

ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE (ULM)
Département de sciences sociales

Cours de philosophie du Droit / théorie du Droit international
Florian Couveinhes Matsumoto

*Les implications concrètes de la conception
kelsénienne du Droit : l'exemple de sa conception du
Droit international coutumier et de ses usages*

Document 1 : Hans Kelsen, « Théorie du droit international coutumier », in *Écrits de droit international*, PUF, pp. 61-84 (initialement publié in *Revue internationale de théorie du droit*, 1939, vol. X, pp. 253-274)

Document 2 : Florian Couveinhes Matsumoto, « H. Kelsen, « Théorie du Droit international coutumier » », in IHEI, *Les grandes pages du Droit international*, vol. II, *Les sources du Droit international*, Paris, Pedone, 2016, pp. 103-181

Théorie du droit international coutumier★

I. — LA NORME FONDAMENTALE OU LA CONSTITUTION DU DROIT INTERNATIONAL

§ 1. *Les « sources du droit »*. — Le problème du droit coutumier est un problème de la *création du droit*, c'est-à-dire de la genèse des normes constituant l'ordre juridique. Ce problème rentre, pour la théorie classique, dans le cadre de l'étude de ce qu'on appelle les « sources du droit ». « Source du droit » est une expression figurée et par suite complexe. Elle peut désigner d'une part le fondement dernier de la validité d'un ordre juridique donné, c'est-à-dire la norme suprême ou la norme fondamentale d'où découle la validité de toutes les autres normes et sur laquelle repose l'unité du système. Mais on peut désigner également par « sources du droit » (au pluriel) l'ensemble des causes lointaines et proches, des circonstances extérieures, des conditions économiques et politiques, et, en particulier, des motifs psychologiques, qui ont fait que les normes d'un ordre juridique donné ont été édictées et qu'on les observe : c'est là un point de vue psycho-sociologique. Mais on peut d'autre part entendre par « sources du droit » (cette fois encore au pluriel) les diverses méthodes selon lesquelles les normes d'un ordre juridique donné peuvent être engendrées. C'est en ce sens qu'on entend l'expression « source du droit » notamment quand on parle de la coutume, et en particulier de la législation et des conventions envisagées comme « sources du droit ». On tend aussi parfois à considérer toute norme de caractère général comme étant une « source du droit », et l'on dit ainsi que le Code pénal est la source du droit qu'applique le juge pénal. Mais on pourrait alors tout aussi

★ *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. X, 1939, p. 253-274.

bien considéré comme source du droit n'importe quelle norme, même les normes individuelles. Car la norme individuelle, par exemple un arrêt de justice ou un contrat peut être considérée comme la « source » du droit ou de l'obligation d'un sujet de droit déterminé. Nous retrouvons ici la même idée que celle qui fait désigner par « source du droit » le fondement suprême de la validité d'un ordre juridique donné, sa norme fondamentale. La hiérarchie des normes d'un ordre juridique serait ainsi une hiérarchie de sources du droit.

En raison de ses significations multiples, il est donc préférable de ne pas employer le terme de « sources du droit » mais de déterminer chaque fois d'une manière précise le problème juridique que l'on se propose de traiter. Avant de prétendre résoudre un problème, il convient tout d'abord de le définir clairement. C'est pourquoi je renonce à employer le terme de « sources du droit international » pour parler plutôt des *méthodes de la création* des normes du droit international ; c'est là un problème qui est étroitement lié à celui du fondement de la validité du droit international, c'est-à-dire à celui de la *norme fondamentale* de cet ordre juridique.

§ 2. La « Constitution » d'un ordre juridique. — La question de savoir de quelle façon les normes du droit international prennent naissance, quelle est la méthode ou la procédure de leur création a la même signification que la question de la *Constitution* de l'État dans le cadre du droit interne. La Constitution est, en effet, principalement le système des règles sur la création des normes d'un ordre juridique. Sans doute, on pense, ici surtout ou même exclusivement, à la création des normes générales de l'ordre juridique, normes qu'on désigne en droit interne sous le nom de « lois » ; et par suite, la Constitution a essentiellement trait à la procédure de législation. Mais logiquement les règles sur la création des normes individuelles, en particulier surtout sur la formation des actes administratifs et des sentences judiciaires, c'est-à-dire les règles sur la procédure administrative et judiciaire (pénale et civile), font aussi partie de la Constitution de l'État, ou plus exactement de la Constitution de l'ordre étatique.

Ce n'est pas tout : les règles sur la procédure des actes juridiques privés y rentrent également. C'est une procédure aussi bien que la procédure administrative et judiciaire, aussi bien que la procédure législative. Si on ne les comprend pas dans la « Constitution », c'est en vertu de la même erreur qui empêche la théorie juridique de ranger les normes individuelles dans l'ordre juridique : c'est le préjugé qui restreint la notion de droit aux normes juridiques générales. Mais, étant donné que le droit est norme, et comme telle n'est pas seulement norme générale, la « Constitution » est la méthode de création de toutes les normes, et non pas seulement des normes générales, c'est-à-dire des « lois » ; la Constitution, ce sont les normes réglant la procé-

dure tout entière de la création des normes, qui a lieu à tous les degrés de l'ordre juridique, selon des formes variables.

Cette vue est en droit international particulièrement importante, parce que les actes de création des normes générales n'y sont pas, comme en droit interne, clairement séparés des actes de création des normes individuelles. En particulier, la procédure de confection des actes juridiques (*Rechtsgeschäft*) et la procédure législative coïncident souvent en droit international. Le traité international (convention) peut contenir aussi bien des normes générales, que des normes individuelles, peut avoir aussi bien le caractère d'un acte législatif que d'un acte juridique. Aussi l'autonomie privée s'affirme-t-elle plus facilement comme un principe constitutionnel en droit international qu'en droit interne.

§ 3. L'unité d'un ordre juridique et la norme fondamentale. — La question des méthodes de création de normes internationales, qui peuvent être très variées, est aussi la question de la Constitution de l'ordre juridique ou de la Communauté internationale. La question de la Constitution de l'ordre juridique international est en même temps la question de l'unité des normes qui constituent le droit international, la question de la norme fondamentale du droit international : ce fait, que la question de la Constitution de l'ordre juridique international et la question de la norme fondamentale de cet ordre sont identiques, est en conciliation avec la nature propre de tout droit. Une pluralité de normes constitue une unité, un système, un *ordre*, si leur validité peut être ramenée à une seule norme qui en forme la base ultime. Cette norme fondamentale constitue, en tant que source dernière, l'unité dans la pluralité de toutes normes qui constituent un ordre. Et si une norme appartient à un certain ordre juridique, c'est seulement par la raison que sa validité peut être ramenée à cette norme fondamentale qui fonde l'ordre juridique.

§ 4. Les deux sortes d'ordres normatifs : le système statique de normes. — Mais il peut y avoir deux sortes de normes fondamentales ; la nature de principe suprême de validité peut être double ; et, en conséquence, on peut distinguer deux sortes différentes d'ordres (de systèmes normatifs). Les normes de la première catégorie « valent », c'est-à-dire sont considérées comme obligatoires, doivent être respectées, en raison de leur contenu ; celui-ci ayant une qualité *immédiatement évidente* qui leur confère la validité. Et cette spécification de fond, ce caractère obligatoire immédiatement évident, les normes le doivent au fait qu'on peut les ramener à une norme fondamentale, qui est elle-même immédiatement évidente et qui contient les normes de l'ordre, comme le général contient le particulier. Telles sont les normes de la morale ou de la justice (à supposer qu'on veuille distinguer la justice de la morale) ; par exemple les normes : il ne faut pas mentir, il ne faut pas tromper, il faut tenir sa parole, se déduisent de la norme fondamentale de la véracité. Ou bien, on

suppose une norme fondamentale, telle que : il faut aimer son prochain, ou il ne faut pas léser un autre individu, ou il faut aider son semblable. D'une telle norme on peut déduire un grand nombre de normes concrètes (spéciales), par exemple : qu'on ne doit pas tuer, qu'on ne doit pas violer l'honneur ou la santé physique d'autrui, etc. Si l'on demande pourquoi une de ces normes spéciales est-elle en vigueur, la seule réponse est que cette norme est l'application de la norme abstraite et fondamentale à un état de fait spécial de la norme : il faut aimer son prochain, ou il ne faut pas léser un autre individu ; c'est la même opération mentale par laquelle on répond à la question de savoir si un objet concret tombe sous une notion abstraite. Quelle est la norme fondamentale d'une morale (non pas de la morale, car il y a divers systèmes de morale), peu importe ici. Ce qui importe, c'est de comprendre que les nombreuses normes d'une morale sont déjà contenues dans la norme fondamentale, comme le particulier est contenu dans le général, et qu'il est possible de les en dégager par raisonnement, c'est-à-dire par une simple *opération mentale*, en concluant du général au particulier. C'est un système *statique* de normes.

§ 5. *Le système dynamique.* — Le cas des normes juridiques est tout autre. La validité de celles-ci ne tient pas à leur contenu. Le droit peut recevoir un contenu quelconque ; il n'y a pas un acte humain qui ne pourrait pas devenir le contenu d'une norme juridique. Les normes du droit positif ne sont pas en vigueur parce qu'elles ont un contenu qui peut être déduit d'une norme fondamentale dont le caractère obligatoire est immédiatement évident. Il n'est pas possible de déduire par une simple opération mentale, par une conclusion du général au particulier, une norme concrète du droit positif de la norme fondamentale de l'ordre juridique auquel cette norme concrète appartient. Pour affirmer une norme du droit positif, il faut constater un *acte de volonté*, un acte créateur du droit. Une norme juridique n'est valable que parce qu'elle a été *créée* d'une certaine façon, parce qu'elle a été créée selon une règle déterminée, parce qu'elle a été *posée* selon une certaine méthode. Le droit ne vaut qu'en tant que droit *positif*, c'est-à-dire en tant que droit *posé* (*ponere, positus*). En cela consiste la différence décisive entre le droit positif et le droit naturel dont les normes, en tant que normes de la morale et de l'équité, ne valent que par leur contenu, et non parce qu'elles ont été posées. La positivité du droit consiste dans ce qu'il est *posé*. C'est pourquoi la norme fondamentale d'un ordre juridique est simplement la règle fondamentale suivant laquelle les normes de cet ordre juridique sont *créées*. Le système de normes constituant un ordre juridique a un caractère *dynamique*.

§ 6. *La norme fondamentale : son caractère hypothétique.* — La norme fondamentale d'un ordre juridique n'est elle-même pas une norme posée, c'est-à-dire une norme positive, mais une norme *supposée*, hypothétique. C'est une

hypothèse faite par la science juridique, une hypothèse qui permet de considérer une pluralité de normes juridiques comme formant une unité, comme un ordre juridique. Exemple très simple : pour l'enfant vaut la norme « tu ne dois pas mentir ». Si l'enfant demande pourquoi, il reçoit la réponse « parce que les parents l'ont commandé » ; prémisses : « tu dois te comporter comme les parents le commandent ». C'est la norme fondamentale de l'ordre qui règle la conduite de l'enfant. Ou une communauté primitive. Il n'y a qu'un seul organe : le chef de tribu. Il édicte toutes les normes constituant l'ordre de cette communauté. Ainsi par exemple la norme « chaque homme doit assister à la réunion des guerriers ». Si quelqu'un cherche la raison de cette norme spéciale, la réponse est : « parce que le chef le commande ». C'est là la réponse à la question de la raison de toutes les normes de cet ordre. Prémisses : tout ce que le chef commande, devient le contenu d'une norme obligatoire, c'est-à-dire que l'on doit se comporter ainsi que le chef le commande. C'est la norme fondamentale, c'est-à-dire la règle selon laquelle les normes de cet ordre sont créées, le principe qui fonde l'unité dans la pluralité des normes, c'est-à-dire l'unité de l'ordre.

§ 7. *La norme fondamentale : son caractère empirique.* — La norme fondamentale d'un ordre juridique a — comme nous l'avons déjà constaté — le caractère d'une hypothèse, faite par la science juridique. Cette hypothèse a un caractère purement *empirique*. Le contenu de la norme fondamentale est déterminé par le matériel positif qu'on veut comprendre comme droit, par les actes humains effectivement accomplis dans l'espace et dans le temps, et qui doivent être interprétés comme des actes juridiques. D'autre part, c'est la norme fondamentale qui — en tant que hypothèse juridique — détermine ce matériel en lui donnant la signification et la valeur du droit. Il y a entre la norme fondamentale et le matériel positif du droit le même rapport de corrélation qui existe entre une hypothèse des sciences naturelles et la réalité à expliquer par cette hypothèse.

La norme fondamentale, elle-même, ne vaut, par conséquent, pas de la même façon que toutes les autres normes de l'ordre juridique. Une norme juridique positive vaut, en effet, parce que et si elle a été créée conformément à la norme fondamentale. Peu importe son contenu, qu'il soit « bon » ou non, « juste » ou non ; elle est valable, si elle a été créée d'une certaine manière, si elle a été posée d'une certaine façon ; d'une façon qui est déterminée, en dernière analyse, par la norme qui vaut comme norme fondamentale, non pas parce qu'elle a été posée, mais par hypothèse, non comme norme posée, mais comme norme *supposée*. C'est pourquoi on ne peut expliquer la raison de validité de la norme fondamentale, car elle est précisément elle-même le fondement hypothétique de la validité de toutes les autres normes.

§ 8. *La norme fondamentale et le positivisme juridique.* — La question de savoir en vertu de quoi la norme fondamentale est valable, question qui supposerait l'existence, au-dessus de la norme fondamentale, d'une autre norme encore supérieure à l'ordre juridique tout entier, ne saurait trouver place dans les cadres du *positivisme juridique*. Car en la posant on sort nécessairement du domaine du droit positif pour entrer dans le domaine transcendant de la morale, ou, ce qui revient au même, du *droit naturel*, et l'on ne saurait y répondre qu'en supposant l'existence, au-dessus du droit positif et supérieur à lui, d'une morale ou d'un droit naturel absolu. Mais en admettant même l'existence d'un tel ordre moral ou d'un droit naturel et en faisant abstraction de la difficulté qu'il y aurait à l'établir objectivement, il faudrait encore prévoir le cas où un ordre juridique déterminé ne trouverait pas de raison de validité dans cet ordre moral ou naturel. Il en résulterait que l'ordre juridique positif dont on rechercherait la raison de validité ne saurait plus être considéré comme un ordre valable. Tel serait notamment le cas chaque fois qu'un ordre juridique positif se trouverait en contradiction avec le contenu de la morale ou du droit naturel supposé, et il pourrait toujours se trouver en conflit avec ce contenu, vu que l'ordre juridique positif est libre de donner à ces propres normes n'importe quel contenu. Tout essai de justifier le droit positif par la morale ou par le droit naturel en cherchant la raison de validité du droit positif dans la morale ou dans le droit naturel doit être considéré comme condamné d'avance, car une telle « justification » serait à proprement parler une contradiction en soi. Ce n'est en tout cas pas la tâche d'une théorie du droit positif que de rechercher une justification de ce genre, c'est-à-dire de rechercher par-delà la norme fondamentale d'un ordre juridique la raison dernière de sa validité. Pour le théoricien du droit positif, la question de la raison de validité d'un ordre juridique doit être considérée comme résolue dès qu'il a reconnu le principe fondamental, en vertu duquel les normes sont créées au sein de cet ordre juridique. C'est la norme fondamentale qui exprime ce principe et qui constitue par conséquent la prémisses première de l'ordre juridique, sa constitution dans un sens juridico-logique du mot.

§ 9. *La norme fondamentale du droit international.* — La cohérence des éléments du système de l'ordre juridique repose donc sur leur création. Par le fait qu'il régle sa propre création, le droit se distingue d'autres systèmes normatifs, et en particulier de la morale. Le *droit international* n'entre en ligne de compte lui aussi que comme droit positif. Si l'on veut trouver la norme fondamentale du droit des gens, c'est-à-dire la règle fondamentale, suivant laquelle le droit international est créé, il faut d'abord partir du fait qu'il existe un droit international, qu'il existe des normes de droit des gens. Plus précisément, il faut, afin d'avoir un point de départ pour la connaissance du droit

international, pour sa théorie, partir de l'idée que certaines normes sont, sans aucun doute, considérées par la science juridique comme du droit international. Le fait de l'existence de la science juridique et de la science du droit international en particulier doit servir comme point de départ provisoire, sous la réserve que cette idée, sans laquelle la recherche ne pourrait pas commencer, sera rectifiée au cours de la recherche. Aucune connaissance n'est possible sans cette base provisoire.

Examinons donc de quelle façon naissent les normes que la science juridique considère généralement comme formant le droit international. On en distingue d'abord deux sortes : les normes de droit international qui ont été posées par *traité*, conclu entre deux ou plusieurs États, et celles qui sont nées par voie de *coutume*. À regarder de plus près, on voit cependant que les deux modes de création ne sont pas coordonnés, car si l'on cherche le fondement de la validité des normes de droit international, créées par traité, on se rend compte que la règle qui constitue le traité, c'est-à-dire la manifestation de l'accord de volontés de deux États, comme acte créateur de droit, la norme que l'on a l'habitude d'exprimer d'une façon inexacte par la maxime « *Pacta sunt servanda* » et qui doit valoir comme norme — relativement — fondamentale du droit international conventionnel, par conséquent comme la base d'une partie seulement du droit international, n'a pas le caractère d'une norme fondamentale véritable. Elle est en effet elle-même une norme posée, positive, et non pas une simple supposition ou hypothèse. Or, une norme qui vaut en qualité de norme posée, c'est-à-dire comme norme positive, ne peut pas être considérée par une théorie de droit positif comme simplement supposée. La règle de droit d'après laquelle les États doivent se comporter comme le prévoient les traités conclus par eux est elle-même, comme d'autres règles de droit international, née par voie de coutume. Elle a été créée, elle a été posée. Elle vaut comme règle de droit international coutumier. Le droit international conventionnel tout entier a donc pour principe de sa validité une règle du droit international coutumier. Celui-ci doit donc être considéré comme constituant, par rapport au droit conventionnel, un degré supérieur. La question de la norme fondamentale du droit international est la question du fondement de la validité du droit international coutumier. Les normes juridiques, nées par voie de coutume, sont valables à condition qu'on suppose qu'est obligatoire la conduite qu'adoptent habituellement les sujets, en droit international est la norme qui institue l'état de fait de la coutume comme acte créateur de droit, un état de fait bien déterminé, qui devra encore être définie d'une façon plus précise.

II. — LA COUTUME

§ 10. *La coutume : un mode de création du droit.* — Mais d'abord il convient de faire ressortir avec toute la netteté possible que la coutume est, tout comme l'acte législatif, un mode de *création* du droit, et qu'elle n'est pas seulement, ainsi que d'aucuns le prétendent, une méthode de *constatation* de normes juridiques, par ailleurs déjà existantes. Elle est essentiellement de nature constitutive, et non pas déclarative seulement. La conception selon laquelle la coutume ne serait qu'une méthode particulière pour la constatation du droit part de l'idée qu'il y aurait, derrière le droit positif, un deuxième ordre juridique qui serait le droit véritable, et qui serait ainsi la raison de la validité du droit positif. Cet ordre supérieur résiderait selon les uns dans la volonté divine, selon les autres dans la nature ou dans la raison ; l'école dite historique s'est servie, au début du XIX^e siècle, de la notion de génie national, esprit national (*Volksgeist*) pour en faire le siège de ce droit véritable. Ce qu'on appelle la « conscience juridique » n'est qu'une construction du même genre. Et il en est de même encore de cette « conscience sociale du groupe » où certains se plaisent aujourd'hui à voir le siège des normes, servant de base au droit positif.

§ 11. *La coutume dans la théorie du « droit objectif ».* — La conception selon laquelle la coutume n'a pas de caractère constitutif, l'état de fait de la coutume ne crée pas la règle de droit mais n'est que la preuve du fait qu'une règle de droit existe déjà dans la conscience sociale, cette conception correspond particulièrement à la doctrine française du soi-disant *droit objectif* qui se « manifeste » dans le droit positif, c'est-à-dire dans le droit coutumier, les lois édictées, les traités internationaux, etc. D'après cette théorie, représentée par Léon Duguit et son école, l'expression de volonté est impuissante à créer par elle-même une modification dans l'ordre juridique. C'est le droit objectif qui, seul, la crée. La cause efficiente du droit objectif, c'est la conscience de la solidarité qui existe entre les membres de n'importe quel groupement humain. La conséquence inévitable de cette conception du « droit » objectif est l'opinion que non seulement la coutume, mais également la législation et toutes les autres « sources » de droit n'ont pas de caractère constitutif, que le droit n'est pas réellement créé par ces méthodes qui ne sont que l'apparence d'une création de droit, et qui ne sont en fait que des constatations des normes déjà existantes.

Cette théorie du droit objectif, se manifestant dans la coutume, a évidemment influencé les auteurs de l'article 38 du statut de la Cour permanente de Justice internationale qui est conçu en ces termes : « La Cour appliquera : 1^o Les conventions internationales [...] ; 2^o La coutume internationale comme

preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant de droit [...] » Même si l'on fait abstraction de la théorie du droit objectif que cet article pré suppose, il faut constater que la formule choisie n'est pas très heureuse. La coutume ne peut être la preuve d'une pratique générale parce que la coutume est elle-même une pratique générale ; et une pratique ne peut être acceptée comme étant de droit, parce que le droit est une norme, et la pratique est un fait. Si l'on veut exprimer l'idée de cette disposition d'une manière correcte, il faut dire : La Cour applique [...] les normes dont la validité en tant que règles de droit est prouvée par une coutume générale.

§ 12. *Le dualisme juridique.* — Toutes ces diverses théories, d'après lesquelles le droit positif n'est que l'émanation d'un autre droit, plus ou moins absolu et, par conséquent, au-dessus du droit positif, mais plus ou moins latent, toutes ces théories, dont la conception du « droit positif » n'est qu'un cas spécial, ne sont que des variantes de la conception fondamentale du *droit naturel*, laquelle est d'essence métaphysique. Ce qui caractérise cette conception métaphysique, c'est que, pour rendre compte de l'existence d'un objet, rentrant dans notre expérience, cette conception fait intervenir un *double* de cet objet qu'elle situe dans un domaine inaccessible à l'expérience et qu'elle considère comme étant le prototype et la cause d'existence de l'objet connu par l'expérience. La *théorie platonicienne des idées*, avec son dualisme de l'idée et de la réalité, est le modèle de cette méthode de penser. Et tout ce qu'on a fait valoir contre cette théorie peut être également objecté à la conception selon laquelle le droit positif, et en particulier celui qui se manifeste dans la coutume, aurait en quelque sorte son prototype et sa cause d'existence dans un droit préexistant quelque part, comme par exemple dans la « conscience sociale du groupe ». On peut objecter tout d'abord : que la norme juridique transcendante ne saurait être connue que par la norme positive ; autrement dit, qu'il est absolument impossible d'établir objectivement l'existence de normes juridiques transcendantes si ce n'est en partant des normes du droit positif, et en reconstruisant le prétendu droit transcendante d'après ces normes du droit positif. La norme juridique transcendante correspondant à la norme juridique positive n'est dès lors qu'une *double* surplu de celle-ci.

