Grands textes, 2007.

PRESENTATION

plus est, ce processus de rationalisation a généré également une nouvelle forme de domination, second thème essentiel de la pensée de Weber. C'est une forme de domination qu'il qualifie de « légale-rationnelle » et elle est également à l'arrière plan de toutes les analyses d'Olivier Corten.

Selon Weber, la réalité du politique est celle de la domination de l'homme sur l'homme. La domination a un sens plus large que le pouvoir, elle suppose une relation de commandement/obéissance entre individus. Cette obéissance peut reposer sur des motifs personnels très variés mais au-delà de tous ces motifs particuliers, la domination exige la croyance de la part des dominés en la légitimité de la domination qu'ils subissent. Et donc tous les dominants cherchent à entretenir cette croyance dans la légitimité de leur domination sur les autres. Partant de là, selon Weber, la forme de domination légale rationnelle est celle qui domine le monde aujourd'hui car elle correspond au processus de rationalisation occidentale évoqué juste avant. L'obéissance au pouvoir repose dans la croyance en la légalité des décisions prises selon les procédures juridiques en vigueur et en la compétence reconnue de l'autorité qui énonce les règles ou qui prend les décisions. D'où le terme de « domination légale-rationnelle ». Etant directement liée au respect du droit, à la légalité, elle est impersonnelle et ne repose ni sur la tradition ni sur le charisme d'un chef. Elle suppose le respect de règles impersonnelles auxquelles chacun doit se plier, y compris les détenteurs du pouvoir.

Ce qui est théorisé par Weber pour la rationalité juridique interne des sociétés occidentales est alors transposé par Olivier Corten au niveau international car ce dernier table sur la parenté des phénomènes qui se sont produits à l'interne comme à l'international. Il applique donc la double problématique wébérienne de la rationalisation formelle et de la domination « légale-rationnelle » au champ spécifique du droit international en développant les implications d'une sociologie politique du droit.

« La place du droit dans le discours justificatif peut être interprétée dans cette perspective comme une transposition sur la scène internationale de la fonction de légitimation décrite par Max Weber à l'intérieur de l'Etat au début du XXème siècle. Le droit positif fournit un corps technique de règles dont la rationalisation donne une impression de neutralité axiologique qui vise à occulter les rapports entretenus avec les intérêts en présence »¹⁴.

En réalité, ce changement d'échelle, d'acteurs et de champ d'application étendu au monde aurait pu remettre en question le principe même d'une transposition à l'international d'analyses faites par Weber à la fin du

¹⁴ *Infra*, p. 97.

XIX^{ème} siècle pour les seules sociétés internes occidentales. Mais la lecture des travaux d'Olivier Corten démontre au contraire à quel point cette transposition est pertinente et riche d'enseignements. Elle permet de consolider le sous-bassement général des intuitions géniales du sociologue allemand tout en les nuanciant. Je ne rentrerais pas dans les détails de cette transposition que je laisse découvrir au lecteur mais il verra que la forme de domination légale-rationnelle s'applique d'autant mieux à la société internationale –que l'auteur se refuse à décrire comme une communauté¹⁵– que celle-ci est décentralisée et composée de différents centres de pouvoir et de légitimité. Comment dans ce cas envisager un style de domination charismatique ou même traditionnel alors que les sujets principaux sont des Etats ayant des cultures, des politiques et des réalités sociales profondément divergentes ? C'est bien le droit et la politique qui les ont unis et la légitimité de la domination des plus puissants sur les dominés repose, non pas sur l'attachement à une ou plusieurs personnes, non pas sur des valeurs ou des traditions communes, la « sainteté de la tradition » dirait Weber, mais principalement sur le respect des règles formelles du droit international. Le maintien d'un droit matériel naturel, tel qu'il existait encore au XVIII^{ème} siècle, n'aurait pu conduire à cela car, selon Olivier Corten, il impliquait inversement une subordination à la morale et donc à un impératif substantiel. Toute l'évolution du droit international depuis le XVIII^{ème} siècle atteste donc, selon lui, le développement continu d'un droit positif formel qui sert aujourd'hui de discours de légitimation aux différents acteurs de la société internationale¹⁶. La fin de la guerre froide et d'un système où il nous montre, documents d'archives à l'appui, comment le politique l'emportait sur le juridique¹⁷, la nouvelle mondialisation et le triomphe mondial du capitalisme libéral sont venus consolider cette évolution vers un déploiement rationnel du droit, une rationalisation technique très poussée, la professionnalisation renforcée de la discipline internationaliste et l'autonomisation (relative) de l'ordre juridique international face aux impératifs de la morale, de la politique ou de l'économique.

A vrai dire, la notion si polysémique de droit formel peut être source d'ambiguïté ici et être contestée à des titres divers, mais elle est entendue très largement par Olivier Corten. Au même titre que Weber qui l'entendait de façon très compréhensive et faisait de la *common law* un droit formel, l'auteur

¹⁵ Il préfère parler d'une « société internationale à la communautarisation limitée », v. *infra*, p. 196.

¹⁶ *Infra*, pp. 72 ss.

¹⁷ *Infra*, pp. 87 ss.

PRESENTATION

englobe sous l'idée de droit formel toutes sortes de pratiques ou techniques juridiques qui ne sont pas nécessairement reliées entre elles par un système logique, mais qui garantissent en fait minimalement le jeu procédural du droit face aux interventions arbitraires des pouvoirs politiques¹⁸. Ce faisant, on a bien affaire à un droit qui reste globalement formel dans la mesure où il représente un jeu de règles suffisamment claires et prévisibles dans leur application. C'est en cela que se situe la très grande force intrinsèque du formalisme du droit que met parfaitement en lumière Olivier Corten et qu'il rappelle donc utilement à l'heure où les contestations anti-formalistes resurgissent, venant notamment du monde anglo-américain. Au scepticisme de la règle des anglo-saxons, l'auteur rappelle non seulement la nécessité mais également l'existence incontournable du formalisme juridique.

Ceci posé, Olivier Corten nuance la transposition des analyses de Weber au domaine international et nous invite à prêter une attention particulière à trois éléments essentiels : la spécificité des rapports de pouvoir et de domination qui caractérisent la société internationale, la définition du droit comme idéologie et la puissance moindre d'un discours formel à l'échelle internationale. Toutes les analyses de Weber ont en effet été bâties autour du concept moderne d'Etat souverain comme forme de domination évoluant vers la domination légale-rationnelle. Or il est évident que les formes du pouvoir au sein de la société internationale interdisent de penser les formes de domination comme étant aussi concentrées et donc d'attacher la même efficacité et la même force de légitimation à un discours légaliste.

« Il relève de l'essence même de la société internationale d'être constituée de pouvoirs politiques divers et concurrents. C'est pourquoi il relève de l'essence même du droit international de ne pas connaître de mécanismes de sanctions comparables avec ce qui existe pour un droit national. Dans cette mesure, un discours positiviste ne peut assurer qu'une sécurité juridique et une prévisibilité toutes relatives. La légitimation par le droit ne peut donc fonctionner conformément au modèle tracé par Weber »¹⁹.

L'auteur garde l'Etat comme forme centrale du pouvoir et acteur essentiel des relations internationales mais il insiste beaucoup plus sur l'existence interactive de relations de pouvoir au sein de la société internationale que sur le phénomène spécifique de domination. Il montre avec raison qu'à l'international on assiste plutôt à une multiplicité de luttes autour du rôle essentiel que jouent les Etats et que le jeu international se fait par le biais

¹⁸ *Infra*, pp. 48 ss.

