

LA DOCTRINE. ROBERTO AGO
ET LA CRITIQUE POSITIVISTE DU POSITIVISME JURIDIQUE

Eric WYLER

*Maître de conférences de l'IHEI, Université Panthéon-Assas
Chargé de cours à l'IHEID et aux GSI de l'Université de Genève*

Roberto AGO
« Science juridique et droit international »
(1956)
« Droit positif et droit international »
(1957)

LE RÔLE DE LA DOCTRINE EN DROIT INTERNATIONAL

Parmi les amoureux du droit international, Roberto Ago fut certainement l'un des plus ardents. Preuve en soit son combat mené contre le positivisme, surtout un certain positivisme, légaliste ou volontariste, coupable du crime – très grave à ses yeux – de remettre en question la juridicité et la force obligatoire (ce positivisme assimile l'un à l'autre¹) du Droit international. C'est en particulier à travers cette critique que transparait la conception que se fait le Maître de la place de la doctrine dans l'émergence des normes internationales. Une place reconnue étonnamment éminente, même de la part d'un ancien Juge à la CIJ et auteur renommé, qui fut sans doute aussi l'un des tout meilleurs Rapporteurs à la CDI.

¹ En raison du réductionnisme de tout le Droit à la loi (Loi), conçue comme un *commandement* (modèle moderne, axé sur le Droit pénal) et non pas comme une *directive* destinée à orienter les conduites (modèle classique) : pour des développements, v. E. WYLER, « L'influence du positivisme sur la doctrine volontariste et objectiviste en droit international : plus qu'un facteur de rapprochement ? » in *Les origines du droit international. Mélanges P. Haggemacher*, (DUPUY/CHETAIL dir.), La Haye, Nijhoff, 2013, pp. 335-364.

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

Parmi les nombreux écrits d'Ago, les textes les plus pertinents attestant de cette croisade menée contre le positivisme sont surtout : « Droit positif et droit international » (*AFDI* 1957, pp. 15 ss.) et « Science juridique et droit international » (*RCADI* 1956-II, Vol. 90, pp. 851 ss.).

Les autres écrits utiles pour notre propos sont essentiellement « Le délit international » (*RCADI* 1933-II, Vol 68, pp. 415 ss.), les rapports à la CDI sur la *Responsabilité des Etats* (notamment le *Premier Rapport* et le *Cinquième Rapport*, in *ACDI* 1969/II, pp. 129 ss. et 1976/II, 1^{ère} partie, pp. 3 ss.), « La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation » (Mélanges P. Guggenheim, Genève, 1968, pp. 93 ss.), les « Nouvelles réflexions sur la codification du droit international » (*RGDIP* 1989, pp. 3 ss.) et « Le droit international dans la conception de Grotius » (*RCADI*, 1983-IV, pp. 375 ss.).

Pour une étude sur le positivisme d'Ago, voir H. Batiffol, « L'apport d'un internationaliste à la notion de positivité du droit » (*Mélanges R. Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. I, pp. 1 ss ;) et pour des éléments biographiques, voir P. Ziccardi, « Il diritto internazionale nell'insegnamento di Roberto Ago » (*Rivista di Diritto internazionale* 1995/2, pp. 305 ss.).

Se livrer à une critique de la critique faite par un auteur (éminent), c'est, pensons-nous, une façon de témoigner de la vitalité et la dynamique propre à la doctrine internationaliste, qui ne craint pas les remises en question et cherche en permanence à expliciter le concept de *Droit international*. A en croire le fameux article 38 du Statut de la CIJ pourtant, la doctrine ne serait, tout comme la jurisprudence (!), qu'un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit », à ne prendre en considération, aux fins de régler un litige, qu'après avoir recouru aux traités, coutumes et principes généraux.

N'est-ce pas là oublier un peu vite que la doctrine a traditionnellement toujours assumé le rôle essentiel de compilation – donc d'unification, consolidation et création – du Droit des gens coutumier ? En témoigne en particulier les œuvres de ces grands juristes que furent Vitoria et Gentili, ainsi que les projets grandioses – mais confus – de l'Ecole dite *du droit de la nature et des gens*, notamment sous la plume de Grotius, Pufendorf, Barbeyrac, Wolff, puis Vattel, d'exhausser le Droit des gens à hauteur d'une science véritable, par *mimesis* avec les sciences de la nature, puis les efforts

LA DOCTRINE. ROBERTO AGO ET LA CRITIQUE POSITIVISTE DU POSITIVISME JURIDIQUE

des positivistes, dès le XIX^{ème} siècle mais surtout au XX^{ème} siècle (Anzilotti, Scelle, Kelsen, Hart ...), d'articuler ce Droit en système formel ordonné selon la « Raison scientifique », enfin les grandes codifications réalisées avec succès au XX^{ème} siècle par la CDI. Pour Ago, on le verra, l'intervention de ces « scientifiques » du Droit que sont les auteurs autorisés est essentielle sur le plan de l'identification des normes juridiques. La valorisation de cet impact doctrinal le conduit presque logiquement à s'en prendre à ceux qui ont propagé l'idée, funeste pour l'existence du Droit international, que le Droit positif proviendrait d'un acte de volonté émanant d'une Autorité supérieure dûment habilitée à édicter des normes. Une telle Autorité n'existe en effet pas en Droit international ; mais comme Ago est convaincu, lui, que ce Droit existe, c'est donc que la juridicité du Droit positif s'explique autrement. Pour le montrer, il va procéder selon les étapes suivantes : 1) remonter aux origines de l'idée fautive 2) identifier ses liens avec le positivisme 3) faire la critique de l'espèce ou des espèces du genre « positivisme » à laquelle cette idée est consubstantielle 4) présenter sa propre théorie – positiviste elle aussi – rendant compte de la juridicité de tout Droit, international ou non.

I. LE POSITIVISME JURIDIQUE SELON AGO

A. Les origines du positivisme

Il est remarquable que, dans le parcours proposé, Ago relie une tradition philosophique antique issue d'Aristote et vivace aux temps médiévaux, avec en particulier Thomas D'Aquin, au courant jusnaturaliste – qu'il dénomme « pré-positiviste² » – incarné au XVII^{ème} siècle par Suarez, Grotius, puis au XVIII^{ème} siècle par Rachel, Burlamaqui, Wolff, Vattel et Martens, enfin par Klüber, Phillimore, Fiore ou Fauchille au XIX^{ème} siècle. A ses yeux, la continuité entre ces penseurs est donnée par la distinction adoptée entre un *Droit naturel* « dicté de manière nécessaire aux membres de la société par la raison naturelle et ayant un fondement ... dans la nature sociable de l'homme »³ et un *Droit positif*, « produit de la volonté », formé en Droit international par les traités et coutumes (accords tacites) dont le fondement réside dans « un principe de droit naturel prévoyant justement que ces volontés puissent créer du droit »⁴.

² « Science juridique et droit international », *op. cit.*, p. 861 (ci-après : AGO I).

³ *Ibid.*, pp. 861-862.

⁴ *Ibid.*, p. 862.