§ 13. *La tendance idéologique du dualisme juridique.* — Ce n'est en effet qu'en vertu d'un subjectivisme purement arbitraire que l'on pourrait affirmer l'existence, au sein de la « conscience sociale du groupe » ou de quel qu'autre domaine, d'autres normes juridiques que celles qui ont pris forme concrète, c'est-à-dire qui ont été créées selon la procédure usuelle du droit, par la législation ou par la coutume. En raison des divergences profondes entre les diverses classes, races, langues, religions, etc., qui la composent, l'on ne saurait du reste parler que par une sorte de fiction naïve ou en vertu d'une idéologie politique, d'une « conscience sociale commune » et à plus

forte raison d'une « conscience juridique commune » du groupe constituant la communauté politique, autrement dit l'État. Les opinions sur ce qui est juridiquement juste — et c'est là précisément le contenu de ce qu'on appelle la conscience juridique — sont aussi nombreuses et variées que les groupes d'intérêts dont se compose la communauté constituée par l'ordre juridique positif. Ces opinions sont déterminées par l'intérêt de l'un de ces groupes, ou par un compromis, réalisé par certains de ces groupes entre eux. Ce n'est que lorsqu'on recherche la raison de validité de l'ordre juridique positif en question dans le désir de lui assurer une *justification absolue* que l'on peut être amené à formuler l'hypothèse d'un *deuxième ordre juridique*, transcendant au premier. La tendance idéologique d'une telle conception dualiste est évidente ; elle est inadmissible du point de vue d'une véritable science du droit.

§ 14. *Les deux éléments de la coutume.* — Après avoir écarté l'hypothèse d'un droit invisible, superposé au droit positif et existant quelque part, notamment dans la conscience sociale de la communauté¹, il devient absolu-

1. C'est en partant de cette conception du droit objectif qu'Yvon Gouet, *La coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international*, 1932, expose sa théorie de la coutume. Mais encore que Gouet insiste à maintes reprises sur le fait que la coutume n'est pas une création, mais la constatation seulement d'une norme juridique préexistante dans la conscience sociale du groupe, il se voit cependant obligé, en fin de compte, de reconnaître (p. 54, 55) que la norme qui est du droit objectif, avant encore d'avoir été constatée dans la procédure de la coutume ou de la législation et qui le serait même sans cette constatation, que cette norme du droit objectif ne peut devenir du droit positif que « par l'intervention de procédés de constatation plus ou moins largement consensuels ». Et il ajoute plus loin que la norme du droit positif qui perd son fondement en suite d'une modification de la conscience sociale et par conséquent du droit objectif cesse, il est vrai, d'être valable, mais que, « pour qu'elle tombe complètement, il faut que le droit positif constate sa chute comme il avait constaté son existence ». De même, Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., 1927, vol. 1, p. 352 (dont la conception du droit objectif détermine évidemment la théorie de Gouet), tout en affirmant que l'expression de volonté (l'acte législatif ou constituant la coutume) est impuissante à créer par elle-même une modification dans l'ordre juridique, admet toutefois que le droit objectif ne rattaché l'effet de droit qu'à la déclaration faite avec l'intention qu'il se produise. Ainsi, l'effet de droit « ne se produira que dans la mesure où il est indiqué expressément ou tacitement par la formule de la déclaration », c'est-à-dire par l'acte législatif, par les actes constituant la coutume. C'est une contradiction évidente dans le sein de la théorie du droit objectif. Car cela signifie que la procédure du droit positif, que l'on désigne comme « coutume » n'est aucunement — pas plus que l'acte législatif — la simple constatation déclarative d'une norme déjà existante, mais qu'elle est une procédure créatrice de droit et qu'elle a donc un caractère constitutif ; cela à tout le moins dans le domaine du droit positif. Mais c'est ce droit positif qui compte seul du point de vue d'une théorie scientifique du droit. Car seul le droit positif peut faire l'objet d'un contrôle objectif. Le droit qui ne serait pas du droit positif ne pourrait être l'objet que de désirs subjectifs ou de jugements de valeur également subjectifs. Le caractère créateur de l'acte que la théorie du droit objectif caractérise comme « constatation » consiste en ce que cet acte seul peut conférer à une norme existante quelque part — pour employer le langage de cette théorie du droit objectif — le caractère d'une norme juridique positive. C'est uniquement par ce processus qu'on qualifie à tort de « constatation » que la norme devient ce qu'elle est dans la réalité du droit, et qu'elle acquiert ce qui seul lui confère un caractère réel. Le caractère d'une norme obligatoire, aux yeux du juriste. Peu importe de ce point de vue que la norme, qui entre ainsi dans le domaine du droit positif, concorde ou non avec son prétendu fondement, avec son modèle transcendant, c'est-à-dire avec la norme qu'on prétend préexister dans la « conscience sociale du groupe », avec le droit objectif. Et comment d'ailleurs une telle concordance pourrait-elle être vérifiée ? Or, en

ment impossible de voir dans le fait même de la coutume autre chose qu'une vraie procédure de création du droit ; j'en ferai l'analyse de cet état de fait dans la suite.

Si l'on veut définir la notion de coutume, il faut d'abord constater que le terme « coutume » est équivoque. Il signifie premièrement un *état de fait créé* de normes et deuxièmement la *norme créée* par cet état de fait, la norme coutumière. Du point de vue de la théorie des sources du droit, c'est-à-dire de la création du droit international, c'est la coutume en tant qu'état de fait créateur de droit qui nous intéresse.

D'après la théorie dominante, cet état de fait nommé « coutume » se compose de *deux éléments* essentiels : d'un élément matériel ou objectif et d'un élément psychique ou subjectif. L'élément matériel ou objectif consiste en la répétition prolongée et constante des mêmes actes extérieurs. La conduite constituant la coutume peut être un acte positif, soit une action, ou un acte négatif, soit une abstention. C'est pourquoi on parle d'une coutume active et d'une coutume passive.

L'élément psychique ou subjectif consiste en ce que les individus constituant par leurs actes la coutume doivent être convaincus qu'ils exécutent par leurs actes une norme déjà en vigueur, qu'ils remplissent un devoir ou exercent un droit ; en d'autres termes, il faut que ces actes se présentent avec la prétention subjective d'avoir lieu en application de normes, soit pour l'exécution d'obligations, soit pour l'exercice de droits. C'est l'élément qui correspond, en droit coutumier interne, à ce que la théorie du droit romain appelle *opinio juris sive necessitatis* ; cela veut dire la conviction des individus qu'ils ne sont pas libres mais qu'ils sont obligés ou autorisés à accomplir les actes qui constituent la coutume créatrice du droit ; obligés ou autorisés par une norme supposée comme valable. La théorie dominante est d'avis qu'il s'agit ici (dans cette intention subjective des sujets dont les actes constituent la

l'absence d'une vérification de ce genre, l'hypothèse d'une norme préexistante apparaît dépourvue de toute base scientifique et par suite inadmissible. Il en est ici de même que de la fameuse « chose en soi » des philosophes supposée aux objets de notre expérience. Le « droit objectif » : c'est le droit « en soi ».

La théorie du « droit objectif » est dirigée contre le « volontarisme » juridique qui explique la force obligatoire de la règle de droit par la « volonté des individus qui créent la norme ». C'est la volonté du législateur, de l'organe créateur du droit qui est, d'après la conception volontariste, la cause efficace de la force obligatoire de l'ordre juridique. Cette explication — Il est vrai — est fautive ; car elle ne répond pas à la question : Pourquoi la volonté d'un individu a-t-elle le pouvoir de produire une norme obligatoire ? A cette question il n'y a pas d'autre réponse que le renvoi à une *autre norme*, à une norme supérieure à la norme dont la validité (ou force obligatoire) est en question. Mais cette norme ne peut pas être le « droit objectif » dont l'existence absolue derrière le droit positif est aussi chimérique que l'existence des idées derrière la réalité, ou que l'existence de la « chose en soi » derrière les phénomènes de notre expérience. Cette norme ne peut être — si la connaissance normative doit rester dans les limites du droit positif, c'est-à-dire dans les limites de l'expérience — que la norme fondamentale en tant que norme hypothétique, telle que je l'ai définie.

un élément essentiel à la formation de la coutume. Un arrêt de justice, croit-on, n'est que l'application d'une règle de droit déjà en vigueur. Mais, abstraction faite de ce que cette opinion n'est pas justifiée parce que le jugement judiciaire n'est pas seulement application, mais également création du droit, l'on se sert de règles du droit coutumier créées par la pratique des tribunaux, sans poser la question de savoir si les juges, en appliquant la règle devenue en suite une règle du droit coutumier, étaient convaincus d'appliquer une norme déjà en vigueur.

La Cour permanente de Justice internationale a déclaré, il est vrai, dans l'exposé des motifs de son arrêt du 7 septembre 1927 (Lotus) : « C'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. » La Cour accepte donc la théorie dominante ; toutefois, on chercherait en vain dans les dossiers de la Cour un véritable examen de l'élément psychique d'une coutume qui crée une règle de droit appliquée par la Cour.

Il est très caractéristique qu'un représentant orthodoxe de la théorie dominante qui considère l'élément psychique comme essentiel à la formation de la coutume déclare : « Que l'existence d'une coutume [...] doit être considérée comme prouvée, dès que les actes consécutifs matériels positifs ou négatifs deviennent certains, sans qu'on ait également à prouver l'élément psychologique de l'assentiment de ceux qui, par leurs actes, ont contribué à sa création ; ni même l'élément plus psychologique encore de l'existence de l'*opinio juris sive necessitatis* qui a dû accompagner tout acte positif ou toute abstention coutumière. »¹ Renoncer à la preuve de l'existence de l'élément psychique, cela revient à renoncer à l'existence de cet élément ! Et il faut renoncer à la preuve de l'existence de cet élément psychique parce que la preuve en est pratiquement irréalisable.

Cela signifie que l'organe compétent à appliquer une règle du droit international coutumier est absolument libre de considérer le fait de la répétition prolongée et constante des mêmes actes extérieurs comme suffisant ou non pour constituer une coutume créatrice de droit.

§ 17. *L'élément moral.* — Cette situation explique la tendance de la théorie moderne d'affirmer, à côté ou à la place de l'élément dit *opinio juris sive necessitatis*, un autre élément qui serait essentiel à la formation de la coutume : la coutume doit être conforme à la morale sociale, à la justice ou à l'équité, elle doit correspondre aux besoins sociaux, aux exigences de la communauté internationale, aux nécessités de l'ordre juridique, etc. Pour justifier cette théorie, l'on invoque, entre autres, l'autorité d'un célèbre juriste américain, Story, qui, dans

l'affaire de la « Jeune Eugénie », a déclaré : « Je n'hésite pas à dire qu'il n'est aucune pratique (coutume) en vigueur qui puisse oblitérer la distinction fondamentale du bien et du mal. » Mais, malheureusement, même cette autorité américaine n'était pas en état de déterminer par un critère objectif les notions du bien et du mal. La qualité indiquée, d'être conforme à la morale, à la justice, aux exigences de la communauté internationale, etc., ne peut pas constituer un élément objectif de la formation du droit coutumier. Cette qualité étant l'expression d'un jugement de valeur a, comme tous les jugements de valeur, un caractère purement subjectif. La réponse à la question de savoir si une règle répond ou non à la morale, à la justice, etc., dépend de l'arbitraire absolument libre de celui qui est compétent à l'appliquer. Du point de vue d'une théorie qui se contente de formuler les éléments *objectivement déterminables* de l'état de fait de la coutume, le seul élément essentiel est la répétition prolongée et constante d'actes semblables, positifs ou négatifs, soit le fait que la conduite qui doit être considérée comme obligatoire s'est manifestée par des actes répétés pendant un certain temps.

§ 18. *Fonction idéologique de l'élément psychique.* — Étant donné qu'une preuve objective de l'existence de l'élément psychique dit *opinio juris sive necessitatis* n'est pas possible, et que, par conséquent, l'existence de cet élément, de même que la qualité morale de la coutume, sa concordance avec la justice, dépendent totalement de l'arbitraire de l'organe compétent à appliquer la règle considérée comme une norme du droit coutumier, la théorie qui, en décrivant l'état de fait de la coutume, distingue à côté de l'élément matériel, soit objectif (la répétition d'actes semblables), un élément psychique (*opinio juris*) et un élément moral (concordance avec la justice), soit des éléments subjectifs¹, cette théorie n'a aucune fonction que de *dissimuler* le rôle important, pour ne pas dire dominant, que joue, dans la formation du droit coutumier, l'*arbitraire de l'organe compétent à appliquer le droit*. Cet organe est — surtout pendant la période qui suit immédiatement la naissance de la coutume — un organe créateur du droit dans une mesure beaucoup plus vaste que tout autre organe d'application.

§ 19. *La coutume : création décentralisée du droit.* — Le droit coutumier est caractérisé par le fait que ses normes ne sont pas créées — comme les lois du droit interne — par des organes spécialisés, centraux. Les normes du droit coutumier sont créées par les actes des sujets qui sont à obliger ou à habiliter par ces normes. Les organes créateurs des normes et les sujets assujettis à ces normes sont identiques. Le législateur coïncide — en principe et abstraction faite

1. Séfériades, « Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement », *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, p. 144.

1. La phrase, telle quelle, n'est pas très claire. On peut la reformuler de la façon suivante : « ... la théorie qui, en décrivant l'état de fait de la coutume, distingue à côté de l'élément matériel ou objectif (la répétition d'actes semblables) des éléments subjectifs, à savoir un élément psychique (*opinio juris*) et un élément moral (concordance avec la justice), cette théorie n'a aucune fonction que de *dissimuler*, etc. » (note de l'éditeur).

d'une restriction dont nous parlerons plus tard — avec le sujet de droit. Cela signifie que la formation coutumière du droit est une création *décentralisée*, tandis que la législation est une création centralisée des normes.

§ 20. *Les sujets créateurs du droit coutumier : les États.* — Mais quels sont les *sujets* dont les actes constituent la coutume internationale, l'état de fait créateur de droit international ? D'après la théorie dominante, ce ne sont que les États comme tels qui, agissant par leurs organes compétents à représenter l'État par rapport aux autres États, par leurs organes internationaux, créent le droit international coutumier. L'acte qui fonde la coutume internationale ou qui contribue à la fonder, doit être accompli par l'organe compétent d'un État (ou d'une autre communauté juridique assimilée à l'État) et doit se rapporter à un autre État. Il doit donc s'agir — d'après la théorie dominante — d'une coutume des États ou, du moins, des communautés juridiques, qui, au cours des temps, ont participé à côté des États à la création du droit international, et qui ont ainsi acquis par coutume la capacité de jouer le rôle de sujets de la création du droit international.

À l'origine ce furent seulement les États, et l'ancien droit international coutumier n'a sans doute été créé que par des États. Mais, à côté des États, l'Église catholique est devenue un organe de création de droit international, parce qu'on vit des États conclure avec elle des traités qui devinrent par coutume des traités de droit international. L'Église a acquis par coutume le droit (la capacité juridique) de conclure des traités internationaux. Depuis lors, on peut la considérer aussi comme un organe du droit international coutumier. La coutume l'a faite organe créateur de droit international coutumier aussi bien que conventionnel.

§ 21. *Les sujets créateurs du droit coutumier : organes intérieurs des États et communautés d'États.* — Mais ce ne sont pas seulement les États et l'Église catholique qui sont capables de créer, par les actes de leurs organes internationaux, le droit international coutumier. D'une part, ce droit peut être constitué par les actes d'autres organes étatiques que des organes internationaux. D'autre part, il y a d'autres communautés juridiques que l'État et l'Église catholique qui participent à la formation du droit international coutumier.

En ce qui concerne le premier point, il faut constater que certaines règles du droit international coutumier ont été créées par l'activité spécifique des organes qui n'étaient point du tout compétents à représenter l'État par rapport aux autres États, par l'activité spécifique des *organes intérieurs* des États. Exemple : les règles du droit international coutumier concernant le traitement des étrangers. C'est un droit créé dans une grande mesure par la pratique intérieure des États, c'est-à-dire par des actes étatiques posés par les organes législatifs, judiciaires et administratifs des États. Les règles du droit international coutumier relatives à la situation juridique des étrangers sont

également l'exemple d'un droit coutumier, à la formation duquel l'élément psychique, l'*opinio juris sine necessitate*, n'est évidemment pas essentiel. En garantissant aux étrangers ce minimum de droit qui forme actuellement le contenu du droit international des étrangers, le législateur étatique n'avait pas l'intention de remplir une obligation déjà existante du droit international.

En ce qui concerne le deuxième point, à savoir l'affirmation qu'il y a d'autres communautés juridiques que l'État et l'Église catholique qui participent à la formation du droit international coutumier, il faut reconnaître que certaines communautés d'États, comme par exemple la Société des nations, ont la capacité de constituer par les actes de leurs organes une coutume internationale créatrice de droit. Ainsi la pratique du Conseil et de l'Assemblée de la Société des nations a modifié par voie de coutume le statut de la Société des nations.

Ce sont surtout les *tribunaux internationaux* qui, en tant qu'organes des communautés d'États, créent par leurs décisions du droit international coutumier. La jurisprudence internationale est une des sources les plus importantes du droit coutumier.

§ 22. *Les sujets créateurs du droit coutumier : les individus.* — Les *individus* ne sont pas, ou pas encore, organes de création du droit international, ni coutumier ni contractuel. Cela est parfaitement conciliable avec l'idée que les individus peuvent se voir imposer ou conférer, par les normes internationales créées par les États, des obligations ou des droits internationaux. La règle de droit international qui défend la piraterie, par exemple, et qui autorise les États à procéder, même en pleine mer, en dehors de leurs propres navires, à des mesures de contrainte contre les pirates, établit l'obligation juridique pour tous les hommes de s'abstenir de la piraterie. Cette règle a été créée par des actes des États : des États avaient coutume de faire certains actes de contrainte contre les pirates, même en dehors de leurs propres navires ; les autres États, en particulier l'État dont le pirate est le ressortissant, ont toléré ces actes de contrainte contre les pirates.

Des particuliers reçoivent, par un traité conclu entre deux États, la faculté de plaider — en tant qu'individus — devant les tribunaux internationaux, et deviennent de ce fait sujets de droits internationaux. Comme tels, ils participent à la création de la norme de droit international qui posera le tribunal. Ils sont donc un organe de création de droit international, mais non pas organe de création du droit international coutumier, ou du droit international conventionnel. Ils participent à la création de normes internationales individuelles, posées en vertu d'un traité par des organes internationaux, posées de la même manière de laquelle¹, en droit interne, les tribunaux étatiques créent du droit par leurs

1. Lire : « de la même manière que... » (note de l'éditeur).

jugements. Kopelmanas a récemment publié une étude¹ où il parle des individus « as agents in the formation of international custom ». En se basant sur une publication du Professeur Hamel concernant les formes internationales des crédits bancaires², il affirme l'existence des règles du droit international coutumier, concernant certaines formes des crédits bancaires, règles créées par la pratique constante des banquiers, donc des particuliers ou de leurs organisations privées. Mais ses explications ne sont pas convaincantes. Il ne peut pas prouver l'existence de ces règles en tant que règles de droit international.

Parmi les faits créateurs de la coutume rentre aussi l'activité scientifique et consultative des *théoriciens du droit international* ; les vues des juristes connus contribuent très efficacement à la création du droit international coutumier. Ce ne sont cependant pas les représentants de la science juridique internationale qui décident si une règle de droit international est née par coutume, mais les instances qui ont été instituées par le droit international pour l'appliquer lui-même.

§ 23. *Le droit international coutumier ne vaut-il que pour les États qui ont participé à la création de la coutume ?* — De la plus haute importance est la question de savoir si *tous les États*, pour lesquels la norme créée par la coutume est valable, doivent ou non avoir *participé à sa création* par des actes contribuant à la créer. La théorie traditionnelle affirme qu'une règle du droit international coutumier ne vaut que pour les États qui — expressément ou tacitement — ont fait partie à la formation de la coutume créant cette règle. Étant donné que toutes les règles du droit international général sont du droit coutumier, et que le droit international général vaut — par définition — pour tous les États de la communauté internationale, il faudrait prouver que tous les États ont participé à la formation coutumière de toutes les normes du droit international général.

Il n'y a pas de doute qu'une telle preuve n'est pas possible et que la thèse de la théorie dominante ne peut être maintenue que par des fictions inadmissibles. Une règle du droit coutumier est une règle du droit international général si le sens subjectif de cette règle est d'obliger tous les États de la communauté internationale. Mais la pratique des États n'exige pas, quand on affirme l'existence d'une règle de droit international général coutumier, la preuve que tous les États ont participé à cette coutume. Il faut d'abord écarter les États qui n'étaient pas du tout en mesure d'appliquer la règle de droit. Lorsqu'il s'agit, par exemple, d'une norme du droit international maritime, on écartera les États qui ne sont pas riverains de la mer. Pour ces États, il suf-

fit, dit-on, qu'ils n'aient pas contredit la norme affirmée par d'autres États. C'est naturellement une fiction, que de voir dans ce fait un consentement ou une reconnaissance *tacite* ; une fiction qui se trouve, comme toute affirmation d'une reconnaissance *tacite*, au service de la théorie, qui veut voir dans les traités le seul moyen de création de droit international. On est généralement d'accord pour reconnaître qu'un État qui n'aurait jamais eu l'occasion d'appliquer une norme du droit international coutumier général, par exemple une norme du droit maritime, dans la période où cette norme n'était pas encore définitivement constituée mais n'était encore qu'en voie de formation, qu'un tel État n'en sera pas moins lié par cette norme coutumière déjà constituée, dès la première occasion qu'il aura de l'appliquer ; ainsi dans le cas, par exemple, où l'État sans côtes il serait devenu un État riverain ; il sera alors lié par cette norme coutumière, encore qu'il n'ait, à aucun moment, « reconnu », c'est-à-dire consenti directement ou indirectement à son application. Il ne dépend pas de lui de se soustraire à la validité de cette norme. Mais, même pour les États qui ont eu l'occasion d'appliquer la norme en question, on ne demandera pas sérieusement la preuve qu'ils l'ont appliquée effectivement, dans tous les cas où elle aurait dû l'être. Il arrive très souvent qu'un État s'en rapporte à une règle du droit coutumier, sans pouvoir prouver qu'il a lui-même coopéré à la formation de la coutume constituant cette règle. C'est avant tout la pratique des tribunaux internationaux qui est décisive. En appliquant une règle du droit international coutumier, ces tribunaux n'examinent pas si l'État, pour ou contre lequel la règle en question doit être appliquée, a pris part à la création de cette règle par voie de coutume. Ils n'examinent même pas si cet État a reconnu tacitement la règle à appliquer.