¹⁹ *Infra*, p. 135

d'une infinité de relations de pouvoirs et de conflits d'intérêts entre les Etats et les autres acteurs secondaires de la société internationale. Ce déplacement dans l'analyse du politique en termes de relations multiples de pouvoir et de conflits n'entame toutefois aucunement le principe même de la forme de domination légale-rationnelle à laquelle on aboutit aujourd'hui et le discours positiviste de légitimation qui l'accompagne. L'examen des textes, des discours et des pratiques du droit international démontre amplement, selon Olivier Corten, tout à la fois la persistance et la nécessité d'un discours positiviste de légitimation. Les démonstrations sont très convaincantes tant l'analyse est toujours rigoureuse et pénétrante. L'auteur fait preuve d'une connaissance pointilliste redoutable des discours et des problèmes juridiques étudiés qui, mise au service d'un regard critique, emporte efficacement la conviction. Sans être cités fréquemment, les travaux de J. Habermas sont une source complémentaire à laquelle l'auteur puise en outre certains enseignements pour conforter ses analyses²⁰. J. Habermas, qui s'est également approprié Weber, a réfléchi de façon approfondie sur l'évolution de la rationalité pratique et les liens qu'elle entretient avec une interprétation sociologique de la réalité²¹. Lui empruntant son intuition de base, Olivier Corten montre la pertinence de la relation établie entre droit, justice et communication puisque le processus de formalisation du droit international qu'il a analysé peut être mis en parallèle avec la procéduralisation contemporaine de la justice, au sens habermassien du terme, particulièrement au sein la société internationale. A partir du moment où les acteurs de la société internationale ne cherchent plus dans une méta-norme le modèle juridique à suivre, le premier élément fort de légitimité réside dans le respect des conditions de la discussion, dans le respect des formes, des délais et des procédures. C'est ce dont il rend compte à propos des interventions humanitaires en montrant comment la justification par la procédure (au sein du Conseil de Sécurité par exemple) a supplanté les théories plus substantielles de la « guerre juste ». La procédure juridique de délibération pour la prise de texte ou de résolution est devenue un élément essentiel du droit international et repose sur le développement progressif d'un espace public de communication et d'argumentation. Ou pour le dire autrement : quel que soit le contenu matériel des solutions qu'il impose, le droit

²⁰ V. à ce propos la lecture tronquée qu'Habermas a faite de Weber, grâce à l'analyse de C. Colliot-Thélène : « Habermas et Weber : la rationalisation du droit », in J-F Kervegan (dir), *Crise et pensée de la crise*, Paris, Ed ENS, Coll. Theoria, 2002, pp. 214ss.

²¹ V. J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, Coll. Espace du politique, 1987.

PRESENTATION

international est présenté comme étant avant tout une procédure de discussion publique raisonnable.

Pour autant, l'auteur ne valorise pas réellement le droit international que ses lectures de Weber et ses années auprès de J. Salmon ont appris à voir d'un regard particulièrement critique. S'il emprunte à Habermas l'idée d'une procéduralisation de la justice et d'une légitimité procédurale du droit correspondant aux derniers développements des activités rationnelles-formelles, il ne va pas plus loin et ne verse pas dans l'optimisme rationaliste de Habermas. Une lecture assez courante d'Habermas insiste en effet sur ce qu'il appelle « l'expérience centrale de cette force sans violence du discours argumentatif »²², sur la revalorisation du droit que ses analyses présupposent dans la mesure où il existe un lien intrinsèque entre le respect des procédures et les droits fondamentaux par la nécessité de prendre en compte « des droits égaux à la communication »²³. Le respect de la règle formelle de discussion au sens posé par Habermas présupposerait donc le respect d'un certain contenu matériel éthique²⁴. Rien de tel ne transparaît chez Olivier Corten²⁵. Si le discours du droit international demeure, il n'est autre chose qu'un discours de légitimation d'une forme de domination, il demeure traversé des luttes pour le pouvoir ou les avantages de chacun. Il inclut virtuellement une violence puisqu'il est l'un des moyens les plus efficaces pour perpétuer un certain état des rapports de force au bénéfice des plus forts. Ce qui permet de mettre en évidence les manipulations stratégiques du droit dans un but hégémonique, à l'exemple de certaines interventions ou réglementations imposées au nom du droit international, qui sont en réalité le plus souvent un instrument particulièrement pervers et mystificateur des Etats ou des groupes d'intérêts les plus puissants pour faire prévaloir de façon hégémonique leurs seuls intérêts politiques. Cette critique est ici une étape démystificatrice essentielle des travaux d'Olivier Corten. Le discours du droit international apparaît comme un appareil idéologique destiné à mystifier les dominés en dissimulant des rapports historiques de puissance sous les apparences

²² *Op.cit.*, pp. 26-27.

²³ V. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 145.

²⁴ Une lecture qui serait évidemment à discuter. V. toutefois en ce sens J. Lenoble, « Droit et communication : Jürgen Habermas », in P. Bouretz (dir), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Ed. Esprit, 1991, pp. 163ss et A. Renaut et L. Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, Coll. Recherches politiques, 1991, pp. 198 ss.

²⁵ Il semble même qu'il se détache également ici de Weber car, pour ce dernier, la rationalisation sociale a pour condition le développement d'un certain type de rationalité culturelle (V. de façon exemplaire M. Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Pocket, Coll. Agora, 1989). O. Corten paraît inverser ces termes.

juridiques de la prévisibilité et de la respectabilité du droit. Il en résulte que le droit international est « un champ de bataille »²⁶, il est beaucoup plus le résultat d'une lutte constante que d'un état de paix et il faut donc savoir l'aborder comme un outil stratégique dans la guerre constante que se livrent les utilisateurs du droit. L'influence de l'Ecole de Reims est ici patente même si l'auteur ne verse aucunement dans un déterminisme matérialiste historique²⁷. Il ne réduit jamais le droit à être le simple reflet des relations de pouvoir sous-jacentes, la superstructure d'une infrastructure. Il semble toujours supposer la relative autonomie d'une « forme » du droit international, le fait que le sens et la signification de cette forme ne puissent être intégralement réduits à leurs conditions historiques de genèse. En réalité, la pensée de l'auteur est relativement difficile à interpréter à ce stade et il est possible qu'il n'ait pas tranché ce point. Cette forme d'analyse revêt en effet deux aspects qui, malgré leur complémentarité, répondent à des logiques distinctes : elle peut viser, d'un côté, à déterminer si le droit et les discours juridiques tenus à une époque donnée sont le reflet du contexte historique dans lequel ils s'insèrent et, de l'autre, à établir si celui-ci peut être compris comme la conséquence de la façon de penser et d'agir induite par les discours du droit. Du reste, l'auteur fait ainsi partie de ces auteurs réalistes critiques qui envisagent comme un fait la violence que dissimule le droit mais en déduisent un rapport ambivalent du droit et du pouvoir : le droit est un moyen au service d'une politique de puissance, il est en partie le résultat d'un rapport de forces à un moment donné, mais le droit est aussi un rempart contre la force et l'arbitraire des pouvoirs.

Arrivé là, l'auteur s'efforce également de montrer que la réalité socio-historique de cette société internationale conflictuelle, décentralisée, dépourvue de modes de sanction centralisés et d'un degré d'institutionnalisation comparable aux sociétés internes, empêche un déploiement aussi aisé et efficace du discours positiviste du droit international comme mode de légitimation des pouvoirs dominants. Une argumentation strictement juridique, aussi nécessaire soit-elle, ne suffit pas, pour légitimer le pouvoir au niveau international. D'où, le fait que l'auteur s'attache toujours à montrer comment le discours dominant de légitimation juridique s'adosse à des discours secondaires de légitimation éthique ou politique. On invoque la

²⁶ *Infra*, p. 40.

²⁷ L'Ecole de Reims elle-même regroupait un ensemble de penseurs très divers qui ont rarement versé dans un matérialisme historique de type déterministe. Je me permets de renvoyer à ce sujet à mon article : E. Jouannet, « La pensée juridique de Charles Chaumont », *RBDI*, 2004/1, pp. 259-289.

PRESENTATION

justice de la cause, le caractère moral d'une intervention, les nécessités politiques ou économiques d'une position pour renforcer le discours juridique. L'exemple du Kosovo qu'il a beaucoup approfondi est là pour en témoigner, de même que celui de la seconde intervention en Irak, mais aussi la guerre anti-terroriste, l'ancienne loi belge de compétence universelle, le concept d'intégrité territoriale, les ordonnances de la C.I.J. sur les mesures conservatoires ou encore ses premiers travaux sur le raisonnable. Mais l'auteur va plus loin encore dans ses analyses car il pose la question d'un changement possible, à venir, de la rationalité formelle. A propos du droit d'ingérence humanitaire, par exemple, il se demande si « le modèle de domination « légale-rationnelle » » n'est pas en train de s'effacer « largement devant les modèles de domination « traditionnelle » »²⁸. Ce nouveau droit d'ingérence a en effet entraîné un discours fondé sur la morale et l'éthique et signale peut-être « une véritable crise de légitimité, due à la disparition du discours justificatif propre à l'époque de la guerre froide et de l'impuissance du droit international positif à fournir une alternative crédible dans une société internationale qui reste, en réalité, fragmentée axiologiquement »²⁹. Ce constat est particulièrement important et renvoie au « tournant vers l'éthique » dont on a tant parlé ces dernières années. Or l'auteur nous montre qu'avec ce tournant, nous nous trouvons confrontés à la renaissance d'un droit substantiel qui signe peut-être une forme de déclin de la rationalité formelle et qui à tout le moins génère une « déformalisation du discours légaliste » et des « ambiguïtés dans la référence au droit international »³⁰. Cette nouvelle rationalité juridique matérielle du droit international est liée à une modification des structures de la société internationale, au développement d'une société internationale beaucoup plus interventionniste qu'auparavant, lorsqu'elle était figée par le jeu politique de la guerre froide, et donc par le retour en force d'un droit substantiel fondé sur des valeurs communes dont le cœur est constitué des droits de l'homme³¹. L'émiettement des droits revendiqués par les utilisateurs de tous bords, l'accroissement des interdépendances entre les groupes en conflit que l'on objective encore de façon œcuménique sous le label « Etat », la substitution d'une hégémonie mondialisée au monde bipolaire de la guerre froide, les nouvelles formes prises par le capitalisme, et surtout le formidable réinvestissement sur le droit

²⁸ *Infra*, p. 99.

²⁹ *Infra* p. 100.

³⁰ V. le titre de son étude, *infra* p. 105.

³¹ V. E. Jouannet, « A quoi sert le droit international ? Le droit international providence du XXIème siècle », *RBDI*, 2007/1, pp. 5-51.

en tant que valeur et non pas en tant que simple outil formel, participent également de cette évolution de la rationalité et des registres du discours.

Comme on le voit, la fidélité à l'héritage de Weber n'interdit donc pas à l'auteur d'affirmer certaines différences à l'aune de sa propre réflexion critique, des conditions nouvelles qui se sont imposées au niveau international ainsi que d'une évolution générale récente de la rationalité juridique. L'auteur sait parfaitement que Weber ne proposait que des types idéaux pour aider à percevoir comment les réalités étudiées combinent le plus souvent des éléments qui ressortissent à plusieurs idéaux types préalablement identifiés, et qu'il en allait ainsi pour les discours de légitimation. Toutefois, Olivier Corten pense en internationaliste, ce que ne faisait pas Weber, et insiste surtout pour montrer que l'entrecroisement des discours juridico-formel, éthique et politique au niveau international doit être avant tout compris comme tenant d'une forme altérée, sans doute plus complexe, de distribution des pouvoirs et de développement des rationalités. J'irais même plus loin dans l'interprétation de ses analyses m'aventurant peut-être en dehors de ce que l'auteur a voulu dire mais auquel il donne à penser. Il me semble que ses analyses montrent également que la modernité de la rationalité formelle du droit international se caractérise par un processus de légitimation qui est au fond désormais perpétuellement en crise et que ce constat, s'il est avéré, pourrait sans doute être appliqué à l'évolution des sociétés internes occidentales sans être cantonné à la seule société internationale. On trouve en effet dans les analyses d'Olivier Corten une confirmation de certaines analyses de Ch. Taylor³², à savoir le fait que nous vivons dans des sociétés (internes et internationale) qui ont tendance inéluctablement à saper les bases de leur propre légitimité parce que le mode de légitimation formelle repose sur un arrachement aux valeurs, au passé et à la tradition qui donne lieu à des revendications potentiellement contradictoires, voire antagonistes. C'est sans aucun doute ici l'envers de la médaille du développement d'un monde rationnel-légal sans que l'on soit certain de la cause et de l'effet d'une telle situation. Mais il se pourrait dès lors que ce déclin de la rationalité légale-formelle pour une rationalité légale matérielle nous amène à repenser tout autrement la rationalité juridique. Il en résulterait en effet que la matérialisation du droit, sa déformalisation ne sont peut-être plus le simple signe d'une confusion dans les registres des discours qui s'expriment, mais traduisent une nouvelle modification interne à la

³² V. Ch. Taylor, *Le malaise de la modernité*, Paris, Ed. du Cerf, Coll. Humanités, 2002.

PRESENTATION

rationalité juridique, elle-même liée à une modification des rapports de domination et plus profondément peut-être aux structures de la conscience morale-pratique que ne pouvait pas théoriser Weber à son époque. C'est une évolution du monde international que l'on retrouve d'ailleurs au sein des sociétés internes occidentales et qui donnerait donc sans doute de bonnes raisons de prendre nos distances avec les thèses de Weber. Il ne s'agit pas de passer par pertes et profits les travaux du sociologue allemand dont Olivier Corten montre justement la pertinence, mais de tenir compte de cette nouvelle forme de rationalité juridique qui tend à prédominer sur l'ancienne, et qui touche tout autant les sociétés internes que la société internationale. Elle amènerait à relativiser les conceptions et les dénominations à partir desquelles Weber a construit les idéaux types de la rationalité. Et si l'on ne veut pas revenir en arrière pour autant ou rester enfermés dans les schémas wébériens de rationalité moderne/pré-moderne, si l'on ne veut pas retourner à un ancien modèle de rationalité qui rendrait plus cohérente la compréhension de ce tournant vers l'éthique comme pourrait le suggérer Ch. Taylor, une voie possible pour penser cette évolution en droit international est de passer de Weber à Habermas comme le propose par exemple O. de Frouville³³. Il s'agirait de retourner à Habermas pour partager cette fois-ci l'essentiel de ses conclusions les plus décisives sur le destin possible de la rationalité, à savoir que le développement d'une éthique procédurale correspond à une rationalité en valeur et non pas en finalité où le droit repose sur l'idée d'un accord libre, discursif et d'une codification librement acceptée. Outre qu'elle semble correspondre à l'évolution de la rationalité au niveau international, une telle interprétation a le mérite de restaurer la catégorie classique de la raison pratique et de conférer un vrai statut aux énoncés éthiques. Ceci posé, et pour revenir à notre auteur, il n'est pas certain qu'Olivier Corten soit tenté lui-même de s'engager dans cette voie. Comme je l'ai indiqué, il ne partage pas toutes les analyses de Habermas. Son objectif est de montrer la tension existante entre un système général rationnel-légaliste que l'on se refuse à abandonner pour une série de raisons de type structurel, d'une part, et une décision d'espèce que l'on a privilégiée pour des raisons d'opportunité, d'autre part ; et donc il s'intéresse beaucoup plus au discours de légitimation qu'aux formes contemporaines de