§ 24. *Le rôle des États importants et des États nouveaux.* — De fait, pour considérer une norme comme applicable dans la pratique des États en qualité de norme de droit international coutumier, on se contente qu'elle ait été appliquée ou reconnue, dans de nombreux cas, par les *États les plus importants* par leur grandeur et leur culture pour le développement du droit international, et qu'elle soit considérée comme règle de droit par des théoriciens éminents. Certains auteurs réputés (par exemple Oppenheim) sont même d'avis que, pour devenir une coutume créatrice de droit, l'usage ne doit pas nécessairement avoir été prolongé. Le droit international général coutumier peut naître d'un usage qui ne serait manifesté que dans un nombre restreint de cas. Cela signifie qu'il peut suffire qu'un nombre restreint d'États — mais de quelque importance — ait pris part à la formation du droit international général coutumier.

Il faut également que l'*État nouvellement né* soit lié par les normes ou tout au moins par certaines normes du droit international général, nées coutumièrement avant qu'il n'existât, bien qu'il n'ait pas participé à la coutume créatrice du droit. Il en est de même pour les hommes qui sont nés au milieu

1. Kopelmanas, *Custom as a Means of the Creation of International Law*, *British Year Book of International Law*, vol. 18, 1937, p. 127 et s.

2. Hamel, « Les formes internationales des crédits bancaires », *Revue des cours de l'Académie de droit international*, vol. 51, 1935, t. I, p. 207 et s.

di un ordre étatique établi par la coutume : ils ont des obligations et des droits en vertu des normes de cet ordre, sans avoir collaboré par leurs actes à la création des normes en question. Sans doute, le changement des membres qui composent la communauté n'est pas si rapide en droit international qu'en droit interne. Mais beaucoup d'États qui ont créé les normes du droit international général actuellement en vigueur n'existent plus. À leur place, de nouveaux États se sont constitués, et cela après la naissance des normes du droit international général. Ces États n'ont donc pu prendre aucune part à la création des normes qui les lient.

§ 25. *Reconnaissance et création d'une norme.* — Même si on voulait accepter la fiction impossible, que l'État nouvellement né doit reconnaître les normes du droit international général, pour être tenu par elles, il n'en resterait pas moins que le nouvel État n'a pas participé à la coutume qui a créé la règle de droit. Il n'aurait pas à contribuer à créer des normes de droit international, mais, pour ce qui le concerne, à reconnaître le droit déjà achevé. Il y a une différence essentielle entre la création d'une norme et la reconnaissance d'une norme déjà créée par d'autres sujets. La nécessité prétendue de reconnaître une norme afin qu'elle soit valable, n'a rien à voir avec la création coutumière de cette norme. La fiction de la reconnaissance du droit international général de la part des États soumis à ce droit sert à maintenir l'idée de la souveraineté des États selon laquelle un État ne peut être obligé que par sa propre volonté.

§ 26. *Le droit coutumier obligatoire pour les États qui n'ont pas participé à la création de la coutume.* — Or, la notion du droit international coutumier, qui s'est formée au contact du droit coutumier interne, ne dit pas que toutes les personnes assujéties à la norme doivent avoir collaboré à la coutume, qui a abouti à la naissance de cette norme. Étant donné qu'un État nouvellement créé est lié par les normes du droit international coutumier général qui ont pris naissance avant son avènement et à la formation desquelles il n'a pas contribué, on pourrait même concevoir une situation où le droit international coutumier général s'appliquerait uniquement à des États qui n'auraient pris aucune part à sa formation. Cette situation pourrait se présenter si tous les États qui ont concouru par leurs actes à la formation du droit international coutumier général venaient à disparaître et étaient remplacés par des États nouveaux.

§ 27. *Le droit coutumier en tant que droit conventionnel.* — Il s'ensuit qu'il est absolument impossible de ramener le droit international coutumier général, et par conséquent le droit international dans son ensemble, au *libre consentement* des États que ce droit oblige ; à moins qu'on ne recoure, dans ce but, à la fiction grossière d'un consentement tacite, indirect, voire inconscient, ainsi qu'on ne l'a fait que trop souvent malheureusement dans le domaine de la théorie du droit international. Point n'est besoin de discuter longuement une

telle méthode. La théorie du droit interne, qui y avait eu recours jusqu'au début du XIX^e siècle, a renoncé depuis longtemps à s'en servir pour expliquer le caractère obligatoire de l'ordre juridique interne pour les individus qui lui sont soumis. Il est typique pour cette méthode qu'on le fait intervenir chaque fois qu'il s'agit de sauvegarder, du moins en apparence, une certaine idéologie individualiste qui se manifeste, en droit international, dans le dogme de la souveraineté de l'État ; s'il s'agit d'affirmer cette idéologie en dépit des réalistes contraires du droit positif.

1. Ainsi, par exemple, L. Oppenheim, « Zur Lehre vom internationalen Gewohnheitsrecht », *Niemeyers Zeitschrift für internationale Recht*, vol. 25, 1915, p. 1 et s. Bien qu'Oppenheim parte du principe précédemment énoncé et bien qu'il définisse le droit international général coutumier comme une règle que « tous les membres de la communauté des États ont reconnue par voie de coutume », c'est-à-dire comme une règle qui est créée par des actes de tous les États, il conteste cependant formellement qu'il faille établir, dans chaque cas particulier, « que chacun des membres de la communauté des États a reconnu la règle par voie de coutume. Si tel devait être le cas, il n'y aurait que très peu de règles que l'on puisse considérer comme rentrant dans le droit international général ; car il serait impossible d'établir que tous les membres de la communauté sont effectivement soumis à la règle en question ». Il pose donc le principe suivant : « Une règle est une règle du droit international coutumier si tous les États qui ont eu jusque-là l'occasion de l'appliquer l'ont reconnue par voie de coutume, et si le nombre et l'importance de ces États sont tels qu'il y a lieu d'admettre que la règle en question répond à des intérêts impérieux de la communauté des États tout entière. » Il est clair que la seconde condition ne concorde pas ici avec la première. Car ou bien ce sont tous les États qui ont eu jusque-là l'occasion de l'appliquer qui doivent reconnaître cette règle, ou bien seulement les plus importants de ces États. Il est d'ailleurs évident que ce sont seulement les plus importants de ces États qui comptent ici ; il suffit que ceux-ci aient reconnu la règle par voie de coutume. Et il est dès lors évident qu'il ne saurait être sérieusement question que tous les États la reconnaissent. Il est donc superflu d'ajouter que le nombre et l'importance des États qui créent la coutume par leurs actes doivent être assez grands pour qu'on puisse admettre l'existence d'un intérêt impérieux de la communauté internationale tout entière. Car on pourra toujours l'admettre, dès que quelques États importants auront participé à la création d'une règle du droit coutumier. Cette existence d'un intérêt impérieux de la communauté internationale tout entière, on ne l'invoque du reste ici que pour créer l'apparence d'un consentement unanime, lequel n'existe pas en fait si ce ne sont pas tous les membres qui ont participé à la création d'une norme du droit international général coutumier ne doit du reste pas être nécessairement très grand, d'après Oppenheim. Car il soutient l'idée qu'« il est impossible de fixer la durée pendant laquelle un usage international doit avoir été observé pour valoir comme coutume ». Et il est donc possible, selon lui, de parler dans certains cas d'une coutume internationale, dès cas où l'usage fut observé restreint ». Mais dire que le nombre nécessaires pour qu'une règle puisse être considérée comme étant une règle du droit coutumier général, à savoir que « tous les États qui ont eu jusque-là l'occasion de l'appliquer l'aient reconnue par voie de coutume », Oppenheim ne la formule sans doute que pour pouvoir rendre compte des faits suivants : 1 / Un État qui n'aurait pas eu l'occasion jusque-là d'appliquer une règle coutumière en voie de formation, et qui à l'occasion de l'appliquer après qu'elle s'est définitivement constituée, sera lié par cette règle encore qu'il ne l'ait point reconnue. 2 / Il n'est pas nécessaire qu'un État nouvellement formé ait reconnu les règles du droit international coutumier général créées avant son avènement pour que ces règles soient obligatoires pour lui.

Ce n'est d'ailleurs que pour le second de ces cas, et non pas pour le premier, qu'Oppenheim fait intervenir la fiction d'une reconnaissance tacite des normes au droit international général créées avant l'avènement de l'État nouvellement formé.

Il résulte ainsi du propre exposé d'Oppenheim, que le droit international coutumier général est valable, même sans participation ou reconnaissance de leur part, pour les catégories suivantes

Tout cela montre que la tentative d'interpréter la coutume en droit international comme un *traité tacitement conclu* entre tous les membres de la communauté internationale, et par conséquent de présenter tout droit international comme un droit conventionnel, que cette tentative se révèle une fiction, en contradiction évidente avec la réalité du droit international positif. La coutume créatrice de droit international n'est pas un traité, car elle naît aussi sans la participation d'États qui sont liés par la norme coutumière, c'est-à-dire qui ont par elle des droits ou des obligations.

§ 28. *La théorie du droit coutumier et le dogme de la souveraineté.* — La fiction qui cherche à présenter le droit international coutumier comme un *droit conventionnel*, a sans contredit — comme tant de fictions recues — des motifs politiques. C'est le *dogme de la souveraineté* qui doit être maintenu par la fiction du caractère conventionnel de la coutume, comme par la fiction de la reconnaissance nécessaire du droit international par l'État nouveau.

d'États : 1 / Les États de moindre importance, et dans certains cas même les États les plus importants, ainsi quand la coutume est née d'un usage observé seulement par quelques autres États importants (« la où l'usage n'a été observé que dans un petit nombre de cas ») ; 2 / tous les États qui ont pris naissance après la création de la règle ou qui n'ont eu l'occasion de l'observer qu'après sa création.

Il est compréhensible qu'en présence de ces faits Oppenheim ait cru devoir recourir, pour maintenir son dogme selon lequel le droit international reposeait tout entier sur le libre consentement des membres de la communauté internationale, à la notion d'un consentement « tacite », « indirect », voire « inconscient ». Tout cela pour pouvoir maintenir les apparences de la souveraineté des États.

Et en fin de compte Oppenheim se voit quand même obligé de renoncer à la conception si généralement éditée, d'un droit international fondé uniquement sur la libre volonté des parties, autrement dit, sur la souveraineté des États. Et il faut bien qu'il y renonce pour peu qu'il admette en général l'existence d'un droit international, c'est-à-dire d'un droit objectif indépendant de la volonté des sujets qu'il oblige. C'est ainsi qu'Oppenheim critique l'objection, pourtant fondée, selon laquelle, si le droit international ne reposait que sur le libre consentement des États particuliers, ceux-ci pourraient en tout temps retirer leur consentement et mettre fin, en ce qui les concerne, à la validité du droit international. Cette objection tomberait, selon Oppenheim, parce que « le droit international est un produit de la communauté des intérêts des États civilisés ». Or, dans la théorie fondamentale d'Oppenheim le droit international était jusque-là un produit de la volonté des États particuliers (« la volonté de tous », pour parler avec J.-J. Rousseau), et non pas d'une « communauté d'intérêts » distincte de cette volonté. Cette « communauté d'intérêts » n'est autre chose, sans doute, que la volonté collective (la « volonté générale » de Jean-Jacques). Oppenheim abandonne complètement son point de vue antérieur quand il dit ensuite : « Cette communauté d'intérêts est tout à fait indépendante de la volonté des États, elle est plus forte que la volonté des États particuliers et les oblige à consentir à la création de règles juridiques. » Or, ce passage est en contradiction absolue avec la thèse qu'Oppenheim soutient quelques lignes plus haut, et où il dit : « Des États souverains ne sauraient être liés par une règle que s'ils s'y sont soumis volontairement. Le droit international repose tout entier sur le libre consentement de la communauté internationale » ; et il est en contradiction également avec la conception selon laquelle « le droit international n'est pas un droit supratatique mais un droit intratatique ». Ces conceptions — qui sont l'expression d'un individualisme radical (dans les relations intratatiques) — étant inconciliables avec les réalités du droit international positif telles qu'Oppenheim les établit lui-même, il les a laissées tomber pour leur substituer une construction universaliste. La « communauté d'intérêts » complètement indépendante de la volonté des États, qui est plus forte que la volonté des États particuliers et qui les oblige à consentir, c'est-à-dire qui les force à donner leur « libre » consentement à la création et, par conséquent, à la validité de normes juridiques, qu'est-ce, au fond, sinon l'expression native de la validité objective d'un ordre juridique international supérieur aux États particuliers, et dont Oppenheim avait cru pouvoir nier l'existence au début de son exposé.

§ 29. *La règle pacta sunt servanda comme norme fondamentale du droit international.* — Si on doit considérer le droit international coutumier et le droit international conventionnel, deux complexes de normes juridiques constitués non seulement différents, et même deux degrés différents de l'ordre juridique international, il faut également écarter la tentative de voir la *norme fondamentale* du droit international dans la *règle pacta sunt servanda*. C'est surtout le célèbre juriste italien Anzilotti qui soutient la thèse : la norme fondamentale du droit international, c'est la *règle pacta sunt servanda*. Mais cette règle ne peut pas être la norme fondamentale du droit international tout entier, car elle ne peut pas servir à fonder le droit international coutumier. L'état de fait créateur de droit, que l'on appelle « coutume », est très différent de l'état de fait créateur de droit nommé « conclusion d'un traité ». La *règle pacta sunt servanda* est — tant en droit international qu'en droit interne — une règle du droit créée par la coutume. Il y avait, en droit interne de même qu'en droit international, des périodes où cette règle n'était pas encore en vigueur. Il existe en droit international comme en droit interne des normes qui sont beaucoup plus anciennes que la *règle pacta sunt servanda*. De plus, on peut imaginer facilement un ordre juridique qui ne connaît point du tout cette règle qui, en droit interne, est à la base des relations économiques des individus, et qui fonde en droit international une grande partie des rapports interétatiques. Un ordre juridique socialiste qui ne reconnaît pas la propriété privée, ou un ordre juridique strictement autoritaire qui réglemente tous les rapports entre les sujets par des commandements, c'est-à-dire par des normes édictées unilatéralement de la part des autorités supérieures aux sujets, peut renoncer à toute possibilité de régler les relations entre les individus par des contrats.

§ 30. *La théorie du « contrat social » en droit international.* — La théorie selon laquelle la *règle pacta sunt servanda* est la norme fondamentale du droit international n'est que la nouvelle édition d'une théorie, abandonnée depuis longtemps en droit interne, de la *théorie du contrat social*. Car le sens véritable de cette théorie, c'est la tentative de fonder l'ordre étatique, c'est-à-dire le droit interne sur la *règle pacta sunt servanda* d'expliquer la force obligatoire de l'ordre juridique de l'État par la volonté des individus qui sont obligés par cet ordre, par la « volonté de tous » de J.-J. Rousseau. Mais déjà Rousseau n'était pas en état de maintenir cette construction ou, plutôt, cette fiction individualiste : il était obligé à compléter son système par la conception de la volonté générale, entièrement incompatible avec celle de la volonté de tous, incompatible avec l'idée du contrat social. De même, la doctrine moderne du droit international, dont la théorie d'Oppenheim n'est qu'un exemple typique, incapable de maintenir la conception individualiste, selon laquelle le droit

1. Anzilotti, *Cours de droit international*, vol. 1, 1929, p. 66 et s.

international repose sur le libre consentement de tous les membres de la communauté internationale, essai de compléter cette conception par l'idée d'un intérêt commun de la communauté internationale, distinct des volontés des États particuliers et plus fort que ces volontés, d'un intérêt commun qui « force » les États à donner leur « libre consentement » à la validité du droit international. Le parallélisme entre cette théorie du droit international et la théorie du « Contrat social » saute aux yeux. Car c'est Rousseau qui dit dans son « Contrat social » que la volonté générale peut — s'il est nécessaire — forcer les sujets d'être libres¹. La volonté générale fait disparaître la volonté de tous et supprime ainsi l'idée du contrat social, qui n'est qu'une autre expression de la règle *pacta sunt servanda* en tant que norme fondamentale de l'État.

1. *Contrat social*, I, 7 : « [...] que quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps : ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera d'être libre [...] »

III

La théorie juridique de la convention*

Cette étude se borne à exposer les problèmes les plus importants d'une théorie juridique du contrat, à savoir du point de vue de la théorie pure du droit. Le problème sociologique du contrat reste en dehors de la discussion.

Par le terme « contrat » on désigne un phénomène du droit interne. Mais le même phénomène existe également — sous le nom de « traité » — en droit international. Ce sont, en principe, les mêmes problèmes qui se posent dans les deux cas. C'est pourquoi l'exposé qui suit se réfère en même temps au contrat du droit interne et au traité du droit international. J'ai choisi comme terme commun le mot « convention ».

§ 1. D'après la définition traditionnelle la convention est l'accord des volontés de deux ou plusieurs sujets en vue de produire un effet juridique, c'est-à-dire de créer ou d'abolir une obligation et le droit subjectif correspondant à cette obligation. Si la théorie traditionnelle ne voit dans la convention qu'un acte juridique (dans le sens du terme allemand *Rechtsgeschäft*), elle ne la considère que sous l'angle de l'application du droit, de l'exécution des normes. En concluant une convention les sujets appliquent une règle de droit — la règle *pacta sunt servanda* — à une situation concrète ; ils se servent de cette norme pour régler leurs rapports réciproques. L'effet de l'acte juridique est, d'après cette théorie, une modification dans la sphère des droits subjectifs ; le droit objectif — c'est-à-dire l'ordre juridique considéré comme système de normes — reste inchangé.

En ne considérant la convention que comme un acte juridique, la théorie n'est pas en mesure de saisir l'essence du phénomène juridique en question sous tous ses aspects. Une fonction de la convention qui est de la plus haute importance est complètement négligée : la fonction de création du droit.

* *Archives de philosophie du droit (APP)*, 1940, p. 33-70.

H. KELSEN,
« THÉORIE DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER »

Florian COUVEINHES-MATSUMOTO

Associé à l'IHEI

*Maître de conférences en droit public à l'Ecole Normale Supérieure,
Université de recherche Paris Sciences et Lettres,
membre du Centre de Théorie et d'Analyse du Droit (UMR CNRS 7074)*

Hans KELSEN,
« Théorie du droit international coutumier » (1939)

*« If we wash our hands of the conflict
between the powerful and the powerless,
we side with the powerful –
We don't remain neutral. »*

BANKSY

La théorie du Droit international coutumier de Hans Kelsen ne se comprend qu'à la lueur de l'ensemble de sa théorie du Droit international, et même de sa théorie du Droit tout court. En effet cet aspect de sa théorie du Droit n'en constitue pas seulement un élément ; elle en est, à bien des égards, la clef de voûte. Certes, « [...] dans l'ensemble de l'œuvre de Kelsen les problèmes posés par la coutume tiennent une place fort modeste »¹. Néanmoins, son importance et les liens étroits qu'elle entretient avec la théorie de la « norme fondamentale » sont fortement soulignés dans le seul texte qu'il a exclusivement consacré au Droit international coutumier : son article, publié en 1939, et justement intitulé « Théorie du droit international coutumier »².

¹ H. THÉVENAZ, « A propos de la Coutume », in S. ENGEL, R.A. MÉTALL (eds.), *Law, State and International Legal Order – Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville, préf. de S. Engel, University of Tennessee Press, 1964, p. 325.

² H. KELSEN, « Théorie du Droit international coutumier » [initialement publié dans la *Revue internationale de théorie du Droit* co-fondée par Kelsen, 1939, vol. X, pp. 253-274], in *Ecrits*

Ce texte appartient à cette partie de l'œuvre de Kelsen qui relève explicitement de la *théorie du Droit international*³ et se situe ainsi à l'intersection de ses travaux de *théorie du Droit* (travaux qu'on peut dire « généraux » en ce sens qu'ils ne portent pas sur une branche spécifique du Droit)⁴, et de travaux plus « doctrinaux » relatifs au *Droit international*. Dans ses travaux de théorie du Droit international comme dans ses travaux généraux de théorie du Droit, les principaux thèmes abordés sont clairement ceux des « sources » du Droit, de « l'effectivité » des normes, de l'Etat (sa formation, sa reconnaissance, sa soumission au Droit, etc.) et des effets attribués aux règles internationales par les fonctionnaires nationaux. Dans ses travaux « ordinaires » de Droit international (ses travaux dont l'intitulé n'insiste pas sur leur caractère théorique), la plupart des pages écrites sont consacrées au Droit du recours à la force, et aux deux organisations mondiales successivement établies afin de l'encadrer⁵. D'une manière générale, lorsqu'il s'intéresse au Droit international, Kelsen délaisse largement l'étude du contentieux international et de ses règles, les questions de responsabilité⁶, la place du Droit international

français de Droit international, éd. et préf. de Ch. LEBEN, Paris, PUF, coll. *Doctrines juridiques*, 2001, pp. 61-84. L'article est cité *TDIC* dans les notes.

³ Comme ses deux cours à l'Académie de Droit international de La Haye en 1932 et 1953, respectivement intitulés « *Théorie générale du droit international public – Problèmes choisis* » et « *Théorie du droit international public* », et ses articles « *La théorie juridique de la convention* » et « *Contribution à la théorie du traité international* ».