³³ V. O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Paris, Pedone, 2004, pp. 3ss et pp. 517ss. Il y a bien évidemment beaucoup d'autres possibilités pour penser cette évolution sans Habermas, de façon postmoderne par exemple, mais je m'en tiens ici à une discussion à partir des sources auxquelles puise notre auteur.

justification et d'élaboration rationnelle des sources de l'obligation juridique. Je ne pense pas de toute façon que sa conception du droit lui permette de s'accorder pleinement avec la portée éthique des thèses procédurales de la justice. Partant des prémisses qu'il a posées, il est douteux de penser qu'il puisse penser valoriser réellement le droit puisqu'il le démystifie comme restant dépendant des rapports de pouvoir ; et donc il n'est pas certain qu'il puisse se sortir d'un paradoxe où l'on maintient une certaine valorisation du droit international tout en considérant qu'il est la traduction constante d'une violence euphémisée. Mais n'est-ce pas le propre des pensées juridiques quand elles se font critiques et réalistes que d'osciller entre valorisation et dévalorisation du droit, entre le droit conçu comme immanent au pouvoir et le droit en position d'extériorité face au pouvoir, sans résoudre une équivoque qui devient constitutive de leur fondement critique ? Or c'est une tension que l'auteur assume parfaitement et une oscillation que l'on va retrouver au cœur même de sa réflexion sur la méthode et le rôle du juriste.

L'ouvrage invite en effet également à un autre type d'interrogation. L'auteur adopte une épistémologie que l'on pourrait qualifier de positivisme critique qui suscite lui aussi interrogation et réflexion car elle met en jeu des questions de méthodologie mais aussi de théorie juridique.

II

La pensée d'Olivier Corten devient toutefois à ce stade plus difficile à saisir car il appréhende le droit international à partir de niveaux d'observation qui doivent être différenciés : analyse technique et analyse sociologique, analyse contextuelle et analyse textuelle, analyse du discours du droit et analyse du droit, considérations sur la méthode et considérations sur le fond. On vient de voir qu'il constate que le mode légaliste semble encore dominer au sein de la société internationale car il correspond objectivement à un certain type de société moderne libérale, tout comme des modes politique ou moral de légitimation correspondaient aux sociétés pré-modernes ; et on a vu aussi qu'il en démontre subtilement les limites et les traits spécifiques de son évolution actuelle au regard du tournant vers l'éthique. Mais si la prégnance de ce mode de discours de légitimation est constatée et analysée par l'auteur, elle ne l'amène pas à le promouvoir ou à le favoriser. Le sens de sa démarche positiviste critique, essentiellement d'ordre méthodologique, s'oppose en effet à privilégier un mode de légitimation par rapport à un autre. Ce serait contraire à son engagement scientifique pour une sociologie politique du droit qui n'est justement pas une philosophie politique. La science du droit

PRESENTATION

doit être, selon lui, descriptive, empirique et non normative. Il ne faudrait donc pas confondre sa méthode et le fond de ses analyses qui ressortent à deux niveaux différents du positivisme, son orientation positiviste d'ordre méthodologique, plutôt de type analytique, avec son analyse sociologique de fond sur la domination en droit international d'un discours formel-légaliste. Ou pour le dire peut-être mieux, on peut considérer qu'il entrecroise plusieurs méthodes positivistes, allant de la sociologie à la technique en passant par une démarche analytique qui n'est pas sans rappeler celle de certains anglo-saxons ou d'un auteur continental comme N. Bobbio, lui-même influencé par la théorie analytique³⁴.

Toujours est-il que l'auteur adopte donc une orientation positiviste³⁵ mais qui demeure critique pour deux raisons principales : en raison de son approche sociologique profondément réaliste, qui n'est pas une méthode formaliste simplement technique, mais aussi parce qu'il reste parfaitement lucide sur les dilemmes et les limites du positivisme juridique contemporain. En fait, le positivisme qu'il défend est principalement d'ordre épistémologique sans se référer à une idéologie ou une théorie du droit positiviste. Toute son approche du droit international montre qu'il présuppose une définition minimale du droit comme fait social de langage où, on l'a vu plus haut, il insiste sur l'importance de facteurs extérieurs de domination dans la production du droit et des discours du droit. Ce faisant, il adopte une théorie de la science, issue là encore de la sociologie classique, selon laquelle le scientifique doit tenter d'observer, analyser, expliquer le droit existant sans introduire de jugements de valeurs. La thèse de Weber marquait une étape essentielle en ce sens en considérant que la science était axiologiquement neutre et que les questions portant sur les valeurs (et notamment le juste) tombaient hors du champ scientifique. Olivier Corten reprend directement cette idée fondamentale et soutient que le juriste doit maintenir une rupture épistémologique avec son objet d'étude et présenter les résultats de sa recherche de la façon la plus objective possible. Comme beaucoup d'autres internationalistes européens, il conserve un présupposé scientiste de base selon lequel la figure de la rationalité et de l'objectivité sont celles de la

³⁴ V. C. Grzegorzcyk, « Introduction. La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit », in C. Grzegorzcyk, F. Michaut et M. Troper, *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 1992, pp. 44 ss.

³⁵ Dans cette très courte présentation, on ne peut revenir sur la polysémie du terme « positivisme ». On renvoie le lecteur à l'ouvrage très complet de C. Grzegorzcyk, F. Michaut et M. Troper, *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 1992. V. aussi *Du positivisme juridique*, *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 1988, n°13.

rationalité et l'objectivité scientifiques, celles de la science comme discours sur les faits et il adopte en ce sens un positivisme méthodologique qui se veut garant de la scientificité (relative) de ses énoncés. Le propos est bien connu mais la façon dont Olivier Corten le défend est subtile et sans doute la seule voie, très étroite, encore aujourd'hui possible en ce domaine au regard de tout ce qui a été débattu à ce sujet³⁶. La relation qu'il entretient avec le positivisme comme épistémologie est en réalité complexe et révélatrice des remises en cause contemporaines que connaît cette matrice intellectuelle.

D'abord, la sociologie politique du droit qu'il défend comme épistémologie le conduit à deux positions spécifiques : à la fois anti-jusnaturaliste et anti-formaliste. La revendication d'une attention exclusive pour la réalité positive et sociologique du droit participe en effet de la conviction de l'auteur que l'on ne saurait prétendre à la réalité d'un quelconque droit naturel, de l'existence d'un juste en soi et plus généralement d'un discours objectif sur les valeurs³⁷. Le relativisme axiologique, qu'il hérite de Weber, a donc ici une conséquence immédiate et radicale à laquelle il souscrit sans hésiter : le juste juridique n'existe pas, il appartient à la sphère des jugements de valeurs subjectifs. C'est le type même de l'exclusion positiviste où le droit est privé de toute la dimension normative axiologique que le concept de juste juridique contient inclus en lui-même. Mais pour autant, il est hors de question selon lui de prétendre analyser le droit comme une simple technique formelle sans tenir compte de ses finalités politiques. Il est donc anti-jusnaturaliste mais il est aussi non formaliste. L'auteur critique à plusieurs reprises une position strictement formaliste, notamment en raison des liens intrinsèques existant entre le juridique et le politique. Le fait qu'une interrogation ou une réflexion sur le droit international, quel que soit le niveau où l'on se place, puissent prétendre se couper de la politique est, selon lui, une complète illusion. Un positivisme juridique qui serait donc trop strictement entendu est tout simplement impraticable en tant que tel, car pour comprendre, élaborer ou interpréter une règle de droit, il faut nécessairement prendre en considération les finalités extra-juridiques du système qui donnent sa signification au système lui-même ; il faut élargir l'objet d'étude au contexte social et politique de production et de réception du droit et ne pas se contenter de faire œuvre de dogmatique juridique, c'est-à-dire se borner à interpréter et systématiser le droit international existant. De ce point de vue, Olivier Corten est également

³⁶ V. M. Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. Amselek (dir), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, Coll. Leviathan, 1994, pp. 310-324.

³⁷ *Infra*, p. 132.

PRESENTATION

non normativiste. Kelsen considérait que toute mise en relation du droit avec une finalité politique ou morale relevait de l'idéologie et qu'il fallait dès lors en libérer la science du droit. Olivier Corten renverse complètement la donne et réintroduit au contraire l'étude des finalités et des fonctions comme base assumée de l'étude du droit. Il n'est pas kelsenien mais wéberien, et quand bien même on peut tracer une filiation allant de Weber à Kelsen, il ne suit pas les coupures épistémologiques du maître autrichien mais s'en tient aux apports plus complexes, mais aussi plus équivoques, du sociologue allemand. Certes l'auteur reconnaît la nécessité que l'on peut avoir en tant que juriste de se cantonner à une approche de technicien du droit suivant le rôle professionnel que l'on est appelé à jouer, mais il n'en demande pas moins de conserver un regard critique sur cette technique et le discours que l'on tient à son sujet dès lors que, sous couvert de neutralité, un simple discours dogmatique qui se veut formaliste et légaliste contribue à diffuser les valeurs sous-jacentes au droit positif en vigueur et donc à renforcer la croyance en leur légitimité.

Ensuite, le thème de la neutralité axiologique le confronte à un dilemme dont il est parfaitement conscient. Au sens strict, la neutralité implique deux principes méthodologiques : ne pas porter de jugement de valeur, positif ou négatif, sur l'objet que l'on étudie, en l'occurrence le droit international ; distinguer clairement ce qui ressort à l'analyse scientifique et ce qui ressort à l'évaluation pour un usage pratique du droit. Mais Olivier Corten l'interprète à sa façon. Il ne croit absolument pas à une véritable neutralité. Comment le pourrait-il alors qu'il soutient l'impossibilité d'une analyse du droit sans la considération du politique ? Y a-t-il d'ailleurs encore un positiviste contemporain pour le croire après les déconstructions multiples qui en ont été faites ? D'emblée, au cours de sa première étude, l'auteur indique qu'en « entamant une thèse sur le « raisonnable en droit international », on ne peut que très rapidement renoncer à l'illusion de toute interprétation juridique authentiquement objective. »³⁸ Et donc, comme il le démontre très bien, la seule signification que revêt la notion de neutralité, c'est au contraire d'explicitier les présupposés à partir desquels on a solutionné un problème juridique ou retenu telle interprétation. Le juriste se doit d'en avertir son lecteur ou les utilisateurs du droit auxquels il s'adresse. Il est susceptible d'exprimer ses préférences personnelles par rapport à ses propres valeurs mais il doit les présenter comme telles et non pas comme étant le résultat de son travail scientifique. Autrement dit, il renverse subtilement les prémisses du

³⁸ *Infra*, p. 41.

principe de neutralité pour en conserver le projet : la neutralité comme garante de l'objectivité d'une démarche positiviste scientifique consiste non pas à se prétendre objectif mais à assumer pleinement la subjectivité de ses choix et de ses propres valeurs et à admettre qu'ils conditionnent l'orientation donnée à telle solution ou à telle interprétation. Ce faisant l'objectif de neutralité est maintenu, il reste essentiel, mais seulement à titre d'idéal, comme constitutif d'un horizon régulateur de l'activité scientifique vers lequel il faut tendre si l'on veut parvenir à dialoguer inter-subjectivement³⁹. C'est une position que défendent des positivistes convaincus tels N. Bobbio ou M. Troper⁴⁰, mais sans l'adosser, comme Olivier Corten, à une sociologie critique qui en mine peut-être encore plus le principe.

Du reste, on réalise donc à quel point le positivisme sur lequel il s'appuie le conduit à une position critique, relativiste et profondément sceptique. L'auteur appartient à la famille de ces positivistes contemporains, désenchantés mais lucides, pour qui le droit positif est le seul droit existant, et qui voit en lui une technique formelle qu'il faut à la fois conserver et démystifier. Il faut la démystifier car il est convaincu que la forme du droit sert inévitablement le fond des rapports de domination si bien que le discours sur le droit positif formel est un discours de légitimation de ce fond. Il faut la conserver car seuls un même langage juridique et un accord sur les règles du jeu peuvent permettre le dialogue intersubjectif dans un monde décentralisé. Par ailleurs, son positivisme épistémologique est loin d'être un gage d'optimisme scientifique. C'est un positivisme revenu de telles illusions, où l'on ne croit pas au caractère assuré du progrès du droit, pas plus aux capacités du juriste à parvenir à l'objectivité par la maîtrise complète et objective du discours et qui débouche sur une vision purement instrumentale du droit. Il signifie simplement la prise de conscience de la vanité des anciennes certitudes et donc du caractère limité et relatif des possibilités offertes par le droit en même temps que de nos possibilités de le connaître ; avec au moins la possibilité d'en maîtriser les règles ; d'où l'instrumentalisme et l'argumentation au service des objectifs que l'on s'assigne. L'attention aux différents discours du droit met en effet en garde contre le sentiment d'une extension sans limite du registre juridique tant que l'on ne s'est pas donné les moyens d'en reconnaître le périmètre⁴¹. Mais, une

³⁹ *Infra*, p. 41.

⁴⁰ V. N. Bobbio, *Essais de théorie du droit (recueil de textes)*, Paris, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2000 et M. Troper, « Le positivisme juridique », *Revue de synthèse*, 1985, pp. 187-204.

⁴¹ V. B. Lacroix, « Quelques observations avant dire droit », in L. Israël, G. Sacriste, A. Vauchez et L. Willemez (dir), *Sur la portée sociale du droit*, Paris, PUF, CURAPP, 2005, p. 326.