⁴ Et dont les trois sommets les plus remarquables sont la *Théorie générale du Droit et de l'Etat* (trad. de la *General Theory of Law and State* (Russell & Russell Publishers, New York, 1945, elle-même traduite par A. Wedberg de l'original écrit par Kelsen en allemand aux Etats-Unis) par B. Laroche, intr. S. L. Paulson, Paris, LGDJ, coll. *La pensée juridique*, 1997, 517 p.), qu'on écrira par la suite *TGDE*, la *Théorie pure du droit* dans sa seconde édition (trad. de la *Reine Rechtslehre* (2nd éd., Verlag Franz Deuticke, Vienne, 1960) par Ch. Eisenmann, avt-propos, préf. à la 1^{ère} et à la 2nd éd. de H. Kelsen, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, coll. *La pensée juridique*, 2010 [1^{ère} éd. en langue fran. : 1962], 367 p.) qu'on citera *TPD*, et la *Théorie générale des normes* (trad. de la *Allgemeine Theorie der Normen* (Vienne, Manz, 1979 (posthume)) traduite par O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, coll. *Léviathan*, 1996, X-604 p.), qu'on citera sous l'acronyme *TGN*.

⁵ V. en particulier ses ouvrages *The Legal Process and International Order*, London, Constable & Co Ltd., coll. *The New Commonwealth Institute Monographs*, 1935, 30 p. ; *Law and Peace in International Relations-The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1942 (second printing : 1948), 181 p. ; *Peace through Law*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1944, XII-155 p. ; *The Law of the United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, London, Stevens, coll. *The Library of World Affairs*, 1951 (second tirage : 1954), XVII-994 p. (comprenant, pp. 909-994, le supplément *Recent Trends in the Law of the United Nations – A Supplement to The Law of the United Nations*, 1951), ainsi que *Collective Security under International Law*, Washington, U.S. Govt. Printing Office, coll. *International Law Studies*, 1957, VI-275 p. En langue française, v. également les articles qu'on trouve dans la quatrième partie (*Organisation internationale et maintien de la paix*) des *Ecrits français de Droit international*, édités par Ch. LEBEN (*op. cit.*, pp. 221-305).

⁶ Sur ces deux derniers thèmes, Kelsen a écrit deux articles : « *Collective and Individual responsibility in International Law with Particular Regard to Punishment of War Criminals* »,

dans les relations interétatiques concrètes (diplomatiques ou commerciales par exemple), et le Droit matériel positivement établi (en dehors de la question spécifique du recours à la force). Ce qui est notablement mis de côté, c'est donc la *pratique* contentieuse et non-contentieuse des Etats et des juges internationaux et nationaux, et de ce point de vue, son œuvre dans le domaine du Droit international apparaît dans son ensemble plus théorique ou déductive qu'inductive⁷.

Une approche essentiellement théorique ou déductive du Droit est nécessairement une approche critique des énoncés généralement reconnus comme formulant le Droit en vigueur, ou de la manière dont ils sont traditionnellement interprétés. C'est le cas des articles théoriques de Droit international de Kelsen, mais leur double objectif *critique et prospectif* n'est pas une caractéristique qui leur est propre ; c'est une caractéristique de l'œuvre kelsénienne toute entière, et notamment de sa théorie générale du Droit. Certes, la démarche de Kelsen est censée être « pure », c'est-à-dire caractérisée par le seul souci d'assurer « une connaissance du Droit », par la tentative de ne dire « en aucune façon [...] comment le Droit devrait ou doit être ou être fait. D'un mot [, il entend ne pas faire] de politique juridique »⁸. Mais en même temps, dès *Das Problem des Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* par exemple, Kelsen affirme que son travail s'inscrit dans une « tendance réformatrice »⁹. Kelsen répondrait certainement à cette remarque que ce qu'il cherche à « réformer » est le travail des universitaires, et non celui des politiques, des juges ou des citoyens. Mais c'est évidemment un tour de passe-passe. Même s'il n'existait aucune porosité entre les discours « savants » et « positifs », l'ensemble de l'œuvre de Kelsen vise clairement à modifier le Droit en vigueur à son époque, afin qu'il reflète, dans ses formulations positives,

California Law Review, 1943, vol. 31, pp. 530-571, et « Compulsory Adjudication of International Disputes », *AJIL*, 1943, vol. 37, pp. 397-406. Mais ceux-ci contiennent des propositions (juger les criminels de guerre, juridictionnaliser les relations internationales) plutôt que l'étude approfondie des énoncés normatifs généralement reconnus comme formulant le Droit en vigueur.

⁷ Insistant sur l'aspect théorique de la doctrine kelsénienne relative au Droit international, v. F. RIGAUD, « Kelsen et le droit international », *RBDI*, 1996, vol. 29, n°2, p. 380 et la note 1.

⁸ *TPD*, p. 9 (c'est-à-dire la première page de l'ouvrage une fois passés l'avant-propos et les préfaces).

⁹ H. KELSEN, *Das Problem des Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1920, p. VI. Sur l'adoption par Kelsen d'une terminologie et de concepts visant spécifiquement à autonomiser le travail des enseignants-chercheurs en Droit de celui des autres enseignants-chercheurs, et sur leur usage par Kelsen dans un but critique, v. par ex. J. VON. BERNSTORFF, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen – Believing in Universal Law*, trad. de Th. Dunlap, Cambridge, Cambridge University Press, coll. *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, 2010 [1^{ère} éd. en langue allemande : 2001], pp. 44-77.

sa propre conception du Bien¹⁰. D'ailleurs, un titre d'ouvrage appliquant le terme négatif de « problème » à la souveraineté de l'Etat, et au Droit international celui de « théorie », très positif chez Kelsen, est à lui seul tout un programme politique !

D'une manière générale, on peut noter que Kelsen dit toujours dénoncer, plus que les textes énonçant positivement le Droit en vigueur, l'interprétation qui en est donnée par la « doctrine traditionnelle » ou par la « théorie dominante »¹¹. Mais il est facile de voir qu'il critique presque toujours par là ce que non seulement les universitaires, mais également les gouvernements, les parlements, les juges, etc. appellent le Droit conventionnel, le Droit constitutionnel, les décisions de justice, etc. Cette attitude éthico-politique est adoptée par Kelsen dans toutes les branches du Droit en vigueur qu'il aborde. C'est clairement le cas dans ses travaux de Droit constitutionnel, mais cette attitude est peut-être encore plus frappante en Droit international. Pendant toute sa vie, Kelsen a essayé de convaincre le monde politique et juridique de l'opportunité de la mise en œuvre du programme idéologico-politique sous-tendu par sa théorie du Droit international. Il l'a naturellement fait, directement, dans ses articles prospectifs et prescriptifs de Droit international pénal et de Droit du recours à la force armée. Mais il l'a tout aussi bien fait dans les articles qu'il a présentés comme théoriques. Si l'on se déprend un instant de la rhétorique kelsénienne, et que l'on se contente de dégager le *pitch* ou la *punchline* de ses grands articles de Droit international, ce positionnement doctrinal à la fois critique et constructif ressort de manière nette : son article sur les effets des traités à l'égard des tiers¹² a pour point de départ, la contestation de la formule jurisprudentielle de principe de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI)¹³ ; son article sur la « transformation du Droit international en Droit interne »¹⁴ commence par l'affirmation qu'une

¹⁰ Pour quelques précisions sur ce point, v. *infra*, pp. 137-142. Nous consacrerons prochainement un travail à cette conception.

¹¹ V. par ex. *TDIC*, p. 68 §10 (« conception », « théorie »), p. 70 (« hypothèse »), p. 71 (« théorie dominante »), p. 72 (« théorie »), p. 73 (« théorie »), p. 74 (« théorie dominante »), etc., ou dans la *Théorie pure du droit*, pp. 59, 76, 79, note 5, 83, note 10, 88, note 12, etc. V. également *infra* p.146.

¹² H. KELSEN, « Les traités internationaux à la charge d'Etats tiers » [initialement publié dans les *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, t. 2, Liège, Imprimerie G. Thonec, Paris, Recueil Sirey, vol. II, Paris, 1935], in *Ecrits de Droit international, op. cit.*, pp. 167-172.

¹³ Plus loin (p. 171), l'« engage[ment] » pris dans le Traité de Versailles par « les principales puissances alliées et associées », de « négocier les termes » d'« [u]ne Convention » (article 104) est présenté par Kelsen comme une simple « tentative » vouée à l'échec.

¹⁴ H. KELSEN, « La transformation du Droit international en Droit interne » [initialement publié in *RGDIP*, 1936, vol. 43, pp. 5-49], in *Ecrits de Droit international, op. cit.*, pp. 175-217. Sur le même

« conception presque universellement admise [par la doctrine, mais tout autant par les gouvernements et les juges nationaux et internationaux dans leurs décisions] repose toute entière sur des prémisses fausses et aboutit à des conclusions erronées » ; son article sur le principe d'égalité souveraineté vise principalement à rejeter le sens courant de ce principe, énoncé dans une déclaration des Alliés en 1943¹⁵ ; son article sur la Tchécoslovaquie consiste notamment à expliquer que différentes dispositions des traités applicables « sont en contradiction avec la réalité du droit positif »¹⁶, etc. Cette structure des travaux de Kelsen relatifs au Droit international se retrouve dans ses articles et ouvrages commentant des énoncés positifs. Son long article relatif à la révision du Pacte de la Société des Nations commence par exemple par la remise en question de l'opinion dominante à propos du Pacte, dans la doctrine comme chez ses parties¹⁷ ; son monumental commentaire de la Charte des Nations Unies est extrêmement critique à l'égard de son texte (d'aucuns disent que c'est parce qu'il fût, selon lui, insuffisamment consulté lors de son élaboration) ; et alors qu'il affirme qu'il mentionnera toutes les interprétations « possibles »¹⁸ des dispositions de la Charte, il omet bien souvent les interprétations qui en ont été données par des Etats et des organes compétents de l'Organisation, ou différentes interprétations raisonnables¹⁹. Sur la question de la validité, après 1945, des Mandats conclus par la Société des Nations, Kelsen donne par exemple comme seule interprétation possible une vue conforme à celle de l'Union sud-africaine²⁰, mais directement opposée à... celle que retient (ou retiendra très peu de

sujet (dans un sens comparable mais plus prudent), v. H. Kelsen, « Théorie générale du Droit international public – Problèmes choisis », *RCADI*, 1932-IV, vol. 42, pp. 128, 141 et ss.

¹⁵ V. H. Kelsen, « The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization », *Yale Law Journal*, 1944, vol. 53, pp. 207-220.

¹⁶ H. Kelsen, « La naissance de l'Etat et la formation de sa nationalité : les principes ; leur application au cas de la Tchécoslovaquie » [initialement publié dans la *Revue de Droit international*, 1929, vol. 4, 3^{ème} année, pp. 613-641], in *Ecrits français de Droit international, op. cit.*, p. 48 (pour l'article 54 du Traité de St-Germain). Dans le même sens pour « [l]e traité conclu entre la Hongrie et les puissances alliées et associées », v. *ibid.*, p. 49.

¹⁷ H. Kelsen, « Zur rechtstechnischen Revision des Volkerbundstatutes », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1997, vol. 17, spéc. pp. 401-415.

¹⁸ H. Kelsen, *The Law of the United Nations, op. cit.*, 1951, p. XVI.

¹⁹ V. not. en ce sens : O. Schachter, « Reviews – The Law of the United Nations by Hans Kelsen », *Yale Law Journal*, 1951, vol. 60, n°1, p. 190. V. également les souvenirs du même auteur recueillis par A. Cassese, dans « Personal Recollections », *EJIL*, 1998, vol. 9, p. 389.

²⁰ CIJ, *Statut international du Sud-Ouest africain*, avis consultatif du 11 juillet 1950, *Rec. CIJ*, 1950, p. 132.

temps après), et à l'unanimité, « l'organe judiciaire principal des Nations Unies »²¹, la Cour internationale de Justice (CIJ)²².

L'article consacré à la théorie du Droit international coutumier s'inscrit harmonieusement dans cette vaste entreprise critique et prospective : au sein de cet article en effet, *tous* les énoncés positifs du Droit international mentionnés le sont pour être critiqués et non approuvés ou simplement retranscrits. L'article consiste certes à contester, sur la base de la théorie de la norme fondamentale, les *théories* de la coutume de l'Ecole historique de Friedrich von Savigny, de l'objectivisme sociologique de Léon Duguit et Georges Scelle, et du consensualisme de Dionisio Anzilotti. Mais il vise tout autant à rejeter ce qui, *dans le Droit positivement formulé*, concorde avec ces théories, et à affirmer, contre ce Droit, ce qui lui paraît bon. Comme on le voit, Kelsen fait très exactement, dans ses articles de théorie du Droit international, ce qu'il dit de la *Begriffsjurisprudenz* appliquée aux rapports entre Droit international et Droits nationaux : sa doctrine est « appliquée ici au domaine international, car elle constitue une tentative pour déduire d'une hypothèse sur la nature du Droit ou sur la nature de l'Etat, c'est-à-dire d'une définition *a priori* de la notion du Droit international ou de celle de l'Etat, le contenu positif de l'ordre juridique, c'est-à-dire pour déduire les règles de Droit positif [de] notions préconçues [...] »²³. Il développe des idées *a priori* sur ce que le Droit international *doit être* (officiellement sur ce que le Droit est déjà ou est toujours *nécessairement*), *critique* sur cette base le Droit positivement formulé (officiellement, critique l'interprétation qu'en donne la « doctrine traditionnelle »), et propose, toujours sur la même base, *des solutions alternatives*, généralement présentées comme déjà choisies ou « existantes ». Bref, il fait de la politique juridique (*Rechtspolitik*)²⁴.

Comme le montre toute la première partie de l'article commenté, qui est consacrée à « [l]a norme fondamentale ou la constitution du droit international »²⁵, Kelsen envisage sa théorie du Droit

²¹ Article 92 de la Charte des Nations Unies.

²² CIJ, *Statut international du Sud-Ouest africain*, *op. cit.*, p. 138.

²³ H. KELSEN, « La transformation du Droit international en Droit interne », *op. cit.*, p. 214.

²⁴ Selon Kelsen, la « politique juridique » est l'ensemble des idées « tendant à la formation d'un certain ordre social et soucieuse de réaliser d'autres valeurs (...) » ; elle s'oppose à la « science du droit, (...) uniquement guidée par la valeur de vérité » (H. KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », trad. fran. in *Droit et Société*, 1992, vol. 22, p. 559 [trad. de l'allemand, par Ph. Coppens, de « Was ist die Reine Rechtslehre », paru initialement dans *Demokratie und Rechtsstaat – Festschrift für Zaccharia Giacometti*, Zürich, 1953, pp. 143-161], p. 559.

²⁵ TDIC, p. 61 §1 (c'est le titre de la première partie de l'article).

international coutumier comme une application de sa théorie générale du Droit, et tout spécialement de son postulat premier. En outre, comme il y affirme que « [l]a norme fondamentale du droit international est la norme qui institue l'état de fait de la coutume comme acte créateur de droit »²⁶, et que dans la perspective moniste qui est celle de Kelsen, il n'existe qu'un ordre juridique universel dont les sous-ordres nationaux ne sont que les provinces²⁷, la norme internationale indiquant comment se « forme » le Droit coutumier est au fond la norme fondamentale de *tout* le Droit. L'article de Kelsen relatif à la coutume, publié dans une revue de théorie du Droit, consiste ainsi à rien moins que convaincre de la vérité de l'« hypothèse » de la « norme fondamentale », en convainquant de sa consécration par le « matériel positif » qu'est le Droit international en vigueur²⁸.

Dans cet objectif, après avoir résumé sa théorie de la « norme fondamentale » dans la première partie de l'article, Kelsen essaie de montrer dans une seconde partie combien les « réalités du droit international » lui donnent raison. Hélas, Kelsen doit ferrailler avec presque toute la doctrine, et renverser les règles les mieux établies pour faire penser que le Droit en vigueur se plie « en réalité » aux exigences de la théorie de la « norme fondamentale ». Les devoirs moraux et les exigences méthodologiques que Kelsen estime peser sur lui et lui imposer de défendre cette théorie fondatrice l'amènent à retenir une conception complètement dépolitisée, « dé-finalisée » et « dé-moralisée » du Droit coutumier, et à le décrire, ou comme le produit de la décision « *arbitraire* »²⁹ des juges, ou comme la pratique opérationnelle des seules grandes puissances (I). Bien qu'une telle conception ait toujours été, et reste très nettement rejetée par le Droit international en vigueur, elle a régulièrement ré-émergé en doctrine, et elle a permis, dans la période contemporaine, de façonner et justifier des politiques impérialistes et, plus largement, immorales (II).

²⁶ *TDIC*, p. 67 §9.

²⁷ V. not. H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926, vol. 14, pp. 227-232, ainsi que « La transformation du Droit international en Droit interne », *op. cit.*, pp. 175-217.

²⁸ *TDIC*, p. 65 §7.

²⁹ *TDIC*, p. 75 §§ 17 et 18 (les italiques sont d'origine).

I. LA DÉPOLITISATION
DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER PAR KELSEN

Sur la base de la théorie de la « norme fondamentale » (A), Kelsen reproche au Droit en vigueur de prescrire d'identifier les règles internationales coutumières à partir des convictions morales et politiques des Etats, et il s'attache à remplacer le rôle de ces convictions dans la détermination de la coutume, par la volonté du juge international, et par les « pratiques » d'autres acteurs (que Kelsen juge) moins politisés que les Etats (B). Cette invitation à identifier le Droit international coutumier par référence à des actes de volonté et à des pratiques d'acteurs non-étatiques, paraît à première vue limiter considérablement le rôle des Etats dans la formation du Droit international. Cependant, Kelsen ne nie pas ce rôle et affirme au contraire que les règles coutumières « existent » objectivement dans la réalité avant l'intervention du juge. Simplement, le juge et le « scientifique du droit » doivent les reconnaître en s'attachant à la seule pratique opérationnelle des Etats les plus puissants. Ce qui est rejeté apparaît ainsi plutôt être les convictions morales et politiques des représentants étatiques, et derrière eux, des peuples, et plus largement leur consentement aux règles qui s'imposent à eux. Ce qui constitue le Droit international coutumier est le résultat d'un rapport de force, dont la signification juridique objective doit être « constatée » par des « experts » juridictionnels ou doctrinaux. Le décisionnisme kelsénien en faveur du juge³⁰ s'accorde ainsi plutôt qu'il ne s'oppose au « réalisme » ou plutôt au matérialisme kelsénien, selon lequel le Droit coutumier « existe » avant l'intervention du juge et découle de la seule pratique opérationnelle récente des grandes puissances³¹ (C).

³⁰ Sur ce point, v. spéc. E. PASQUIER, *Qui doit être le gardien du droit international ? – Les fondements du droit international chez Hans Kelsen et Carl Schmitt*, thèse sous la dir. de J.-F. KERVÉGAN, Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), 2009, pp. 32 et ss. et 70 et ss. L'ouvrage a été publié sous le titre *De Genève à Nüremberg – Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international* (Paris, Classiques Garnier, coll. *Bibliothèque de la pensée juridique*, 2012, 789 p.).

³¹ Pour une remarque comparable sur un plan théorique, v. P. HAGGENMACHER, « La doctrine des deux éléments du Droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *RGDIP*, 1986, vol. 90, p. 118 (« [f]aut-il en conclure que le juge international ait toute liberté dans la constatation du droit coutumier et qu'il soit pour ainsi dire livré à l'arbitraire de son évaluation subjective, sans pouvoir s'appuyer sur rien de ferme ? Il le serait certes, à notre avis, s'il n'avait à sa disposition que la pratique telle qu'elle vient d'être circonscrite »).

A. La justification officielle de la dépolitisation
du Droit international coutumier :
la théorie de la norme fondamentale (§§1-9)

On l'a déjà suggéré, le point de départ de Kelsen n'est ni les énoncés normatifs généralement reconnus comme formulant ou établissant comment se forme le Droit international coutumier, ou comment il doit être identifié, ni les normes substantielles communément comprises comme valables au titre du Droit international coutumier. En particulier, le début de son article n'est pas consacré au texte canonique à cet égard (à l'époque comme aujourd'hui), c'est-à-dire à l'article 38 du Statut de la CPJI (aujourd'hui, de la CIJ). Même si la première étape du raisonnement de Kelsen peut superficiellement apparaître comme une recherche sur les sens courants de l'expression « source du Droit », tel n'est pas véritablement le cas car les significations qu'il va lui attribuer, et les jugements qu'il va porter sur les usages de l'expression, sont très manifestement déterminés par une théorie *a priori* qu'il ne s'agit pas de réviser : la théorie que Kelsen qualifie de « pure », développée dans les années 1920³² et qui se trouve, en 1939, à un moment particulier de son développement.

Formellement, Kelsen commence par « situer » la question, ou plutôt ce qu'il voit comme « [*l*]e problème du Droit coutumier » « dans le cadre de l'étude de ce qu'on appelle les "sources du Droit" »³³. Après avoir souligné le caractère métaphorique et polysémique du mot « source », il propose une liste de significations de ce mot, en insistant sur ce qu'il présente comme son premier sens : « le fondement dernier de la validité d'un ordre juridique donné ». L'ordre de présentation des différentes significations possibles est repris de la première édition de la *Reine Rechtslehre* en 1934³⁴ et sera maintenu dans sa seconde édition en 1960³⁵. Bien qu'il soit différent dans la *Théorie générale du droit et de l'Etat*³⁶, l'ordre qui y est retenu traduit tout aussi nettement le souci

³² Les implications de cette théorie en Droit international sont précisées dès les années 1920 par Kelsen (v. en particulier : H. KELSEN, *Das Problem des Souveränität, op. cit.*, dont le sous-titre est *Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, c'est-à-dire « Contribution à une théorie pure du droit »), ainsi que par son élève Joseph Kunz (v. J. KUNZ, *Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre*, Leipzig und Wien, Franz Deuticke, coll. *Wiener Staatswissenschaftliche Studien*, 1923, 86 p., spéc. pp. 59 et ss.).

³³ *TDIC*, p.61 §1 (les italiques sont ajoutés).

³⁴ *Reine Rechtslehre – Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1934, p. 78.

³⁵ *TPD*, p. 234.

³⁶ *TGDE*, pp. 185-186.

kelsénien de mettre particulièrement en valeur ce « premier » sens de l'expression « sources du droit ». La mise en valeur de cette signification n'est naturellement pas fortuite. Elle s'explique par l'idée kelsénienne ancienne que « [l]a loi et la coutume ne sont véritablement des sources du Droit que si l'on suppose une norme telle que "tu dois te conformer aux ordres de tel ou tel individu ou groupe d'individus," ou encore : "tu dois te conformer aux habitudes de ton milieu" – une norme qui, apparemment, est distincte de celle que contient la source législative ou coutumière »³⁷. Autrement dit, la *vraie* source du Droit est, pour Kelsen, non la loi et la coutume, mais une « norme fondamentale qui déclare la loi et la coutume faits générateurs de droit »³⁸.

Selon la théorie du Droit de Kelsen en 1939, la « norme fondamentale » d'un ordre juridique est nécessairement « dynamique »³⁹, c'est-à-dire prévoit que la validité des normes « ne tient pas à leur contenu. Le droit peut recevoir un contenu quelconque » ; « [u]ne norme juridique n'est valable que parce qu'elle a été *créée* d'une certaine façon, (...) parce qu'elle a été *posée* selon une certaine méthode »⁴⁰ ; et cela vaut non seulement pour les normes « ordinaires », mais aussi d'une certaine manière pour la « norme fondamentale » elle-même, puisque Kelsen refuse de lui conférer un contenu ou une signification éthico-politique explicite. Bien sûr, cette norme a une signification éthico-politique, et sa dissimulation tient uniquement à la phobie kelsénienne de tirer des conséquences juridiques d'une réflexion sur l'éthique et la politique. Mais une telle crainte n'est pas celle des acteurs juridiques, qui conditionnent couramment la validité des règles à la conformité de leur « contenu » à d'autres règles⁴¹, et qui ne reconnaissent la validité d'un ordre juridique ou de normes coutumières qu'en se référant à des principes ou des axiomes explicitement chargés d'éthique et de politique.

Si Kelsen se place ainsi en décalage par rapport aux autres acteurs juridiques, c'est parce qu'il fait paradoxalement de l'éthicophobie et de la politicophobie des principes moraux et des exigences méthodologiques. En effet, bien que Kelsen le dise « premier » ou

³⁷ H. KELSEN, « Les rapports », *op. cit.*, 1926, p. 265.

³⁸ *Ibid.*, p. 265.

³⁹ V. *TDIC*, pp. 63-64 §§4-5, ou dans le même sens : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, adaptée de l'allemand par H. Thévenaz, deuxième édition, revue et mise à jour, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, coll. *Etre et penser – Cahiers de philosophie*, 1988 [reprise de la traduction de juin 1953], p. 122.

⁴⁰ *TDIC*, p. 64 §5 (les italiques sont d'origine).

⁴¹ Ce que Kelsen admettra par la suite. V. *TPD*, pp. 196-197.

nécessaire, le postulat de « norme fondamentale » tire sa validité, à un « premier » niveau supérieur, d'un devoir naturel de l'universitaire de concevoir le Droit comme une « réalité objective », « observable » et descriptible de « l'extérieur », indépendamment des jugements subjectifs que les principaux acteurs juridiques portent sur lui. Ce devoir implique au fond que l'universitaire s'attache, pour identifier la « base » du Droit, à des *faits matériels, réels*, seuls à mêmes d'être « objectifs », plutôt qu'à la compréhension et à la représentation par l'homme de certains de ses devoirs et de ses finalités en termes de « Droit »⁴². Aussi, selon Kelsen, « [s]i l'on veut trouver la norme fondamentale du droit des gens, c'est-à-dire la règle fondamentale, suivant laquelle le droit international est créé » – et c'est justement son intention –, « [l]e fait de l'existence de la science juridique et de la science du droit international en particulier doit servir comme point de départ (...) »⁴³. Ce dont il part n'est cependant pas de l'existence « objective » de la science juridique, mais des choix méthodologiques qu'il a subjectivement adoptés pour des raisons éthico-politiques, ces dernières formant un deuxième et dernier niveau de justification de la démarche doctrinale kelsénienne. Elles sont au fond ce dans quoi s'enracine le choix kelsénien fondamental, de ne pas partir de ce que les principaux acteurs juridiques disent relever du Droit international, ou encore d'autre chose, mais de rechercher parmi les discours sur le Droit, ceux qui concordent avec une réalité physique distincte de la « reconnaissance » des règles⁴⁴, et ainsi indépendante des opinions morales et politiques portées sur le Droit.

C'est cette orientation de Kelsen – une orientation éthico-politique à un premier niveau, méthodologique (l'exigence de « pureté ») à un deuxième niveau, et théorique (la théorie de la « norme fondamentale ») à un troisième niveau – qui justifie dans la deuxième partie de l'article, l'entreprise de dépolitisation et de « dé-moralisation » du Droit international coutumier à laquelle Kelsen se livre.

⁴² C'est pourquoi le postulat de la pureté méthodologique est incontestable « si l'on admet qu'il doit exister quelque chose de tel qu'une science du Droit » et qu'on la comprend d'une certaine manière (TPD, p. 5) (les italiques sont ajoutés).

⁴³ TDIC, p. 66-67 §9 (italiques d'origine).

⁴⁴ Kelsen a toujours rejeté la théorie selon laquelle la valeur juridique des normes internationales pouvait découler de leur reconnaissance. V. par ex. TDIC, p. 80 §25 ; TGDE, pp. 426-427 ; TPD, pp. 217, 322, 328.

B. Le procédé de la dépolitisation : remplacer les convictions juridiques du grand nombre des Etats, par celles des juges et des acteurs internationaux non-étatiques (§§10-22)

La critique kelsénienne de la conception positivement admise du Droit international coutumier procède d'un double mouvement : d'une main, il efface l'importance de l'*opinio juris*, c'est-à-dire celle des convictions juridiques du grand nombre des Etats dans la formation de la coutume (1) ; de l'autre, il la remplace par les convictions des juges et d'autres acteurs juridiques (2).

1. Le rejet de l'importance des convictions des Etats sur ce que le Droit international coutumier doit être (§§10-18)

a. La justification métaphysique et idéologique du rejet de l'importance des convictions juridiques des Etats (§§10-13)

Kelsen commence la seconde partie de son article en soutenant qu'« il convient » d'écarter les théories objectiviste ou « jusnaturaliste », c'est-à-dire selon lui « de faire ressortir [...] que la coutume est [...] un mode de *création* du droit, et qu'elle n'est pas seulement [...] une méthode de *constatation* de normes juridiques [...] déjà existantes »⁴⁵. Parce que la coutume est « essentiellement de nature constitutive et non pas déclarative seulement »⁴⁶, il faut rejeter les théories du Droit naturel et de l'École historique du Droit, la conception objectiviste du Droit international coutumier, ainsi que la formule de l'article 38 du Statut de la CPI et l'arrêt rendu dans l'affaire du *Lotus*, qui retiennent à tort cette conception objectiviste ⁴⁷. Dans ces conceptions à la fois doctrinales et « positives » de la coutume, Kelsen voit « des variantes de la conception fondamentale du *droit*

⁴⁵ *TDIC*, p. 68 §10 (les italiques sont d'origine, le soulignement ajouté). Les termes de « création » et de « constatation » sont évidemment très ambigus puisqu'il s'agit, en pratique, ni d'une activité ni de l'autre, mais d'actions consistant à *formuler* des règles ou à *décider* qu'elles seront tenues pour obligatoires en Droit (comp. G. WINKLER, *Rechtstheorie und Erkenntnislehre – Kritische Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen in der Reinen Rechtslehre aus geistesgeschichtlicher und erkenntnistheoretischer Sicht*, Wien-New York, Springer-Verlag, coll. *Forschungen aus Staat und Recht*, 1990, pp. 216-217, qui souligne la variété et l'imprécision des termes employés par Kelsen à propos de l'interprétation). Nonobstant la grave ambiguïté qui affecte les termes de l'opposition soulignée par Kelsen, et donc cette opposition elle-même, on peut considérer que Kelsen s'oppose effectivement à la théorie de la coutume de Léon Duguit, telle qu'elle ressort de son *Traité de droit constitutionnel* (L. DUGUIT, 3^{ème} éd. en 5 volumes, t. I *La règle de droit – Le problème de l'Etat*, Paris, Ancienne librairie Fontemoing & Cie, éditeurs, E. de Boccard, Successeur, 1927, pp. 153-159, spéc. p. 154).

⁴⁶ *TDIC*, p. 68 §10.

⁴⁷ V. *TDIC*, pp. 68-69 §11, p. 74 §16.

*naturel*⁴⁸ »⁴⁹. Or, selon lui, les enseignants-chercheurs en Droit comme les Etats et les juges internationaux doivent rejeter cette conception de la coutume. Ils le doivent pour deux raisons, l'une d'ordre métaphysique, l'autre d'ordre idéologique.

D'abord, une telle conception de la coutume devrait être rejetée parce qu'elle serait elle-même « métaphysique ». Selon Kelsen, ce qui caractérise la métaphysique dont « [l]a *théorie platonicienne des idées* » est « le modèle », est qu'elle distingue « l'idée et [...] la réalité »⁵⁰. Sans dire tout de suite ce qu'il reproche à cette distinction ordinaire, et donc à la métaphysique, Kelsen soutient que « ce qu'on a fait valoir contre cette théorie peut être également objecté » à la distinction entre les devoirs véritables de l'homme en tant qu'homme, et ce qui est conventionnellement compris comme ses devoirs dans une société particulière, autrement dit, entre le « Droit naturel » et le « Droit positif ». Le Droit positif relèverait de la réalité tandis que le Droit naturel n'en serait qu'une « *doublure superflue* »⁵¹.

Pourquoi le Droit naturel constitue une « doublure » de la réalité ? Parce qu'il est, nous dit Kelsen, « absolument impossible d'établir objectivement l'existence de normes juridiques transcendantes si ce n'est en partant des normes du droit positif, et en reconstruisant le [...] droit transcendant d'après ces normes de droit positif »⁵². En d'autres termes, les Devoirs s'imposant objectivement à l'homme seraient dépourvus de valeur ou de caractère obligatoire, pour le motif que

⁴⁸ Il fait d'ailleurs de même, et de manière répétée, dans la *Théorie pure du droit*. V. par ex. *TPD*, pp. 220-221. V. néanmoins pp. 221 *in fine*-222, où le Droit naturel est présenté de manière plus nuancé.

⁴⁹ *TDIC*, p. 69 §12 (les italiques sont d'origine). Il est erroné ou au moins extrêmement imprécis de considérer, comme Kelsen paraît le faire, que les internationalistes qui ne nient pas la valeur du Droit naturel pensent nécessairement que le Droit coutumier en relève, et que la valeur de ce dernier ne dérive pas de la volonté des sujets de Droit ou de leurs comportements. Parmi le large groupe d'internationalistes visés, ceux qu'on appelle les « Pères fondateurs » du Droit international fondaient par exemple, dans le sillage d'une conception de la coutume d'origine romaine (v. P. GUGGENHEIM, « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *RCADI*, 1958-II, vol. 94, p. 36 ; P. HAGGENMACHER, « Coutume », *APD*, 1990, vol. 35, p. 30, qui renvoie au *Digeste*, 1, 3, 32, 33 et 35), l'autorité des règles internationales coutumières sur un consentement exprès ou tacite des sujets auxquels ces règles s'appliquaient. C'était même exactement ainsi que la plupart d'entre eux distinguaient le Droit naturel du Droit des gens coutumier ou du Droit des gens tout court. V. not. F. SUÁREZ, *Des lois et du Dieu législateur*, 1617, livre 2, chapitre 19, §6 ; livre 2, chapitre 20, §§6-7 et livre 7, chapitre 13, §6 ; H. GROTIUS, *Du droit de la guerre et de la paix*, prolégomènes, §17, ainsi que livre 1, chapitre 1, XIV-1 ; Ch. WOLFF, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, 1764, prolégomènes, §24 ; E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758, introduction, §§25-27.

⁵⁰ *TDIC*, p. 69 §12.

⁵¹ *Ibid.*, p. 69 §12 (les italiques sont de Kelsen). Ailleurs (*TGDE*, p. 63), Kelsen le qualifie d'« idéologie ».

⁵² *Ibid.*, p. 69 §12.

l'homme doit, pour les connaître, commencer par user de sa raison pour interroger le caractère véritablement obligatoire ou non-obligatoire des énoncés officiels, par exemple en comparant leurs effets et leurs mérites respectifs. Une telle nécessité méthodologique à la compréhension du Juste ou du Droit naturel prouverait l'absence de caractère obligatoire des Devoirs objectifs de l'homme, ou leur réductibilité aux Devoirs pesant sur lui au nom de conventions particulières.

En répondant à la question de savoir s'il existe une distinction entre les idées et la réalité, Kelsen répond à un problème qui, typiquement, est un problème ne pouvant pas être tranché par la tenue et l'interprétation d'expériences, qui ne peut pas être tranché par la science au sens moderne du terme. Au contraire, c'est un problème dont la réponse conditionne la manière dont on envisage la tenue et l'interprétation des expériences. Autrement dit, c'est un problème métaphysique, d'ailleurs très traditionnellement compris comme tel, et auquel seule une réponse d'ordre métaphysique peut être apportée. Dans ce passage, Kelsen avance donc lui-même un argument métaphysique : il convient de ne pas reconnaître la valeur des Devoirs que l'homme doit remplir pour agir avec justice, plutôt que pour éviter une sanction juridiquement prévue, parce que les idées ne peuvent pas différer de la réalité, ou parce que les idées n'existent pas (ce sont des « doublures superflues » de la réalité). Ce faisant, Kelsen place clairement le Droit « positif » du côté de la réalité, de ce qui a « un caractère réel »⁵³ et même « visible », et le Droit « naturel » du côté de « l'idée » (qui ne doit en aucun cas être confondue avec la réalité) et de l'« invisible »⁵⁴.

Il est difficile de ne pas voir ici, en action, une négation pure et simple de la distinction que Kelsen fait fréquemment dans son œuvre, entre le *Sein* et le *Sollen*, *i. e.* entre la réalité et les Devoirs humains, qu'ils soient juridiques ou non-juridiques⁵⁵. En effet, les devoirs de

⁵³ *TDIC*, p. 70, note 1.

⁵⁴ *TDIC*, p. 70 §14.

⁵⁵ V. par ex. *TPD*, p. 14 ou p. 112, ou encore pp. 211-217, spéc. la longue note 7 (pp. 212-214). Le premier de ces passages diffère nettement du passage « correspondant » dans la première édition de l'ouvrage (*Reine Rechtslehre*, *op. cit.* pp. 6 et ss.), mais la distinction y était déjà nette (par ex. p. 12). Kelsen maintiendra cette distinction jusqu'à la *Théorie générale des normes* (v. *TGN*, par ex. pp. 4-5). Il n'est cependant pas certain qu'il ait sérieusement fait face aux questions cruciales de savoir si « conclure de l'irréductibilité absolue de l'être et du devoir-être à l'impossibilité d'une science sociale qui laisse place à l'évaluation » (L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, trad. de M. Nathan et E. de Dampierre, Paris, Flammarion, coll. *Champs*, [1^{ère} éd. en langue anglaise (Etats-Unis) : 1953], p. 49) est une déduction qui n'est pas trop rapide, ou si l'irréductibilité fondamentale des faits et des valeurs n'exige pas tant, de la part de celui qui étudie les devoirs humains, de se désintéresser des

l'homme ne sont-ils pas par définition des « doubles » invisibles de la réalité, à partir desquels il est possible de la juger droite ou moins droite ? S'ils relèvent du *Sollen* et non du *Sein*, et qu'on ne peut pas appartenir à la fois à l'un et à l'autre, comment les devoirs juridiques peuvent-ils avoir « un caractère réel » ou appartenir à une réalité « visible » ? De la même manière, Kelsen affirme, d'un côté que la « théorie pure du droit » est exempte de toute référence aux faits (à moins que le Droit positivement formulé y renvoie)⁵⁶, et de l'autre que la norme juridique perd sa validité si elle cesse d'être globalement observée et sanctionnée en fait (indépendamment des dispositions du Droit en vigueur sur la désuétude, la prescription extinctive, etc.)⁵⁷, ou encore que l'ensemble des normes d'un ordre juridique tirent au fond leur validité d'une norme fondamentale qui pose une simple équivalence entre ordre respecté en fait et ordre juridique. Encore dans le même sens, on peut remarquer que Kelsen est à l'origine d'innombrables choix sémantiques suggérant que le Droit est un fait ou est « créé » directement par les faits : il use *ad libitum*, d'expressions comme « phénomène juridique »⁵⁸, « fait créateur de Droit », « faits créateurs de coutume »⁵⁹, « existence du Droit »⁶⁰, « réalité du droit »⁶¹ ou « réalités du droit positif »⁶², en général pour soutenir que ces « réalités » s'opposent objectivement aux énoncés positifs du Droit en vigueur⁶³.

faits que de les interpréter et de les évaluer – plaçant ainsi ce commentateur dans l'incapacité de parler de ces devoirs avec la même assurance qu'un scientifique de la nature parle des faits. Kelsen ne semble en tous les cas pas être conscient que la détermination de ce qui relève des faits et de ce qui relève des valeurs ne peut reposer que sur un jugement de valeur, un jugement sur *ce qui a de la valeur* et ce qui, au contraire, est moralement ou « normativement » indifférent.

⁵⁶ V. surtout *TPD*, pp. 84 et ss. (et subsidiairement pp. 9, 66, 83).

⁵⁷ V. not. *TGDE*, pp. 172-173 ; *TPD*, pp. 19, 208, 215-216 ; *TGN*, p. 443, note 88, et pp. 184-185 ; H. Kelsen, *Controverses sur la théorie pure du droit – Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, avt-propos de Ch. Leben, préf. de R. Kolb, Paris, Ed. Panthéon-Assas, coll. *Les introuvables*, 2005, pp. 165-166.

⁵⁸ Ou encore « phénomènes considérés comme relevant du « droit » » (H. Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *op. cit.*, 1953, p. 552), alors que la prise au sérieux de différents passages de la *Théorie pure du Droit*, qui sépare le *Sollen* des phénomènes, devrait logiquement mener à exclure l'étude des seconds.

⁵⁹ V. par ex. *TGDE*, p. 181 ou *TDIC*, p. 78 §22.

⁶⁰ V. par ex. *TDIC*, p. 66 §9.

⁶¹ V. par ex. *TDIC*, p. 70, note 1 ou H. Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *op. cit.*, 1953, p. 554 ; ou H. Kelsen, « Zur rechtstechnischen Revision des Volkerbundstatutes », *op. cit.*, 1937, p. 408 (« in die Wirklichkeit des positiven Rechtes »).

⁶² V. par ex. *TDIC*, p. 81 §27.

⁶³ Ces choix sémantiques et rhétorique auront autrement plus d'influence sur les représentations et les raisonnements des juristes, que l'affirmation on ne peut plus classique qu'il faut distinguer la réalité et les devoirs de l'homme ; et globalement, on peut dire qu'aucun universitaire n'a fait autant que Kelsen pour la tenue, par les juristes, de discours sur le Droit qui suggèrent qu'il constitue un ensemble de faits matériels et visibles, et qu'il en « provient ».

Cette contradiction est récurrente dans la théorie kelsénienne du Droit, et ne serait-ce que pour cette raison, elle ne peut pas être considérée comme un « à côté » de cette théorie, « à côté » ennuyeux sans doute, mais somme toute secondaire. Tout au contraire, cette contradiction est *exactement au centre* de la théorie kelsénienne. Elle doit par exemple être rapprochée de la contradiction qui consiste à affirmer, d'un côté que seul le Droit « posé » est « positif » et donc en vigueur, et d'un autre côté qu'une norme au fondement de toutes celles d'un ordre juridique, est « positive » et en vigueur sans être posée. Une telle contradiction est aussi identique, pour l'essentiel, à celle qui consiste, d'un côté à affirmer qu'au fond, ce sont ceux qui imposent et sanctionnent « en fait » un ensemble de normes qui déterminent ce qui est obligatoire en Droit, et d'un autre côté à admettre que ce sont les « scientifiques du Droit » qui choisissent d'identifier le Droit ainsi, de sorte que ce sont eux les vrais « maîtres » de la validité du Droit (ou de l'identification du Droit valide). C'est à la lueur de cette contradiction fondamentale, aux manifestations multiples, qu'il faut comprendre la théorie du Droit et notamment du Droit coutumier de Kelsen, et les usages politiques qui peuvent en être faits⁶⁴.

Le second argument que Kelsen avance pour s'opposer aux écoles historique, objectiviste et du Droit naturel, consiste à dire que l'appartenance des hommes à des « classes, races, langues, religions » différentes interdit qu'ils puissent avoir un jour conscience des mêmes devoirs, si ces derniers n'ont pas été consacrés à travers une procédure consciemment mise en œuvre⁶⁵. Au fond, la concordance naturelle des convictions des hommes sur une règle serait impossible, car la personne humaine serait absolument incapable de faire la différence entre ce qui favorise à court terme son intérêt égoïste, et ce qu'exigent ses devoirs. En conséquence, l'universitaire ne devait qualifier de Droit que les devoirs formulés par le plus fort sous peine de sanction, parce qu'éviter la sanction et obéir au plus fort serait dans l'intérêt égoïste « objectif » de chaque homme.

Bien qu'elle soit classique, l'argumentation kelsénienne à cet endroit est d'une faiblesse évidente. L'impossibilité d'accords extrêmement informels entre les hommes ordinaires sur la valeur de certaines règles est un dogme, inventé et ressassé par les premiers penseurs « modernes » de la politique et du Droit, en vue de pousser à

⁶⁴ Comp. : G. WINKLER, *Rechtstheorie und Erkenntnislehre*, op. cit., 1990, p. 245-247.

⁶⁵ *TDIC*, pp. 69-70 §13.

la concentration du pouvoir et de la *juris dicto* dans les mains du souverain, et de justifier intellectuellement l'exclusivité de son pouvoir. Mais tous les chercheurs adoptant une démarche empirique sérieuse à ce propos ont montré l'inanité d'un tel dogme⁶⁶. D'ailleurs, Kelsen lui-même évoque la possibilité qu'un groupe d'intérêt existant dans une société réalise « un compromis » avec d'autres groupes⁶⁷. Ce fait et bien d'autres montrent que l'impossibilité de vivre pleinement en dehors de toute société *force* chaque homme à procéder ainsi tous les jours. L'occultation de cette nécessité tient simplement à l'orientation anthropologique choisie par la majorité des premiers penseurs modernes du Droit et des juristes positivistes contemporains : une orientation qui consiste à survaloriser ce qui sépare les individus et à s'aveugler délibérément sur leur immersion et leur destinée sociales, et sur les conséquences qui en découlent.