PRESENTATION

fois ces limites posées, on comprend avec les analyses d'Olivier Corten qu'au-delà de la force (relative) du droit positif en situation, la réussite du droit international contemporain tient à ce qu'il se présente dorénavant comme un répertoire d'outils pragmatiques dont on peut parfaitement user. En cela réside sa dynamique effective et il suffit de maîtriser les techniques du discours que l'on tient sur le droit comme langage en usant des contraintes de l'argumentation mises à jour par Ch. Perelman. L'argumentation juridique est une discussion juridique qui ne porte pas sur toutes les questions possibles et qui se déroule à l'intérieur de certaines limites. Olivier Corten maintient l'idée positiviste d'une maîtrise relative du langage juridique et de la signification des termes utilisés, mais il refuse le dogme de la « solution unique ». Et alors que Ch. Perelman allait fonder en dernier ressort, de façon ambivalente, son argumentation sur la « nature des choses », et par là-même se situait « au-delà des limites du positivisme », pour l'auteur il n'y a pas de « nature des choses » qui fonde le droit et il reste bien en cela à l'intérieur du positivisme⁴².

Mais combinés avec son identité anti-jusnaturaliste, son relativisme et sa vision instrumentale du droit peuvent faire penser qu'il tombe dans le cynisme le plus pur quant au droit et à son utilisation. Certaines de ses formules lapidaires peuvent le laisser penser lorsqu'il radicalise sa thèse, déclarant par exemple qu'en droit international, « on peut, *a priori*, dire n'importe quoi, même si on ne peut pas le dire n'importe comment »⁴³. En réalité, sa position de juriste scientifique est plus nuancée qu'il n'y paraît comme en témoignent notamment les deux dernières remarquables études qui viennent clore ce recueil. Elles confirment la prédilection de l'auteur pour une approche qui n'est pas seulement sociologique⁴⁴, mais analytique du droit ; une approche qui ne vise pas à se prononcer sur les questions de fond mais à montrer qu'elles reposent sur des façons différentes de les traiter suivant les registres du discours ; une approche qui procède à une véritable pragmatique du langage quand celui-ci se fait discours et donc ne se comprend bien que dans un contexte réel historique donné et suivant la relation entre les locuteurs⁴⁵. Avec la minutie et la rigueur qu'on lui connaît, l'auteur expose ainsi, à propos du droit belge, comment tour à tour le droit positif ou le droit naturel peuvent être utilisés pour légitimer un droit injuste ou un comportement en violation du droit. Ce retour à l'histoire

⁴² V. O. Corten, « La référence à la nature des choses dans l'herméneutique de l'école de Bruxelles : une critique sociologique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1998, n°40, pp. 79 ss.

⁴³ *Infra*, p. 43.

⁴⁴ Il ne pratique aucun réductionnisme de type sociologiste qui ramènerait la totalité du juridique à un fait social.

⁴⁵ V. F. Armengaud, *La pragmatique*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1985.

belge est particulièrement instructif. L'auteur confirme par ses analyses à quel point il est essentiel de sortir définitivement des clichés concernant le positivisme et le jusnaturalisme. A le lire, on réalise en effet à nouveau combien ce sont beaucoup moins les méthodes d'approches juridiques qui confortent la dictature ou le libéralisme, la justice ou l'injustice d'un régime, que les cultures dans lesquelles sont plongés les juristes et qui font que suivant leur propre éthique, leur mentalité et leur histoire ils vont défendre un régime libéral ou un régime non libéral, un régime colonial ou non colonial, et ce, qu'ils soient positivistes ou jusnaturalistes. Ce sont donc le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie des uns qui les feront adhérer aux idées nazies ou colonialistes, quelle que soit leur approche du droit, et ce sont l'humanisme et le respect de la dignité humaine qui feront que d'autres récuseront l'approche fasciste, raciste ou colonialiste du droit. Comme ses deux dernières études l'attestent, chaque méthode d'approche du droit, chaque conception du droit produit son propre *dark side* et c'est chaque individu, chaque juriste, qui développe ou non ce *dark side* dans son comportement quotidien et son environnement collectif. Il ne s'agit donc pas de dédouaner ou d'encenser une approche plutôt qu'une autre, mais simplement de montrer que, tout comme les règles du droit international, toutes les approches peuvent être utilisées ou détournées à des fins différentes suivant les contextes historiques particuliers et suivant les valeurs personnelles qui animent le professionnel ou l'utilisateur du droit international⁴⁶.

Ce faisant, on réalise qu'Olivier Corten utilise de manière générale dans ses propres analyses sur le discours du droit ce qui fait la force selon lui du discours positiviste du droit international : il utilise la force de légitimation d'un discours qui n'est pas moralisateur mais au contraire tend à se présenter comme le plus neutre possible. Dans ses deux dernières études, lorsqu'il montre comment ce qui est considéré comme naturel un jour ne l'est pas un autre (par exemple « l'infériorité du nègre » est naturelle, puis « l'égalité entre les hommes » le devient), comment ce qui est considéré comme objectivement légal un jour est considéré comme objectivement illégal un autre (la collaboration avec l'occupant, par exemple), il reste dans le registre de l'analyse, non du jugement moral. Et il adopte cette attitude détachée en raison de la force de conviction et de l'efficacité qu'une telle attitude peut revêtir. L'étude analytique a en effet une portée particulièrement féconde : elle a un effet évident de clarification mais elle vise aussi à susciter le débat, à soumettre

⁴⁶ V. P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 251-252.

PRESENTATION

les éléments exposés analytiquement à la critique et à stimuler ainsi la recherche et la réflexion. La façon dont l'auteur démontre comment le discours juridique fonctionne, positiviste ou jusnaturaliste, comment il est instrumentalisé, quelles sont ses incohérences, revêt ainsi un potentiel critique plus destructeur que s'il s'était placé sur le plan éthique. Comme il le dit lui-même, l'efficacité de son propos est « de dénoncer sans sermonner mais, plus directement et plus efficacement, en énonçant »⁴⁷. Elle ne réside donc pas dans une position morale vertueuse qui supposerait que son lecteur partage ses valeurs pour être convaincu. L'efficacité de son propre discours réside dans la force logique, pragmatique et descriptive du raisonnement qu'il tient, qui n'a pas besoin de s'effacer au profit d'un appel à une communion éthique de pensée avec son auditoire. Même chose lorsqu'il constate les incohérences de la confusion des registres de légitimité dans toutes ses autres études. Il ne dit à aucun moment que cette confusion, fréquente aujourd'hui on l'a vu, est "mauvaise" ou "injuste". Il dit encore moins qu'il serait plus juste d'en rester à un registre purement légaliste. En revanche, il s'attache à montrer que, ce faisant, il y a une réelle incohérence dans le discours tenu et qu'il est difficile de se placer dans un registre de droit naturel sans assumer la remise en cause du modèle formaliste et donc de son soubassement idéologique et social libéral. L'auteur lui-même a évidemment une position morale qui peut l'amener à dénoncer une intervention licite qu'il considérerait comme injuste, mais il le fait en tant que citoyen, qu'individu, avec son histoire, sa culture et ses sentiments propres. Il ne nie pas que sa position morale influence profondément la manière dont il raisonne scientifiquement, mais il tente au maximum d'en limiter les effets et cherche constamment à se borner à décrire ce qui est et non à prescrire ce qui doit être.