Pour parer à l'affaiblissement de son argumentation, Kelsen en avance soudainement une autre, à moins qu'il ne s'agisse de la même sous sa forme « purement » idéologique. Selon lui, ce n'est « que lorsqu'on recherche la raison de validité de l'ordre juridique positif en question dans le désir de lui assurer une *justification absolue* que l'on peut être amené à formuler l'hypothèse d'un *deuxième ordre* juridique, transcendant au premier ». Rechercher cette « *justification absolue* » traduirait une « tendance idéologique » « évidente » « inadmissible du point de vue d'une véritable science du droit »⁶⁸. Pour qui prend un tout petit peu de recul, il est extrêmement manifeste que Kelsen accuse ici d'autres auteurs de poursuivre un but qui n'est généralement pas le leur, qu'ils poursuivraient très mal s'ils le faisaient (puisqu'ils soutiennent que la validité du Droit peut être évaluée rationnellement par tous), et que cette accusation vise à dissimuler que c'est exactement le but que poursuit Kelsen lui-même, ou au moins le résultat auquel il aboutit. En adoptant cette démarche, il reprend un stratagème rhétorique dont la pensée « moderne » de la politique et du Droit a usé et abusé, et qui accompagne traditionnellement le double choix libéral d'abaisser l'ambition des

⁶⁶ V. par ex. Ch. LASCH, *La révolte des élites et la trahison de la démocratie*, préf. de J.-C. Michéa, Paris, Flammarion, coll. *Champs essais*, 2010, pp. 116 et ss. V. également la démonstration plus développée de R. BOUDON dans *Le juste et le vrai – Etudes sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Paris, Fayard, 1995, 575 p. Mille travaux de sociologie normative pourraient être cités ici.

⁶⁷ *TDIC*, p. 70 §13.

⁶⁸ *TDIC*, p. 70 §13 (tous les italiques sont d'origine). Dans un sens comparable quelques années auparavant, v. par ex. H. KELSEN (trad. de Ch. H. Wilson), « The Pure Theory of Law – Its Method and Fundamental Concepts », *Law Quarterly Review*, 1934, vol. 50, pp. 483-484.

finalités des activités politiques et juridiques, et de privilégier la réalisation de certaines valeurs sur celle d'autres valeurs⁶⁹. Cette rhétorique, ces choix politiques et l'ensemble du positionnement métaphysico-idéologique de Kelsen expliquent son rejet d'une conception du Droit international coutumier qui fait des comportements et des discours des Etats, des manifestations sociales de l'intérêt pratique, politique et éthique des Etats pour ces règles ; ils font signe vers la préférence du professeur viennois pour une conception des devoirs coutumiers qui les fait apparaître de manière indépendante des convictions de la plupart de leurs titulaires.

b. Les arguments épistémologiques et logiques au soutien du rejet de l'importance des convictions juridiques des Etats (§§14-18)

Kelsen rejette la formation (ou l'identification) du Droit international coutumier à partir de deux « éléments » distincts : la pratique et l'*opinio juris*. Selon lui, pour démontrer la valeur d'une norme de Droit international coutumier, il suffit de montrer qu'une pratique générale y est conforme ; il n'est pas exigé par le Droit international général de prouver la conviction des Etats qu'une telle norme est obligatoire en Droit, ou qu'ils considèrent majoritairement les comportements qui y dérogent comme des violations du Droit.

Cet élément de la théorie kelsénienne du Droit international coutumier est très important : c'est celui qui est le plus développé dans l'article, il l'est exactement en son milieu (à la fois en termes de pages et en termes de paragraphes⁷⁰), et il cristallise la critique qui s'y déploie. Néanmoins, il est frappant que Kelsen a souvent changé sa position sur la « théorie » des deux éléments⁷¹. Dans un premier temps, dans son cours général de Droit international de 1932, Kelsen

⁶⁹ On ne peut évidemment pas développer cette question ici. Le travail que nous consacrerons à la conception kelsénienne du Bien portera également sur les procédés rhétoriques employés pour diffuser cette conception, et convaincre de son bien-fondé, sans admettre le faire.

⁷⁰ L'article est composé de trente paragraphes et il s'agit des paragraphes quinze (« L'élément psychique ») et seize (« La preuve de l'élément psychique »). Ceux-ci se trouvent aux onzième, douzième et treizième pages (pp. 72-74) d'un article qui en fait vingt-trois (pp. 61-84).

⁷¹ V. par ex. en ce sens : R. KOLB, *La bonne foi en Droit international public – Contribution à l'étude des principes généraux de Droit*, Paris, PUF, coll. *Publications de l'IUHEI*, 2000, p. 41, note 226 et p. 317, note 13 ; E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en Droit international public*, préf. de P. Guggenheim, Paris, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit international*, 1962, p. 229 ; K. MAREK, « Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord », *RBDI*, 1970, vol. 6, n°1, p. 56 ; P. HAGGENMACHER, « La doctrine des deux éléments », *op. cit.*, p. 7 ; D. KENNEDY, « The Sources of International Law », *American University Journal of International Law and Policy*, 1987, vol. 2, n°1, p. 26, note 41. Pour une interprétation tendant plutôt à unifier la pensée kelsénienne relative à la coutume, v. H. TAKI, « *Opinio Juris and the Formation of Customary International Law : A Theoretical Analysis* », *GYIL*, 2008, vol. 51, spec. pp. 458-459.

fait référence à des normes de Droit international coutumier⁷² mais ne remet pas en cause la « théorie dominante ». Au contraire, lorsqu'il affirme la valeur de diverses règles coutumières, il prête manifestement attention à l'*opinio juris* des Etats⁷³. Le silence de Kelsen sur le caractère problématique de l'exigence de l'*opinio juris* se maintient par la suite, en 1934 dans la première édition de la *Reine Rechtslehre*, et dans la présentation de la *Pure Theory of Law* qui paraît en 1934-1935 dans la *Law Quarterly Review*.

C'est peut-être un fameux article de Lazare Kopolmanas, paru en 1937 dans le *British Yearbook of International Law*⁷⁴, qui pousse Kelsen à modifier sa position, dans un deuxième temps. Certes, Kelsen ne le cite dans son article de 1939 que pour le contredire sur un point secondaire⁷⁵, et non pour l'approuver sur l'essentiel. Mais il faut souligner que le Maître de Vienne a pour habitude de citer les travaux (et les énoncés normatifs positifs) qu'il attaque, plutôt que ceux qui l'ont manifestement influencé, qu'il approuve ou qui confortent ses positions. Dans sa « Théorie du droit international coutumier », Kelsen cite ainsi « l'école dite historique », « la doctrine française du soi-disant *droit objectif* », la « formule [...] pas très heureuse » de l'article 38 du Statut de la CPJI, « [l]a *théorie platonicienne des idées* », un ouvrage d'Yvon Gouet, le *Traité de droit constitutionnel* de Léon Duguitt, « l'exposé des motifs de [l]'arrêt du 7 septembre 1927 (Lotus) », « un représentant orthodoxe de la théorie dominante »,

⁷² H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public », *op. cit.*, 1932, pp. 137, 148-149, 156, 159, 175, 183, 248, 267, 276, 330, 343 *in fine*-344, 346.

⁷³ Il s'attache par exemple à la conviction des Etats concernant le caractère obligatoire des concordats, à côté du fait qu'ils sont conclus et respectés (*ibid.*, p. 170), ou à la conviction des Etats dans le domaine de la condition des étrangers (*ibid.*, p. 248) – un domaine où, de manière amusante, il dira plus tard qu'établir une telle conviction est spécialement difficile et inutile (*TDIC*, pp. 76-77 §21). Dans son cours de 1932, il admet également que « [l]a pratique constante des traités pourrait bien créer à la longue une règle coutumière du Droit des gens » (H. Kelsen, « Théorie générale du Droit international public », *op. cit.*, 1932, p. 346), sachant qu'un traité, même s'il résulte de pratiques étatiques, est l'expression de convictions ou de volontés plutôt qu'une pratique opérationnelle. Ailleurs, Kelsen soutient que la France, en adoptant une certaine pratique, est « d'accord avec le droit international coutumier général » tandis que le Royaume-Uni, en contestant cette pratique, ne l'est pas (*ibid.*, pp. 266-267) – ce qui suggère au moins que les règles coutumières sont distinctes de la pratique, et permettent au contraire de la juger. Dans un autre passage, il qualifie d'« insensée » une définition coutumière de l'Etat, qui aboutirait à la conséquence immorale d'admettre que les Etats non-reconnus soient dispensés de respecter le Droit coutumier de la guerre (*ibid.*, p. 276). Là encore, si on peut aisément défendre une telle argumentation, on ne peut pas dire qu'elle repose sur un examen « neutre » de la seule pratique opérationnelle des Etats, de sorte que sa critique des auteurs qui « se fondent, à vrai dire, moins sur le droit positif que sur des considérations de justice et d'équité » (*ibid.*, p. 345) peut lui être retournée si on l'estime justifiée.

⁷⁴ L. KOPELMANAS, « Custom as a means of the creation of international law » *BYBIL*, 1937, vol. 18, pp. 127-151.

⁷⁵ *TDIC*, p. 78 §22, et la note 1.

S. Sfériadès, « un célèbre juriste américain, Story », l'article de Lazare Kopelmanas, « une publication du Professeur Hamel », un article de Lassa Oppenheim, la pensée de Jean-Jacques Rousseau, « le célèbre juriste italien Anzilotti » et de nouveau Jean-Jacques Rousseau et Lassa Oppenheim⁷⁶ ; mais c'est dans *tous* les cas pour *rejeter* leurs positions ; *aucun* auteur ou texte cité n'est *approuvé*⁷⁷. Comme dans la plupart de ses autres travaux, les seules opinions admises sont donc celles de Kelsen lui-même, et aucun élément extérieur à la « pure » pensée du Maître ne vient les étayer⁷⁸. Le silence de Kelsen sur ce qu'il doit probablement à Lazare Kopelmanas peut aussi s'expliquer par le fait que l'article de ce dernier a probablement irrité Kelsen. En effet, Lazare Kopelmanas y montre longuement que les juges internationaux et les Etats considèrent souvent que le caractère moral ou rationnel du « contenu » de la règle doit être pris en compte dans l'établissement de sa force obligatoire au titre du Droit coutumier⁷⁹ – un choix politique que Kelsen a toujours critiqué, et dont la contestation est d'une certaine manière l'objet principal de l'article⁸⁰.

⁷⁶ Les italiques sont d'origine. V., respectivement : *TDIC*, pp. 68, 69, 70 note 1, 74, 78 et les notes 1 et 2, pp. 81-82 et la longue note 1, pp. 83, 84.

⁷⁷ Sans l'approuver de manière parfaitement claire, Kelsen cite une fois Lassa Oppenheim (v. *TDIC*, p. 79 §24) sans le contredire. Il rejette cependant ensuite clairement l'essentiel de sa conception de la coutume (v. *TDIC*, pp. 81-82, note 1, et p. 83 §28).

⁷⁸ Dans l'article commenté, le seul indice concernant les personnes ayant pu influencer sa théorie du Droit international coutumier (en particulier Lazare Kopelmanas et l'élève de Kelsen, Joseph Kunz) est la référence faite à « [c]ertains auteurs réputés (par exemple Oppenheim) » (*TDIC*, p. 79 §24, v. sur ce point la note précédente) et à « quelques auteurs » (*TDIC*, p. 72 §15 et p. 76 §15). Le caractère évasif de ces expressions a pour conséquence que le lecteur dispose d'informations détaillées sur ceux qui font l'objet du rejet de Kelsen, mais que les sources d'inspiration de ce dernier sont singulièrement effacées, comme s'il essayait de présenter sa théorie comme étant pure de toute origine. Le commentateur ne peut recenser les sources de cette pensée qu'en réunissant des indices et en faisant des conjectures à partir d'eux.

⁷⁹ L. KOPELMANAS, « Custom », *op. cit.*, pp. 143-144, 148, 151. D'autres l'avaient affirmé ou constaté à l'époque (par ex. P. DE VISSCHER, « La codification du droit international », *RCADI*, 1925-I, vol. 6, pp. 365-366 ; S. SÉFÉRIADÈS, « Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement », *RGDIP*, 1936, vol. 43, pp. 189-194 §32) et d'autres le feront (par ex. L. SKUBISZEWSKI, « Elements of customs and the Hague Court », *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1971, vol. 31, pp. 850 et s.). C'est même la conclusion la plus importante de l'étude (relativement) contemporaine de loin la plus fouillée et la plus approfondie de cette question, celle de Peter Hagggenmacher : P. HAGGENMACHER, « La doctrine des deux éléments », *op. cit.*, p. 118 §51.

⁸⁰ V. surtout : *TDIC*, pp. 74-75 §17. Sur ce point, v. également *infra* p. 156-158. Il faut ajouter que Lazare Kopelmanas critique respectueusement, mais très vigoureusement la théorie kelsénienne de la guerre comme sanction d'un fait illicite (L. KOPELMANAS, « Custom », *op. cit.*, p. 134, note 3), et que les caractères de son article – une étude approfondie et nuancée de la jurisprudence internationale et (chose plus rare) de la pratique étatique – contrastent avec le style très tranché et globalement non-illustré de l'article de Kelsen.

Néanmoins, certains des éléments les plus originaux de l'article de Kelsen viennent certainement de celui de Lazare Kopelmanas. On doit relever en particulier chez les deux, une position critique à l'égard de la CPJI⁸¹, l'affirmation de l'importance du juge dans « l'établissement » de la coutume⁸², et surtout la négation – répétée et rappelée en conclusion dans l'article de Lazare Kopelmanas – de la nécessité de l'*opinio juris* dans cet établissement⁸³. Il est donc probable que Kelsen ait Lazare Kopelmanas en tête, lorsqu'il soutient que « quelques auteurs » estiment qu'il suffit de prouver, au titre de l'*opinio juris*, que les Etats *souhaitent* voir une norme *devenir* juridiquement obligatoire (et non qu'ils aient conscience qu'elle est déjà juridiquement obligatoire), ou même qu'ils considèrent que l'*opinio juris* n'a pas à être démontrée⁸⁴.

En outre, le deuxième argument avancé par Kelsen pour dénier toute importance à l'*opinio juris* est manifestement la généralisation d'un argument de Lazare Kopelmanas à propos de la pratique issue des organes « internes » des Etats. Dans un tel cas en effet, le professeur parisien estime qu'« [...] aucune *opinio juris* des parties intéressées n'est susceptible d'être découverte »⁸⁵. Or, le second argument de Kelsen visant à démontrer « l'inutilité » de l'*opinio juris* est qu'« il est presque impossible de prouver » une telle conviction, et même « de l'examiner »⁸⁶. Chez Kelsen, cette absence de nécessité de prouver l'*opinio juris* est générale, mais l'*opinio juris* y est également présentée comme *spécialement* inutile lorsque « [l]es sujets créateurs du droit coutumier » sont les « organes intérieurs des Etats »⁸⁷. Par exemple, « l'élément psychique, l'*opinio juris sive necessitatis*, n'est évidemment pas essentiel » lorsque « [d]es règles du droit international coutumier relatives à la situation juridique des étrangers » sont tirées « des actes étatiques posés par les organes législatifs, judiciaires et administratifs des Etats », c'est-à-dire par la « pratique intérieure des Etats »⁸⁸.

⁸¹ *Ibid.*, p. 129 note 1, pp. 145 *in fine*-146.

⁸² *Ibid.*, pp. 141-146 (avec les nuances p. 129 et p. 142).

⁸³ *Ibid.*, pp. 132, 144, 148, 151. Notant cette filiation probable, v. not. S. YEE, « The News that *Opinio Juris* « is not a necessary element of customary law » is greatly exaggerated », *GYIL*, 2000, vol. 43, p. 231; H. TAKI, « *Opinio Juris* », *op. cit.*, p. 450.

⁸⁴ *TDIC*, p. 72 §15 et p. 73 §15.

⁸⁵ L. KOPELMANAS, « Custom », *op. cit.*, p. 148 (notre trad.).

⁸⁶ *TDIC*, p. 73 §16. Dans un sens comparable, v. par ex., chez P. GUGGENHEIM : « Principes du droit international public », *RCADI*, 1952-I, vol. 80, p. 71 §2.

⁸⁷ *TDIC*, p. 76 §21.

⁸⁸ *TDIC*, pp. 76-77 §21.

Quelle que soit son origine, l'argument de l'impossibilité de prouver l'*opinio juris* n'est pas seulement non-convaincant, il est extrêmement intrigant : ici par exemple, comment est-il possible de comprendre autrement que comme exprimant une opinion sur le Droit international coutumier, des « actes étatiques », c'est-à-dire des textes qui se réfèrent à ce Droit, ou pour en nier la valeur, ou pour la reconnaître ou la préciser ? De même, comment la situation fréquente de la dénonciation quasi-unanime du comportement d'un Etat comme contraire à une norme de Droit international général, pourrait être comprise autrement que comme traduisant la conviction commune que cette norme est juridiquement obligatoire ? Toujours dans le même sens, comment la réponse d'un Etat, qui soutient que la règle dont on dit qu'il l'a violé est bien obligatoire en Droit mais qu'il se trouve dans le cadre d'une exception à cette règle, peut-elle être interprétée autrement que comme manifestant sa conviction de la valeur de la règle sur un plan général ?⁸⁹ On pourrait donner de nombreux autres exemples du même type, de sorte que l'invitation de Kelsen à considérer les choses autrement est complètement contre-intuitive. Pour cette raison, elle doit, pour être admise, être fortement justifiée et étayée. Or, comme souvent, Kelsen se contente ici d'affirmations. Certains auteurs qu'il influencera sur ce point, comme Paul Guggenheim et Karol Wofke, explicitent peut-être davantage l'argumentation kelsénienne : selon le premier, il est par exemple impossible de savoir si un Etat a agi d'une certaine manière pour se conformer à une règle x, ou au contraire sans se soucier du Droit, ou encore en s'en souciant mais sans penser que la règle x (dont la validité est en question) est juridiquement obligatoire⁹⁰ ; selon le second auteur, les Etats agissent souvent sans souci du Droit ou avec la conviction de le violer et il est très difficile de savoir ce qu'ils pensent. La conviction de respecter le Droit est donc un motif psychologique invérifiable, du moins « au niveau minimum de certitude légale requis »⁹¹.

⁸⁹ On reprend ici le célèbre raisonnement de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. V. CIJ, arrêt du 27 juin 1986, *Rec. CIJ*, 1986, p. 98 §186.

⁹⁰ P. GUGGENHEIM, « Principes du droit international public », *op. cit.*, p. 71 ; *id.*, *Traité de Droit international public – avec mention de la pratique internationale et suisse*, Genève, Librairie de l'Université, Georg & Cie S. A., 1953, t. 1, p. 47 ; *id.*, « Les deux éléments de la coutume en droit international », in *La technique et les principes du Droit public – Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, vol. 2, p. 276.

⁹¹ K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publ., coll. *Developments in International Law*, 1993, 2nd Ed., p. 47 (notre trad.). Initialement, la position

Il y a évidemment du vrai dans ces remarques (du moins pour *certain*s comportements des Etats), mais elles manquent largement leur cible parce que ce qui est pris en compte au titre de l'*opinio juris* n'a rien à voir avec la conviction véritable, ou psychologique, des personnes juridiques internationales (pour autant, d'ailleurs, que la recherche d'une telle conviction « psychologique » ait un sens pour les personnes juridiquement « construites » que sont les Etats et des organisations internationales). Il s'agit au contraire des convictions *officiellement exprimées* par les représentants de ces personnes *dans la vie sociale internationale*, à travers leurs déclarations, protestations, dénonciations, justifications, silences, reconnaissances⁹², etc. Si l'on admet que c'est cela qui est exigé au titre de l'*opinio juris*, et que c'est ainsi que le comprennent les juges internationaux comme les personnes juridiques internationales, il n'y a strictement aucune impossibilité probatoire : il suffit de se référer à ces manifestations de volontés ou de convictions, fussent-elles silencieuses⁹³. A propos de l'impossibilité d'apporter la preuve de leurs volontés et convictions, Kelsen aurait d'ailleurs dû préciser si, selon lui, c'est sur le plan des sciences empiriques (des méthodes de preuve admises dans le cadre de ces sciences), ou sur celui du Droit (des moyens de preuve admis dans le cadre d'un Droit particulier) qu'il existe une impossibilité de prouver l'existence d'une conviction sociale de la valeur juridique d'une règle. Vu l'insistance avec laquelle il souligna, dans des travaux antérieurs, la différence entre la volonté au sens psychologique et la volonté au sens d'une norme juridique, on peut en tous les cas considérer qu'il n'aurait dû envisager ici l'*opinio juris* qu'au sens prévu par le Droit relatif à la source coutumière, et que le problème qu'il soulève n'en est donc pas un.

Le refus de reconnaître des effets juridiques aux discours « ordinaires » des personnes internationales (avant la reconnaissance « officielle » de la règle) est le second (mais il est présenté en premier) des deux arguments avancés par Kelsen pour dénier la valeur de l'exigence d'une *opinio juris*. Cet argument ne provient pas, de son côté, de l'article de Lazare Kopolmanas et est même contredit par lui. Il n'est compréhensible qu'à partir de la théorie *a priori* de la validité des

de Karol Wolfke était encore plus « kelsénienne ». V. K. WOLFKE, « L'élément subjectif dans la coutume internationale », *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego*, Prawo VII, 1960, Série A, Nr. 27, pp. 161-170. V. également, développant ce même argument : T. GIHL, « The Legal Character and Sources of International Law », *Scandinavian Studies in Law*, 1957, vol. 1, pp. 51-92, spéc. p. 84.

⁹² D'où la théorie dite « de l'interaction sociale » ou des « attentes légitimes » (*reasonable expectations*).

⁹³ Comp., à peu près dans ce sens : H. TAKI, « *Opinio Juris* », *op. cit.*, p. 449.

normes de Droit alors défendue par Kelsen. Selon cette dernière, une norme juridique est la signification d'une manifestation de volonté⁹⁴, et ne peut être valide qu'à raison de son mode de « production »⁹⁵. Du point de vue de cette théorie *a priori*, le fait que des personnes juridiques internationales s'estiment liées par des règles de Droit qui ne sont ni « posées », ni formellement reconnues constitue une erreur. En conséquence, Kelsen affirme que les personnes qui s'estiment tenues par ces règles « se trompent »⁹⁶ : elles pensent être liées en Droit, mais « objectivement », sur un plan que seul connaît un scientifique du Droit comme Kelsen, elles ne le sont pas⁹⁷.

A partir de ces deux arguments entrelacés, Kelsen rejette les affirmations les plus explicites des juges internationaux et des Etats. Il le fait, mais non pas en se référant à des affirmations contraires, ou différentes de la part des juges internationaux, des traités ou des Etats. Ce qu'il oppose aux formules positives du Droit, c'est une *interprétation subjective* de ce qu'il appelle la « réalité du droit »⁹⁸ ou les « réalités du Droit positif »⁹⁹. Cette réalité, c'est selon lui la « pratique des tribunaux » internationaux. Toutefois, cette pratique est manifestement distincte de ce que les tribunaux disent dans leurs arrêts, et elle concorde plutôt avec ce que Kelsen dit qu'ils doivent faire, par opposition à ce qu'ils ne font pas « parce qu[e, selon lui,] il est impossible » qu'ils le fassent¹⁰⁰. Bien sûr, cette soi-disant description neutre et scientifique de la « pratique des tribunaux » est complètement contraire à la jurisprudence de l'époque, et elle n'est étayée d'aucune référence précise ou vérifiable. Plus exactement, la seule référence que Kelsen fait à la (vraie) « pratique des tribunaux » est une absence, « dans les dossiers de la Cour » permanente de Justice internationale, d'« un véritable examen de l'élément psychique d'une coutume » dans

⁹⁴ TPD, p. 19, note 7. V. plus largement : TPD, pp. 18-19.

⁹⁵ V. *supra*, p. 112.

⁹⁶ TDIC, p. 72 §14. Selon Hiroshi Taki (v. H. TAKI, « Die Entstehung des Gewohnheitsrechts und die *opinio juris* : von Puchtas Lehre zu Génys Lehre », in H. MENKHAUS, F. SATO (Eds.), *Japanischer Brückenbauer zum deutschen Rechtskreis: Festschrift für Koresuke Yamauchi zum 60. Geburtstag. (Schriften zum Internationalen Recht)*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, p. 313 et H. TAKI, « *Opinio Juris* », *op. cit.*, p. 448), cet argument de « l'erreur » des personnes juridiques était déjà largement connu des penseurs allemands du Droit coutumier au XIX^{ème} siècle, en particulier de Georg Friedrich Puchta et Friedrich Carl von Savigny. Selon Peter Haggemacher, « [l]a problématique » soulevée par Kelsen « remonte [même] à Celse ; voir *digeste*, 1, 3, 39 » (P. HAGGENMACHER, « La doctrine des deux éléments », *op. cit.*, note 332).

⁹⁷ TDIC, p. 72 §15.

⁹⁸ V. par ex. TDIC, p. 70, note 1.

⁹⁹ V. par ex. TDIC, p. 81 §27, p. 82 §27, p. 82 en note (souligné ajouté).

¹⁰⁰ TDIC, p. 73 §16.

l'affaire du *Lotus*¹⁰¹. Ce que Kelsen désigne par l'expression « dossiers de la Cour » n'est pas clair, mais ce qui l'est est que de deux choses l'une : ou bien cette expression désigne les documents relatant les délibérations de la Cour, et dans ce cas, étant donné qu'ils sont aussi secrets que ces délibérations, Kelsen imagine une réalité invérifiable ; ou bien elle désigne les mémoires et plaidoiries des parties, et l'argument ne vaut alors rien puisque ces mémoires et plaidoiries renseignent sur ce que font les parties et non la Cour. Même si l'argument était pertinent, il renvoie à une réalité de fait imaginaire puisque, bien entendu, les mémoires et plaidoiries des parties en l'espèce sont pleins de références à l'*opinio juris* qu'elles invitent la Cour à examiner¹⁰². Il ne reste donc plus que la motivation de l'arrêt... dont Kelsen admet justement qu'elle dit le contraire de ce qu'il avance !

Méthodologiquement, on touche peut-être ici au cœur du problème de la démarche concrètement prônée par Kelsen : en présentant des discours, et en vérité *ses* discours *sur* le Droit comme des « réalités du droit positif », Kelsen s'autorise à dire exactement le contraire du sens courant et généralement admis des textes. Cela ne serait pas gênant s'il s'abstenait de dissimuler les jugements de valeur qui guident son interprétation, derrière une rhétorique selon laquelle il constate des faits bruts de manière neutre et scientifique, tandis que ses contradicteurs livrent des interprétations qui, parce qu'elles sont subjectives, ne peuvent pas être mises au même niveau et discutées sérieusement. Cette auto-justification omniprésente est problématique parce qu'en pratique, il est évident qu'il oppose à une interprétation une autre interprétation, à un « discours sur des discours » un autre « discours sur des discours », et qu'il refuse simplement de discuter les interprétations alternatives sur le plan qui convient, celui de la raison pratique (du probable, du raisonnable, de l'opportun, etc.) au motif purement sophistique qu'il constate objectivement tandis que les autres interprètent subjectivement.

c. La révision de la conception du Droit international coutumier défendue en 1939, par le Kelsen de 1945

Malgré l'extraordinaire insistance et radicalité du ton de Kelsen sur la question de l'*opinio juris* en 1939, il va rapidement modifier son opinion. Celle-ci paraît rester la même dans ses *Oliver Wendell Holmes*

¹⁰¹ *TDIC*, p. 74 §16.

¹⁰² Pour un exemple, v. *infra* la note 204.

Lectures de 1940 et 1941¹⁰³, mais elle change nettement dans sa *Théorie générale du droit et de l'Etat* (1945)¹⁰⁴ et dans la première édition de ses *Principles of International Law* (1952)¹⁰⁵. Malgré le doute qu'il laisse planer assez longtemps dans son cours général de Droit international de 1953¹⁰⁶, il finit par y affirmer clairement que « [l]e droit coutumier est créé (...) par un comportement usuel ou habituel, par une pratique établie depuis longtemps », mais qu'il ne s'agit là

« (...) que [de] l'un des éléments donnant à la coutume le caractère d'un fait créateur de Droit. Le second élément est que les individus dont la conduite constitue la coutume doivent avoir la conviction qu'en agissant ou en s'abstenant d'une manière déterminée ils exécutent une obligation ou ils exercent un Droit. Ils doivent être persuadés qu'ils appliquent une norme, mais ils ne doivent pas nécessairement croire qu'il s'agit d'une norme juridique. Il suffit qu'ils tiennent leur conduite pour obligatoire ou juste. A défaut d'une telle conviction leur conduite établit ce qu'on appelle un usage, mais non une coutume créatrice de normes juridiques »¹⁰⁷.

Dans cet extrait, Kelsen admet finalement la dualité des « éléments » de formation des règles coutumières, mais soutient que la conviction (des personnes juridiques internationales) sur laquelle le juge international (ou, probablement, l'auteur de doctrine) doit se fonder pour affirmer la valeur d'une norme coutumière, peut n'être que la conscience d'une norme de courtoisie, ou d'une norme morale, et non forcément d'une norme juridique. Il estime donc, de manière un peu surprenante, qu'en se fondant sur la conviction sociale qu'une norme est obligatoire au titre de la courtoisie internationale ou de la morale universelle, on peut affirmer son caractère obligatoire *au titre du Droit coutumier*, et donc la *distinguer* des « usages », de la courtoisie et de la morale.

¹⁰³ V. H. KELSEN, *Law and Peace in International Relations*, *op. cit.*, 1948 [1^{ère} impression : 1942], p. 114, où les règles coutumières sont censées découler du seul « comportement uniforme et continu des individus » (notre trad.).

¹⁰⁴ *TGDE*, p. 168 (dans la version originale : *General Theory of Law and State*, trad. d'A. Wedberg, New York, Russell & Russell Publishers, 1945, ou bien Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1949 (third impression), spéc. p. 114).

¹⁰⁵ H. KELSEN, *Principles of International Law*, New-York-Chicago-San Francisco-Toronto-London, Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1952, 1st Ed., p. 307.

¹⁰⁶ Dans ses premières pages, Kelsen suggère plutôt, comme dans son article de 1939, que les règles internationales coutumières sont identifiées à partir des seuls *comportements* des personnes juridiques. V. « Théorie du Droit international public », *RCADI*, 1953-III, vol. 84, pp. 11, 28, 45. Au fur et à mesure que le cours avance, Kelsen intègre l'élément psychologique, l'*opinio juris*, dans la référence à la coutume. V. *ibid.*, p. 99.

¹⁰⁷ H. KELSEN, « Théorie du Droit international public », *op. cit.*, 1953, p. 123 (italiques ajoutés). Kelsen traduit ici ses *Principles of International Law*, *op. cit.*, 1952, p. 307.

Cette position théorique est lourde de sens : elle implique que Kelsen estime suffisante la légitimité ou l'autorité dont dispose le juge (ou, probablement, l'auteur de doctrine) dans les rapports internationaux, pour qu'il puisse affirmer qu'une norme non-comprise comme juridiquement obligatoire par la plupart des personnes juridiques internationales s'impose « en vérité » à eux. Il considère par là que (cet auteur de doctrine, et en tout cas) ce juge peut agir comme un véritable législateur.

Contraire à une jurisprudence constante, cette nouvelle position kelsénienne pose au moins deux problèmes. Le premier est que Kelsen n'indique pas clairement comment il répond à l'objection qu'il soulevait en 1939. Des personnes juridiques internationales convaincues qu'une norme générale soit obligatoire en Droit, même en l'absence d'accord formel en ce sens, sont-ils toujours dans l'« erreur » ? En outre, si – comme Kelsen le soutient par ailleurs – le caractère obligatoire d'une norme qui n'est pas positivement reconnue ou formulée ne peut pas faire l'objet d'un consensus, même grossier, mais est toujours complètement relatif et subjectif, comment est-il possible qu'il fasse ici l'objet d'un consensus global ? Surtout, qu'est-ce qui justifie qu'on s'appuie sur un tel consensus, alors que la norme fondamentale kelsénienne – à propos de laquelle Kelsen a soutenu qu'elle était le « fondement de la validité du droit international coutumier »¹⁰⁸ – consistait en « la norme qui institue *l'état de fait de la coutume* comme acte créateur de droit, un état de fait bien déterminé »¹⁰⁹, donc exigeait *uniquement* une pratique générale, un pur fait matériel ? On retombe ainsi sur la cascade de contradictions situées au centre de la théorie kelsénienne du Droit.

Le deuxième problème est le suivant¹¹⁰ : si la seule conviction exigée de la part des personnes juridiques internationales est celle selon laquelle leur comportement se conforme à une norme, qu'elle soit juridique, morale *ou* de courtoisie, on ne voit pas bien comment des normes morales ou de courtoisie globalement respectées peuvent ne pas devenir obligatoires en Droit. Pourtant, en pratique, il est

¹⁰⁸ *TDIC*, p. 67 §9.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 67 §9 (italiques ajoutés).

¹¹⁰ Ce second problème, qui est double, a été dégagé par Joseph Kunz dans son article « The Nature of Customary International Law » (reproduit in J. KUNZ, *The Changing Law of Nations – Essays on International Law*, Ohio, Ohio State University Press, Columbus, 1968, aux pages 340-341). Ce qui suit est une reformulation et un développement des deux arguments qu'il avance. Comp. à l'argumentaire de J. Kunz, celui, à nos yeux plus faible, de Paul Guggenheim dans P. GUGGENHEIM, « Les deux éléments de la coutume en Droit international », *op. cit.*, pp. 278-280.

manifeste que de telles normes sont reconnues par l'ensemble des acteurs internationaux, et reconnues comme morales ou de courtoisie, et non comme règles obligatoires au titre du Droit coutumier¹¹¹. Or, si ces règles n'ont pas toutes vocation à devenir obligatoires en Droit, les acteurs juridiques doivent dégager le ou les critères justifiant le basculement d'une norme de courtoisie dans le domaine du Droit. Rejeter une interprétation courante et classique de l'*opinio juris* mène ainsi à de graves impasses pratiques. En outre, il est difficile de comprendre l'expression *opinio juris*, omniprésente dans les formulations positives du Droit en vigueur, comme l'exigence d'une conviction de respecter une norme quelconque et non une norme *juridique*, tant le mot « *juris* » désigne traditionnellement le Droit.

Il est aisé d'éclairer le premier problème : Kelsen ne répond tout simplement pas à l'objection qu'il avait formulée. La conviction que peuvent avoir les personnes juridiques internationales d'être liées par des règles juridiques (qui ne sont pas formellement reconnues) n'est pas une erreur de leur part, ou plutôt, elle n'en constitue une que par rapport à une théorie positiviste du Droit en vigueur (dont on peut penser qu'elle devrait justement être révisée sur cette base) ; de même, on l'a dit, l'impossibilité d'un consensus global sur la valeur de certaines règles est un poncif épistémologique grossier, controuvé empiriquement, et avancé pour des raisons purement idéologiques ; l'exigence systématique de l'*opinio juris* par les personnes juridiques internationales comme par les juges internationaux et nationaux montre simplement le caractère inadéquat de la « norme fondamentale » du Droit international, telle qu'elle est décrite par Kelsen en 1939 et par la suite ; enfin, *last but not least*, ce qui justifie la prise en compte de l'*opinio juris* par les juges internationaux, ou plus exactement l'exigence formulée par les Etats que les juges internationaux se fondent sur l'*opinio juris* pour décider de reconnaître une norme coutumière reflète simplement le souci d'éviter l'arbitraire des grandes puissances et des juges internationaux, qui pourraient, les uns comme les autres ou de manière complice, essayer d'imposer certaines pratiques à l'ensemble des petits et moyens Etats (petits et moyens Etats qui, de leur côté les jugeraient injustes mais ne disposeraient pas d'argument juridique pour s'y opposer).

¹¹¹ Dans un sens comparable, v. A. D'AMATO, *The concept of Custom in International Law*, préf. de R. Falk, New York, London, Ithaca, Cornell University Press, 1971, p. 67 ; J. L. SLAMA, « *Opinio juris* in Customary International Law », *Oklahoma City Law Review*, 1990, vol. 15, n°2, p. 623.

En ce qui concerne le second problème, l'usage de l'expression « *opinio juris* » par la plupart des acteurs juridiques montre qu'il existe un consensus autour de l'interprétation de l'article 38 et du Droit relatifs aux sources, pour considérer que les personnes juridiques internationales – et spécialement les Etats intéressés par les règles en question – doivent reconnaître les normes coutumières comme *juridiquement* obligatoires, avant que le juge ne confirme qu'elles ont ce caractère. C'est là la position constante de la jurisprudence internationale, et pour les raisons impérieuses qu'on a dites au paragraphe précédent, il est important qu'elle soit fermement maintenue.

Malgré tous ces problèmes logiques, éthiques et pratiques, Kelsen ne va pas par la suite se ranger à la conception du Droit international coutumier la plus largement validée par le Droit positivement formulé. C'est même le contraire qui va se produire. Kelsen va éluder ces questions dans la seconde édition de sa *Théorie pure du droit*, et va implicitement revenir, pour des raisons de cohérence, à sa position initiale.

d. Retour à la pureté : la conception du Droit international coutumier dans la seconde édition (1960) de la *Théorie pure du droit* et dans la *Théorie générale des normes* (posthume)

Dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit* (1960), Kelsen développe de nouveau l'idée qu'une *opinio juris* antérieure à la reconnaissance « officielle » d'une norme de Droit dans un acte « posé » est forcément une erreur¹¹². Bien sûr, il s'oppose une nouvelle fois au Droit international en vigueur en se fondant sur son souhait « scientifique » de saisir un acte matériel, situable dans le temps et l'espace, auquel rattacher la valeur des devoirs juridiques. Mais ce qui est intéressant est qu'évitant cette fois de faire ressurgir les querelles d'hier, il ne tire explicitement aucune conclusion de « l'erreur » : il ne dit pas ouvertement qu'il faut rejeter l'*opinio juris*, ou qu'il convient ou ne convient pas de s'appuyer sur la conviction sociale de la valeur juridique ou non-juridique de la règle pour la reconnaître comme coutumière. La question est éludée et, en apparence, Kelsen passe rapidement à un autre thème, celui de la norme fondamentale de tout ordre juridique.

¹¹² *TPD*, p. 228.

Ce thème est pourtant, suivant Kelsen lui-même, le même que celui du Droit international coutumier¹¹³. Il en résulte que sa position sur la « norme fondamentale » doit concorder avec celle qu'il tient sur le Droit international coutumier, et qu'il est face à un dilemme : doit-il décrire la « norme fondamentale » conformément à ce qu'il a soutenu jusque-là dans ses travaux de théorie du Droit, à savoir comme une norme qui renvoie uniquement au respect *de fait* d'un ensemble de normes, à des pratiques opérationnelles, à des éléments de *Sein* visibles et matériels ? Ou doit-il admettre ce qu'il a finalement reconnu dans ses travaux de Droit international, à savoir que le Droit international relatif à la source coutumière renvoie non seulement à un élément matériel – une pratique générale – mais également à un élément psychologique – la conviction de la valeur d'une norme ? La *Théorie pure du droit* ne fournit pas de réponse claire et penche tantôt d'un côté, tantôt de l'autre. On peut par exemple y lire que « [d]ans la norme fondamentale supposée du droit international, qui institue la coutume étatique comme fait créateur de droit, s'exprime le principe qui est l'hypothèse fondamentale de tout droit coutumier : l'individu doit se conduire de la façon dont les autres individus se conduisent habituellement *dans l'idée qu'ils doivent le faire (...)* »¹¹⁴. Néanmoins, et conformément à l'aspiration scientifique de l'auteur de la *Théorie pure du droit*, et à son projet global, l'essentiel de l'ouvrage insiste sur le renvoi, par la norme fondamentale, à des éléments purement matériels, à des faits et rien qu'à des faits¹¹⁵.

Dans son dernier grand ouvrage, la *Théorie générale des normes*, c'est encore plus le cas. En son sein, la « création » d'une norme de Droit « par la coutume » est censée résulter – par exception à la « création » des normes par des « actes de volonté »¹¹⁶ – du « fait que les personnes ont effectivement l'habitude de se comporter d'une manière déterminée »¹¹⁷, sans aucune référence à un élément

¹¹³ Dans le petit *h* (*La norme fondamentale du droit international*) du paragraphe 34 de la *Théorie pure du droit*, Kelsen identifie en effet à plusieurs reprises la « norme fondamentale » du Droit international et celle du Droit tout court, à la norme « qui institue la coutume des Etats comme fait créateur de droit » (*TPD*, p. 218, et dans le même sens : *ibid.*, p. 219).

¹¹⁴ *TPD*, p. 219 (les italiques sont ajoutés).

¹¹⁵ V. en particulier : *TPD*, pp. 218-219 (« [la norme fondamentale] représente l'hypothèse moyennant laquelle le « droit international général » – *c'est-à-dire les normes efficaces en gros et de façon générale* qui règlent la conduite mutuelle des Etats peuvent être considérées comme des normes juridiques obligatoires liant les Etats. Ces normes sont créées par la voie d'une coutume *qui est constituée par la conduite effective des Etats [...]. [...]* C'est là la Constitution – au sens de la logique juridique – du droit international ») (les italiques sont ajoutés).

¹¹⁶ *TGN*, pp. 3, 401.

¹¹⁷ *TGN*, p. 3.

psychologique. Dans d'autres passages, Kelsen retient ou suggère à peu près la même conception, purement matérialiste, de la formation coutumière selon laquelle « on doit se comporter comme les êtres humains ont coutume de se comporter habituellement »¹¹⁸, quelle que soit l'évaluation courante de ce comportement habituel ou la signification qui lui est généralement attribuée. La source coutumière renvoie à ce « fait de réalité » qu'est le comportement habituel¹¹⁹, et non à une conviction relative à la signification juridique, ou même plus largement normative de ce comportement. Kelsen revient ainsi, *in fine*, à sa définition de 1939.

On voit ici la nécessité dans laquelle, pour pouvoir affirmer l'identité de la source de la coutume internationale et de la « norme fondamentale » de tout ordre juridique, Kelsen s'est trouvé de dissimuler son revirement d'après-guerre, et le choix qu'il a fini par faire, dans ses travaux de Droit international, de réintégrer un élément subjectif, psychologique, social ou politique, dans son explication de la formation du Droit international coutumier. D'une manière générale, ce sont cependant les positions sur le Droit coutumier adoptées dans la « Théorie du droit international coutumier », dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit* et dans la *Théorie générale des normes* qui sont les plus cohérentes avec la théorie générale du Droit de Kelsen, parce qu'elles sont les plus cohérentes avec son projet de dépolitisation du Droit.

2. Le remplacement de l'opinio juris des Etats par les convictions des juges et des acteurs non-étatiques

a. La valorisation du rôle du juge international (§§16-22)

Dans son article de 1939, l'une des principales conséquences tirées par Kelsen de sa suppression de l'exigence de la preuve d'une *opinio juris* concerne le juge. Selon lui, dans la détermination des règles de Droit international coutumier, le juge peut « considérer le fait de la répétition prolongée et constante des mêmes actes extérieurs comme suffisant *ou non* pour constituer une coutume créatrice de droit »¹²⁰. Plus exactement, il est entièrement libre dans la fixation de la signification juridique des comportements des personnes juridiques

¹¹⁸ *TGN*, p. 405 (dans l'original, le mot « doit » est en italiques). V. également p. 4 et p. 5, où Kelsen évoque une règle ou une « hypothèse » qui rappelle celle qui formule la source coutumière, mais qui ne fait aucune référence à l'*opinio juris* ou à une conviction quelle qu'elle soit.

¹¹⁹ *TGN*, p. 405.

¹²⁰ *TDIC*, p. 74 §16 (les italiques sont ajoutés).

internationales. Le juge de la CPJI n'est en rien tenu par l'article 38) 1) b) de son Statut, ou par l'interprétation que la Cour a précédemment retenue de cet article, et qui exige la démonstration d'une *opinio juris*. Il n'a aucune obligation de se référer à la conviction d'une « morale sociale »¹²¹, ou à la pratique étatique dans la mesure où elle s'accorde avec les « besoins sociaux, [les] exigences de la communauté internationale, [les] nécessités de l'ordre juridique », ou avec « la justice ou (...) l'équité »¹²². C'est donc, selon Kelsen, de manière entièrement « libre »¹²³ et même de manière entièrement « arbitraire »¹²⁴, que le juge international, et plus largement « l'organe compétent [pour] appliquer la règle considérée »¹²⁵ peut agir.

Etant donné le caractère particulièrement indéterminé de la signification juridique de la pratique des Etats si elle n'est pas « éclairée » par les discours formulant leur *opinio juris*, l'affirmation, par le juge – et probablement aussi par le « scientifique du droit » – qu'une norme coutumière est valide ou ne l'est pas est strictement incontrôlable et incontestable sur un terrain proprement juridique. C'est la raison pour laquelle Kelsen répète trois fois le terme « arbitraire » et le met en italiques. C'est aussi pour cela qu'il soutient que l'exigence positive d'un élément psychologique dans l'établissement d'une règle coutumière « n'a aucune [autre] fonction que de *dissimuler* le rôle important, pour ne pas dire dominant, que joue, dans la formation du droit coutumier, *l'arbitraire de l'organe compétent à appliquer le droit* »¹²⁶. Naturellement, étant donné que ce que Kelsen critique n'est pas une « théorie », comme il l'appelle, mais une obligation positivement formulée et formellement reconnue par la CPJI (puis par la CIJ), c'est la théorie kelsénienne de l'arbitraire du juge, et du caractère incontestable des décisions juridictionnelles à cet égard qui « n'a aucune [autre] fonction que de *dissimuler* » les exigences du Droit international général et du Droit conventionnel sur ce point, probablement en vue de modifier ces dernières.