Mais ce faisant, un tel positionnement scientifique, aussi intéressant soit-il, connaît ses propres limites et difficultés. Il traduit un équilibre particulièrement délicat à tenir, toujours à la recherche d'une troisième voie, d'une position épistémologique médiane qui tout en étant critique, donc non légaliste ou formaliste de principe, permette d'« échapper au choix douloureux et délicat » pour le juriste des questions d'ordre éthique et politique⁴⁸. Or, une telle position est-elle réellement possible si tout discours, y compris le sien, ne peut jamais être réellement neutre ? Comment peut-on être critique sans être implicitement normatif ? Ou encore : son discours *sur* les discours du droit international ne participe-t-il pas du discours *du* droit

⁴⁷ *Infra*, p. 40.

⁴⁸ *Infra*, p. 67.

international ? S'agissant de cette dernière interrogation, son discours peut être en effet perçu comme une reconstruction où le fait même de vouloir simplement décrire signifie automatiquement rentrer dans le jeu, faire partie du circuit social où les règles juridiques sont reproduites continuellement dans la pratique. S'agissant de la première interrogation, même si l'auteur n'exprime pas expressément de jugements de valeur, on constate qu'il laisse à voir son point de vue critique par l'effet pratique que peut produire une analyse simplement descriptive des impasses conjointes du positivisme et du jusnaturalisme ou des incohérences des discours de légitimation tenus. Il agit ainsi sur les mentalités et sur son auditoire, il cherche à produire des effets sociaux particuliers en tenant ce type de discours par lequel il cherche la neutralité mais qui balance nécessairement entre descriptivisme et constructivisme. En réalité, l'auteur assume pleinement ce paradoxe et nous dit tout simplement qu'il est indépassable, renouant d'une certaine façon avec le dédoublement (le déchirement ?) wéberien entre le rôle du savant et le rôle du politique⁴⁹. Mais au lieu de se cantonner au rôle du savant ou à celui du politique, il montre que c'est la tension permanente entre les deux rôles qui est constitutive de toute activité de juriste. Il est vain et inutile de vouloir dépasser ces dilemmes, de vouloir comprendre ces inéluctables décalages qui restent insurmontables, dès lors qu'ils ne sont pas un obstacle à une correcte utilisation du droit. Il oscille donc délibérément et inéluctablement entre les différents rôles que l'on doit adopter suivant les objectifs que l'on se donne et l'auditoire à qui l'on s'adresse ; il oscille entre le militant et le scientifique, entre le politique et le savant. C'est ce qui permet de comprendre également pourquoi il passe beaucoup de temps à faire de la technique juridique alors que, sur un plan théorique, il trouve cette approche assez pauvre. C'est le fait de la dimension instrumentale de la technique juridique : le fait qu'il est nécessaire d'adopter un discours qui soit conforme aux contraintes de l'auditoire à qui l'on s'adresse. Et cela explique qu'il soit lui-même tantôt critique, tantôt complètement formaliste. S'interrogeant pour savoir comment opter entre « une posture relativiste à tendance cynique ou une vision universalisante à tendance utopiste »⁵⁰ il conclut à cette inéluctable et nécessaire oscillation du juriste :

« Comme beaucoup d'entre nous, sans doute, j'ai tendance à osciller entre l'une et l'autre selon les contextes et selon mon état d'esprit du moment. Mais, surtout, cette oscillation constitue pour moi un exercice intellectuel et

⁴⁹ M. Weber, *Le savant et le politique*, Paris, Ed. 1018, Coll. Bibliothèque, 2002.

⁵⁰ *Infra*, p. 44.

PRESENTATION

méthodologique indispensable à l'activité du juriste. Rien de plus dangereux, au nom de l'universalité affirmée de ses valeurs ou de sa position juridique, d'être sûr de son bon droit et donc de négliger, mésestimer, voire ignorer certaines prises de positions qualifiées d'« hérétiques » ; car tout au plus pourra-t-on alors communier avec des personnes déjà convaincues, sans pouvoir atteindre le seul objectif réalisable du juriste, celui de convaincre les sceptiques. A l'inverse, il paraît particulièrement difficile de persuader son auditoire sans montrer –ou en tous cas laisser croire– que l'on pense sincèrement défendre une position plus légitime et juridiquement correcte que les autres. S'il est particulièrement respectable sur le plan scientifique, le relativisme s'accommode assez mal des contraintes argumentatives d'un débat réel »⁵¹.

Comme l'indique l'auteur lui-même, il me semble que c'est une attitude qui résume assez bien celle de beaucoup d'entre nous mais tout son mérite est d'en faire prendre conscience et de ne pas en escamoter les difficultés⁵². Il montre que le positivisme ne peut être de part en part une science juridique qui ne se prolongerait qu'en une technique juridique. C'est un pari impossible à tenir⁵³ et c'est fort lucidement qu'Olivier Corten assume donc les paradoxes et les dilemmes de la position du juriste positiviste sceptique mais qui se veut responsable, de telle sorte qu'il les intègre dans son questionnement très rigoureux sur nos façons contemporaines de dire le droit international et de légitimer le pouvoir par le droit. Mais si les analyses d'Olivier Corten nous mènent au final à cette position sceptique, on peut se demander comment se situe réellement l'auteur au regard du positivisme que l'on perçoit encore bien souvent, notamment Outre-atlantique, comme empli de certitudes scientifiques. Cette ultime question est essentielle car elle permet d'apprécier à son exacte valeur et cohérence la démarche de l'auteur.

On l'a dit, Olivier Corten lui-même se déclare résolument positiviste et deux traits spécifiques de sa pensée demeurent caractéristiques d'une telle approche. Le premier élément est son identité anti-jusnaturaliste qui est patente en raison de la seule prise en considération du droit positif comme seul droit existant et valide, et de son relativisme axiologique. Il rejoint en cela bon nombre de juristes contemporains dont les positions sont d'abord guidées par le rejet, intuitif ou délibéré, des thèses jusnaturalistes. Le second élément caractéristique de sa position positiviste est sa méthodologie à la fois

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Pour une critique particulièrement acérée et savoureuse de la posture du « positiviste technicien », v. P. Ariès, *Le temps de l'histoire*, Paris, Seuil, 1986, pp. 26ss.

⁵³ Pour reprendre un mot suggestif de S. Goyard-Fabre, « De quelques ambiguïtés du positivisme juridique », *Du positivisme juridique*, *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 1988, n°13, p. 37.

analytique et sociologique⁵⁴. Or le mérite d'une telle approche tend parfois à être oubliée aujourd'hui tant les critiques outre-atlantiques, qui deviennent prédominantes dans le monde, n'ont cessé de se multiplier, on l'a dit, à l'égard de ce qui est considéré comme un vieux courant de pensée européen daté et totalement dépassé⁵⁵. Même si on voit ressurgir un certain formalisme internationaliste de type instrumentaliste, même si leur quotidien est basé sur une utilisation minimale des règles primaires et secondaires du droit international, les critiques anglo-saxons ont, me semble-t-il, le défaut d'être exagérément simplificateurs dans leur vision du positivisme continental en se bornant à l'identifier à un strict et radical formalisme et conceptualisme. Il est vrai que la question n'est pas simple, comme beaucoup d'études l'ont montré, car on sait combien le terme « positivisme » est devenu depuis longtemps à la fois polysémique et particulièrement incertain⁵⁶. L'identification du positivisme originaire à une idéologie scientiste, et surtout les clichés très simplificateurs et polémiques qui ont été véhiculés à son sujet en général ont fait de celui-ci une notion particulièrement difficile à identifier. On cite souvent R. Hart qui dénombre cinq significations différentes et N. Bobbio qui en dénombre trois⁵⁷. En réalité R. Hart donne un tableau analytique des définitions multiples qui traduisent les différentes versions anglo-saxonne et continentale d'envisager le droit de cette façon alors que N. Bobbio tente une synthèse essentiellement basée sur la tradition continentale et l'opposition positivisme/jusnaturalisme. N. Bobbio a également parfaitement montré qu'adopter une méthodologie positiviste ne veut pas dire que l'on défend le positivisme comme idéologie ou comme théorie. Il n'y a pas de lien logique entre les trois mais il y a seulement des liens historiques et contingents comme ceux ayant existé au XIX^{ème} siècle⁵⁸. Ceci posé, on entrevoit à nouveau avec Olivier Corten à quel point le positivisme est en réalité multidimensionnel et prend des voies différentes

⁵⁴ De manière générale, la question méthodologique a pris une place prépondérante dans le positivisme continental. V. C. Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, p. 33.

⁵⁵ Pour une lecture très instructive de cela, v. A. M Slaughter et S.R Ratner (dir.), *The Methods of International Law*, ASIL Studies in Transnational Legal Policy, 2004.

⁵⁶ Comme le soulignait M. Virally, le problème est que l'« on ne sait plus guère ce que le mot désigne » in *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. V.

⁵⁷ H.L.A Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, 1958, reproduit in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 56 et N. Bobbio, *Essais de théorie du droit (recueil de textes)*, op.cit, p. 72.

⁵⁸ V. M. Troper, « Introduction. Le positivisme comme théorie du droit », in C. Grzegorzczk, F. Michaut et M. Troper, op.cit, p. 273. V. aussi le célèbre article de M. Waline, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 517ss et toujours les différentes contributions in *Du positivisme juridique*, *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Université de Caen, 1988, n°13.

PRESENTATION

qui sont loin de l'idéologie scientiste de certains positivistes des deux siècles passés. Son positivisme n'est d'ailleurs pas sans rappeler certaines orientations très contemporaines de la pensée anglo-américaine, ce qui n'est pas sans ironie. Le prisme réaliste et pragmatique par le biais duquel les anglo-américains – beaucoup plus que les seuls britanniques plus analytiques – voient le droit international leur fait envisager celui-ci comme un champ de lutte de pouvoirs dans lequel ils sont engagés, où l'idée d'une neutralité méthodologique peut leur sembler parfaitement illusoire... autant de points qui ne semblent pas si éloignés de la démarche critique d'Olivier Corten quand on y réfléchit bien et que l'on pourrait prolonger en montrant l'importance prise en Europe, et chez l'auteur en particulier, par le rôle de l'interprétation, la texture ouverte des normes ou l'argumentation. Les critiques qui frappent le positivisme continental me semblent donc plus épidermiques et culturelles que réfléchies et surtout passent à côté des infléchissements très nets et de l'évolution contemporaine du positivisme dans ce qu'il peut offrir de meilleur. De ce point de vue, le recueil d'Olivier Corten est tout particulièrement éclairant d'une telle évolution. Bien que puisant au sociologisme le plus classique de Max Weber, il met en œuvre un positivisme fondamentalement réaliste et critique qui pourrait se révéler « très parlant » aux anglo-américains. Tout d'abord, il refuse tout positivisme idéologique qui se traduirait par une fidélité aveugle au droit positif et donc par une position strictement légaliste et formaliste du juriste car le droit reste pour lui avant toute chose un instrument de pouvoir et de domination. S'il est formaliste, ce n'est donc que de façon instrumentale. Ensuite, on a vu que, selon lui, la neutralité axiologique, ce n'est pas d'être neutre, mais d'essayer de l'être, ce qui constitue la seule manière à son avis de débattre avec des personnes qui ne partagent pas les mêmes valeurs. Le constat est classique mais fondamental et rappelé avec force tout au long du recueil car il concerne à la fois la méthode et le discours du droit lui-même. Cela revient à poser les conditions de possibilité de tout échange ou accord entre des interlocuteurs qui argumentent en droit au sujet de buts communs (spécifiques ou généraux) tout en ayant des valeurs, des intérêts et des idéologies différents. A travers la méthode, il y a donc une réflexion sur les conditions sociales de possibilité du droit comme discours ; et le souci de ne pas confondre intellectuellement une méthode, aussi limitée soit-elle, et une politique normative de réalisations concrètes – à condition bien sûr de ne pas y voir un *gage a priori* de supériorité et de lucidité particulières, ce qui est malheureusement un travers constant de nombreux positivistes. Enfin,

le savoir que l'auteur apporte consiste dans la description sociologique de l'évolution de la rationalité juridique sous sa forme légale-rationaliste et dans la mise en exergue analytique des avantages et inconvénients des différents types de discours et méthodes d'approches possibles du droit, tels qu'ils sont observables et utilisés, et tels que nous pouvons, chacun d'entre nous, en tirer nos propres enseignements pour l'homme et la société internationale. Ce n'est donc pas un savoir qui se clôt par un engagement, une dénonciation ou une position éthique, mais ce n'est pas non plus un savoir qui les élimine. Il restreint l'analyse aux limites de l'observable car il veut éviter les réductions excessives, les dénaturations ou les déformations de ce que l'on peut percevoir comme étant la réalité. Il ne remet jamais radicalement en cause les théories, les pratiques ou les discours qu'il analyse, il donne simplement à voir les possibilités concurrentes ou autres de penser et de traiter le droit international, ainsi que leurs combinaisons possibles. Il nous livre des analyses qui donnent à penser plus qu'elles ne préconisent de réponses afin de ne pas empiéter sur la délibération et l'exercice d'un pouvoir. Si bien que leur qualité est liée à ce qu'elles révèlent mais aussi à ce qu'elles invitent implicitement à chercher. C'est une manière de se prémunir contre toute position *a priori*, tous concepts pré-définis, contre l'usage abusif de toute doctrine y compris le positivisme comme idéologie mais en gardant peut-être l'essentiel de ce qu'est l'esprit positiviste lorsqu'il se fait anti-dogmatique. Il en découle une conséquence essentielle : la démonstration implicite qu'il n'est sans doute aujourd'hui « de positivisme conséquent *que* critique »⁵⁹ et que ce type de positivisme, intrinsèquement critique, fait sans contester la preuve de sa fécondité, son efficacité et son utilité persistantes.

Emmanuelle JOUANNET

⁵⁹ Je reprends ici la formule de D. de Béchillon in *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris O. Jacob, 1997, p. 258. O. Corten se rapproche en cela, d'une certaine façon, de ce que l'on appelle aujourd'hui les « post-positivistes » comme A. Aarnio, R. Alexy ou A. Peczenik (« The Foundation of Legal reasoning », in *Rechtstheorie*, 1981, n°12, pp. 133ss). On pourrait trouver des points de rapprochement entre ces théoriciens internistes et sa pensée internationaliste du droit notamment par leur commun attachement à la « nouvelle rhétorique » de Ch. Perelman. Il est intéressant de voir d'ailleurs que des pensées s'élaborent ainsi dans l'indifférence les unes des autres et pourtant convergent en partie dans leur conception contemporaine du positivisme. Toutefois O. Corten demeure plus classique dans ses analyses, mêmes critiques, car attaché à une sociologie politique du droit, à une pensée de la légitimation et non pas de la justification, et une analyse du discours plus que du raisonnement juridique.