¹²¹ *TDIC*, p. 74 §17 (les italiques sont de Kelsen).

¹²² *Ibid.*, p. 74 §17. Une telle exigence pourrait pourtant découler, par exemple, d'une interprétation large de l'obligation faite aux juges de la CPJI par l'article 38) 1) c) de leur Statut, de tenir compte des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

¹²³ *Ibid.*, p. 74 §16 (les italiques sont de Kelsen).

¹²⁴ *Ibid.*, p. 75 §18 (les italiques sont de Kelsen).

¹²⁵ *Ibid.*, p. 75 §18.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 75 §18 (les italiques sont de Kelsen).

Kelsen ne fait cependant pas qu'affirmer que le juge dispose d'une compétence discrétionnaire dans la détermination du Droit coutumier ; il affirme que c'est « la pratique des tribunaux internationaux »¹²⁷ qui est décisive dans la formation de ce Droit, et que « [l]a jurisprudence internationale est une des sources les plus importantes du droit coutumier »¹²⁸. Cette dernière n'est donc pas, comme en dispose pourtant l'article 38, un simple « moyen auxiliaire de détermination de la règle de droit ». La jurisprudence internationale est *la principale source du Droit international général*, et le juge international un *législateur mondial*, qui n'est en rien tenu par le Droit international général¹²⁹, et manifestement pas par son statut non plus. Kelsen réalise en quelque sorte son rêve : le juge international peut exercer ses fonctions de législateur suprême de manière « neutre » et « scientifique », libéré des choix politiques des Etats et, derrière eux, des peuples.

Ici, l'œuvre kelsénienne de dépolitisation du Droit passe par le remplacement des convictions de ces acteurs politiques par excellence que sont les Etats, par les convictions du juge. Elle passe aussi par toutes sortes de remarques laissant entendre que le juge est un acteur *juridique*, c'est-à-dire *neutre*, qui rend des décisions « objectives et impartiales », à l'inverse des Etats qui rendent des « décrets politiques » fondés sur la primauté de la force, et qui sont la « négation du droit »¹³⁰.

L'extrême valorisation kelsénienne du juge et de sa liberté dans la détermination de la coutume, ainsi que l'idée selon laquelle les Etats « se trompent » s'ils s'estiment liés par une règle coutumière avant l'intervention du juge international, sont difficilement compatibles avec plusieurs autres affirmations de Kelsen. C'est d'abord le cas de la proposition péremptoire de Kelsen selon laquelle « la coutume est (...) un mode de *création* du droit, et (...) pas seulement (...) une méthode de *constatation* de normes juridiques »¹³¹. Car en effet, si ce n'est pas le juge qui « constate » les normes juridiques coutumières mais bien les Etats qui les « créent », comment ces Etats pourraient-ils se « tromper » à l'égard de leur valeur ? Si c'est bien des Etats que les

¹²⁷ *Ibid.*, p. 73 §16, p. 74 §17, p. 75 §18.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 77 §21.

¹²⁹ H. KELSEN, « Théorie générale du droit international public », *op. cit.*, 1932, p. 181 (« la juridiction internationale, par exemple, n'est réglée que par le Droit contractuel particulier »).

¹³⁰ H. KELSEN, « The Principle of Sovereign Equality », *Yale Law Journal*, 1944, vol. 53, n°2, p. 219 (notre trad.).

¹³¹ *TDIC*, p. 68 §10 (les italiques sont de Kelsen). V. par ex. dans le même sens : *TGDE*, p. 182.

normes coutumières tirent leur signification juridique objective, comment pourrait-on se prévaloir de leur « subjectivité » ? Du reste, la « subjectivité » manifeste du jugement de chaque Etat n'est un problème qu'à l'observateur qui prétend, pour des raisons qui lui sont propres, que le Droit en vigueur *doit* avant toute autre chose être objectivement identifiable, constatable et mesurable à la manière d'un fait matériel et visible dans le cadre des sciences empiriques de la nature. Et en pratique, il est difficile de ne pas voir que la règle coutumière est couramment comprise par les Etats comme la signification de la concordance d'actes conscients, et que c'est le nombre et la convergence de ces actes plutôt que l'autorité formelle de chacun d'eux, ou une confirmation venant du juge, qui confèrent à la règle une valeur juridique. En outre, si seul le comportement des Etats doit être pris en compte, à l'exception de leur *opinio juris*, en quoi peut-on dire qu'ils « créent » des normes coutumières ?

La survalorisation du rôle du juge dans la reconnaissance de la valeur coutumière d'une règle est difficilement compatible, ensuite, avec le caractère « décentralisé » de la société internationale et de la formation du Droit international général, sur lequel Kelsen insiste à de multiples reprises¹³². Toutefois, précisément dans son article sur le Droit coutumier, Kelsen fait le choix *a priori* surprenant de ne rappeler qu'en un minimum de lignes – moins d'une dizaine, c'est de loin le paragraphe le plus court de l'article – sa théorie de la « création décentralisée du droit »¹³³. La raison de cette étonnante minimisation d'une théorie ailleurs jugée fondamentale est naturellement qu'après avoir affirmé que la conviction des Etats n'a aucune importance dans la formation et la détermination du Droit international coutumier, que ce qui en a est surtout « la pratique des tribunaux internationaux », et qu'il est normal et légitime que ceux-ci décident de manière « arbitraire », il est difficile de souligner que ce Droit est véritablement formé, non par le juge, mais de manière décentralisée par les Etats¹³⁴ !

¹³² V. not. H. KELSEN, « Théorie générale du droit international public », *op. cit.*, 1932, pp. 130, 133 ; H. KELSEN, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, A translation of the First Edition of the *Reine Rechtslehre* or Pure Theory of Law, trad. de B. L. Paulson et S. L. Paulson, intr. de S. L. Paulson, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 108 ; H. KELSEN, *The Law of the United Nations*, *op. cit.*, p. 707 ; H. KELSEN, « Théorie du Droit international public », *op. cit.*, 1953, pp. 18-19, 32, 44, 79, 96, 124, 169, 183 *in fine*-184, 199 ; *TPD*, pp. 313-314 ; H. KELSEN, *Principles of International Law*, *op. cit.*, 1952, pp. 8-14 ; *Law and Peace in International Relations*, *op. cit.*, 1948 [1^{ère} impression : 1942], p. 11.

¹³³ *TDIC*, p. 75 §19 (les italiques sont de Kelsen). V. *ibid.*, pp. 75-76 §19.

¹³⁴ Revenu à une théorie de la coutume qui se forme à travers la pratique et l'*opinio juris*, Kelsen pourra de nouveau insister sur le fait que « [l]a coutume est une manière décentralisée de créer des

Quoi qu'il en soit de sa cohérence, plusieurs passages de l'article de 1939 sont clairement orientés dans le sens d'une minimisation du rôle des Etats, et d'une maximisation du rôle des acteurs que Kelsen juge moins politisés.

b. La valorisation du rôle des organisations internationales, des personnes privées et de la doctrine (§§19-22)

La suite de l'article vise en effet à montrer que les Etats ne sont pas les seuls acteurs dont la pratique est prise en considération par le juge (et l'auteur de doctrine) pour dégager le Droit coutumier. D'autres acteurs, comme les quasi-Etats¹³⁵ et les organisations internationales¹³⁶ doivent voir leurs comportements pris en compte. Ensuite, si « [l]es *individus* ne sont pas, ou pas encore, organes de création du droit international, ni coutumier ni contractuel », « [d]es particuliers » autorisés à « plaider – en tant qu'individus – devant les tribunaux internationaux » « participent à la création de la norme de droit international que posera le tribunal »¹³⁷. Enfin, « [p]armi les faits créateurs de la coutume rentre aussi l'activité scientifique consultative des *théoriciens du droit international* »¹³⁸, parmi lesquels Kelsen se compte vraisemblablement. Selon ce dernier, si les vues des Etats sur la valeur des règles générales qui leur sont appliquées sont de peu d'importance, celles « des juristes connus contribuent très efficacement à la création du droit international coutumier »¹³⁹.

Cette valorisation de l'opinion de la doctrine et des personnes privées dans la formation du Droit international coutumier, à côté de l'opinion du juge, ne doit pas surprendre. La double mise en valeur du juge et des personnes privées, et l'abaissement corrélatif de l'importance des Etats (et spécialement des pouvoirs exécutif et législatif des Etats) sont des orientations très générales des travaux de Kelsen relatifs au Droit international. Par exemple, au début de l'article sur le Droit coutumier, il décide de qualifier d'« erreur » et de

normes juridiques » (H. KELSEN, « Théorie du Droit international public », *op. cit.*, 1953, p. 124, et dans le même sens p. 169).

¹³⁵ V. *TDIC*, p. 76 §20.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 77 §21.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 77 §22.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 78 §22 (les italiques sont de Kelsen).

¹³⁹ *Eod. loc.* Suggérant déjà cette idée en 1932, Kelsen écrivait d'ailleurs qu'au moins dans certains cas, les arguments échangés par les universitaires pour ou contre une norme coutumière pouvait « exprime[r] assez bien sans doute (...) certaines des tendances qui sont à la base du processus par lequel se constitue graduellement la coutume internationale » (H. KELSEN, « Théorie générale du droit international public », *op. cit.*, 1932, p. 345).

« préjugé » le choix populaire d'adopter des constitutions qui ne mentionnent pas les conditions de validité des contrats et des décisions de justice, mais uniquement celles de la loi et des actes établissant des règles générales¹⁴⁰. On peut aussi rappeler que le point de départ de sa « Théorie juridique de la convention »¹⁴¹, ainsi que son *leitmotiv*¹⁴², est la dénonciation de l'erreur consistant à opposer la loi et la convention – une erreur déjà dénoncée en 1920 dans *Das Problem des Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*¹⁴³. La critique récurrente des distinctions faites par le Droit en vigueur entre les normes législatives et contractuelles¹⁴⁴, ou législatives et judiciaires, vise clairement à effacer de la représentation ordinaire et positive du Droit, la primauté reconnue aux sources à forte légitimité démocratique sur les sources sans légitimité démocratique directe (le contrat et la décision de justice) ; et il choisit de placer au même niveau que les sources caractérisées par l'usage de la puissance publique en vue du bien public, des sources généralement comprises comme des compromis et des arbitrages entre intérêts privés. De la sorte, Kelsen banalise la loi et hausse le prestige du contrat et de la décision de justice.

Le choix libéral qui s'exprime dans cet aspect de sa théorie des sources apparaît tout autant, par exemple, dans sa théorie des sujets du Droit international. Schématiquement, celle-ci consiste d'un côté à attaquer de manière récurrente la notion de souveraineté étatique¹⁴⁵ (et derrière elle, de souveraineté populaire), et de l'autre à soutenir avec force qu'à l'instar des Etats, les personnes privées peuvent et devraient disposer d'une personnalité juridique internationale, et notamment de droits de recours devant des juridictions internationales contre les Etats étrangers et leur propre Etat¹⁴⁶. Le même choix idéologique explique

¹⁴⁰ *TDIC*, p. 62 §2.

¹⁴¹ « Théorie juridique de la convention » [initialement publié in *APD*, 1940, pp. 33-70], in *Ecrits de Droit international*, *op. cit.*, pp. 85-86 §1.

¹⁴² *Ibid.*, p. 88 §3, p. 91 §6, p. 92 §8, p. 93 §8.

¹⁴³ *Op. cit.*, 1920, pp. 280-287. Kelsen y refuse en effet l'argument consistant à dire que la confédération (*Saatenbund*) est fondée sur un traité ou un contrat (*Vertrag*), tandis que l'Etat fédéral (*Bundesstaat*) l'est sur une constitution (*Verfassung*), en affirmant que cette distinction entre *Vertrag* et *Verfassung* n'a « aucune signification logico-systématique admissible » (p. 286) (notre trad.).

¹⁴⁴ C'est par exemple aussi sur ce thème que s'ouvre sa « Contribution à la théorie du traité international » [initialement publié dans *Revue internationale de la théorie du droit*, 1936, pp. 253-292], in *Ecrits de Droit international*, *op. cit.*, pp. 121-165, spéc. pp.121-122 §1.

¹⁴⁵ Dans l'article commenté, v. not. pp. 80 §25, 81 §26, 82 §28.

¹⁴⁶ Cette proposition est par exemple longuement défendue dans les articles cités en note 6 (le premier aux pages 565 et ss.) et dans ses ouvrages *Law and Peace in International Relations*, *op. cit.*, et *Peace through Law*, *op. cit.*

également mille affirmations et décisions terminologiques kelsénien-
nes¹⁴⁷, dont le caractère apparemment mais faussement « neutre » a
poussé de très nombreux juristes à se les approprier. En s'abstenant de
s'interroger sur l'idéologie à l'origine de ces affirmations et décisions, et
en soutenant à la suite de Kelsen qu'elles sont neutres, ils ont participé
à diffuser l'idéologie qu'elles véhiculent et à la faire passer pour
« naturelle » ou « nécessaire ». On pense par exemple à la relativisation
répétée de la différence entre « création » et « application » du Droit,
qui invite à placer la fonction juridictionnelle sur le même plan que la
fonction législative, ou en tous les cas à fortement relativiser ce qui les
sépare¹⁴⁸. Cette relativisation de la différence entre « création » du
Droit par l'autorité politique, et « application » du Droit par l'autorité
juridictionnelle est d'autant plus frappante que Kelsen soutient à
l'inverse qu'il existe « une différence essentielle entre la création d'une
norme et [s]a reconnaissance » par ses destinataires¹⁴⁹, et que cette
reconnaissance n'est pas l'origine du caractère obligatoire ou juridique
de la norme. En d'autres termes, le rôle que jouent les sujets de Droit,
en tant qu'êtres sociaux, dans la détermination du caractère obligatoire
ou juridique d'une norme, est nul s'ils se prononcent en dehors des
cadres imposés par un pouvoir reconnu par l'auteur de doctrine.

Plus abstrait et en apparence plus neutre encore, le choix
terminologique consistant à subsumer les règles « générales, abstrai-
tes et impersonnelles » et les décisions de justice sous le terme unique
de « norme », contrairement à l'usage traditionnel consistant à les
distinguer, participe également à assimiler l'influence sociale légitime

¹⁴⁷ V. *TPD*, p. 1 (« (...) la « théorie pure du droit » s'écarte en bien des points tant du système de notions que de la terminologie habituels de la science juridique allemande elle-même »).

¹⁴⁸ V. par ex. H. KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *op. cit.*, 1953, p. 559. V. également H. KELSEN, « Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates », *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1923-1924, pp. 374-408. En caractérisant l'articulation des différents « niveaux » de « production » des normes comme un rapport purement logique, sans signification politique, Kelsen dissimule la signification idéologique énorme qu'a le choix d'un critère ou d'un autre : choisir de faire primer la norme ayant la plus grande légitimité démocratique (comme c'était le principe il y a peu dans les États européens) et faire primer la norme la plus libérale (comme cela tend depuis quelques décennies à devenir le principe) sont ainsi deux options politiques complètement différentes. Pour une analyse de ce point de l'article de Kelsen, v. spéc. A. SOMEK, « Dynamique juridique », in O. JOUANJAN (coord.), *Hans Kelsen, op. cit.*, p. 78 (« [m]ais, pour ainsi dire, ces degrés sont, institutionnellement, sans visage. La loi pourrait tout aussi bien être adoptée par un tribunal. La dynamique juridique kelsénienne implique ce qu'on pourrait appeler une *relativisation relationnelle des formes juridiques*. Ainsi, ce qui, de la loi, fait la loi, c'est sa relation au jugement et non pas la qualité de l'organe par lequel elle est adoptée ») (les italiques sont d'origine).

¹⁴⁹ *TDIC*, p. 80 §25. Malheureusement, Kelsen n'indique pas en quoi consiste cette mystérieuse différence. Tout au contraire, il assimile dès la page d'après « reconnaissance » et « création ». V. *Ibid.*, p. 81 en note.

du juge, à celle du législateur¹⁵⁰. On pourrait aussi évoquer le choix kelsénien¹⁵¹ (et par la suite tropérien) de qualifier d'« interprétation authentique », l'interprétation effectuée par la personne habilitée par l'ordre juridique, et de souligner presque toujours, immédiatement après, voire avant, qu'il ne s'agit pas spécialement de *l'auteur* de l'énoncé, mais au contraire, « de l'organe *d'application* du droit »¹⁵² et, dans la plupart des cas, du *juge* et même du *juge constitutionnel*¹⁵³. Cette modification de la signification de l'expression « interprétation authentique » est remarquable parce que cette expression renvoie en principe à l'interprétation donnée par la ou les personnes juridiques ayant *initialement formulé* l'énoncé *avec autorité*, c'est-à-dire généralement à l'interprétation donnée par des autorités *politiques*¹⁵⁴. On pourrait multiplier les exemples montrant que les choix méthodologiques et terminologiques présentés par Kelsen comme « neutres » et donc « scientifiques », ne visent pas la description objective de comportements de fait à l'aide de propositions « vraies »,

¹⁵⁰ Pour une critique de cette position, v. par ex. celle de Friedrich Hayek dans *Droit, législation et liberté – Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, trad. de R. Audouin, préf. de Ph. Nemo, Paris, PUF, coll. *Quadrige Grands textes*, 2007 [1^{ère} éd. en langue anglaise : 1973-1979], p. 417.

¹⁵¹ V. *TPD*, pp. 340-341.

¹⁵² *TPD*, p. 340 (les italiques sont ajoutés).

¹⁵³ C'est particulièrement le cas chez Michel Troper. V. par ex. M. TROPER, « Interprétation », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, coll. *Quadrige*, 2003, p. 845 ou M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie (1990) », in M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, coll. *Léviathan*, 1994, p. 336 et p. 342. Pour une remarque comparable à la nôtre, v. par ex. S. RIALS, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, 2003, vol. 37, p. 56 (« (...) ces juridictions, dont on verra, singulièrement les souveraines, qu'elles sont les grandes bénéficiaires de [l]a doctrine de l'interprétation [de Michel Troper] (...) »). La récupération et la déformation de l'expression « interprétation *authentique* » par Michel Troper est d'autant plus remarquable que cette expression relève du champ lexical de la *vérité* et de la *connaissance*, et mène ainsi à traiter comme un « acte de connaissance » ce qui, selon la théorie de Michel Troper, relève d'un simple « acte de volonté ». De même que Kelsen distingue « officiellement » le *Sein* et le *Sollen* tout en employant en permanence des termes et expressions (« phénomène juridique », « fait créateur de droit », etc.) qui convainquent sourdement que le Droit vient et se réduit au fait, Michel Troper distingue « officiellement » les actes de volonté et les actes de connaissance, tout en suggérant que l'interprétation, non pas voulue mais *authentique*, est du côté de l'interprète du texte (en général le juge), en tant que cet interprète se distingue de son auteur (en général une autorité politique).

¹⁵⁴ V. par ex. CPJ, *Jaworzina*, avis consultatif du 6 décembre 1923, *Série B*, n°8, p. 17 (« Le droit d'interpréter authentiquement une règle juridique appartient à celui-là seul qui a le pouvoir de la supprimer ou de la modifier ») ; « Interprétation authentique », in J. SALMON, (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, coll. *Universités francophones*, 2001, p. 604 (« Interprétation émise par l'auteur ou par l'ensemble des auteurs de la disposition interprétée – notamment, pour un traité, par toutes les parties –, selon des formes telles que son autorité ne puisse être contestée ») ; P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET (NGUYEN QUOC DINH †) (avec la coll. de D. MÜLLER), *Droit international public*, Paris, LGDJ, coll. *Lextenso*, 2009, 8^{ème} éd., p. 277 (« On désigne par l'expression « interprétation authentique », celle qui est fournie directement par les parties, par opposition à l'interprétation non authentique, donnée par un tiers »).

mais la défense d'une certaine épistémologie des valeurs, qui veut qu'« établir la paix dans le monde » « n[e soit] pas (...) un but moral et politique » mais une « nécessité » sur laquelle « tout le monde est d'accord »¹⁵⁵, qui veut que l'établissement de l'ordre et de la paix puisse être constaté scientifiquement¹⁵⁶, et constitue la situation que réalisent les « ordres juridiques qui ont atteint les degrés les plus élevés de l'évolution »¹⁵⁷, tandis que le respect de la justice est inconnaissable, objet de discussion sans fin¹⁵⁸, et donc un « idéal irrationnel »¹⁵⁹ et belligène¹⁶⁰. Cette épistémologie des valeurs fonde une hiérarchie des valeurs (la paix et les libertés privées plutôt que l'équité, la solidarité, la convivialité, etc.), qui elle-même entraîne une certaine hiérarchie des sources (valorisation de la jurisprudence et des recours des personnes privées, oubli des référendums et dévalorisation de la loi ; en Droit international, soutien des prétentions des grandes puissances à imposer des normes générales aux Etats tiers par voie de coutume¹⁶¹, de traité¹⁶², ou à travers certains

¹⁵⁵ « La technique du Droit international et l'organisation de la paix », in *Ecrits de droit international*, *op. cit.*, p. 251.

¹⁵⁶ Car qu'est-ce que constater scientifiquement le respect de la « norme fondamentale », sinon constater l'ordre et la paix issus de l'imposition en fait de règles quelconques – ordre de paix qualifié d'ordre de Droit, et opposé dans une lignée hobbesienne et kantienne, à un état de désordre et de violence ? Etant donné que c'est « la science » qui « qualifie d'Etats » « les communautés humaines », ou plutôt qui *doit* qualifier ainsi certaines entités même lorsque les Etats « ont coutume de ne pas [les] comprendre dans la société juridique des Etats » (H. KELSEN, « Théorie générale du Droit international public », *op. cit.*, 1932, p. 174), c'est bien l'auteur de doctrine qui est capable de constater que, « d'une manière objective, c'est-à-dire indépendamment des volontés des autres Etats », la paix s'est instaurée et qu'« un Etat [a] commenc[é] à exister juridiquement » (*ibid.*, p. 275). Par ce tour de passe-passe, Kelsen soutient d'un côté que c'est de l'opinion des universitaires plutôt que de celle du peuple que dépend l'établissement de l'Etat (et il tient le même raisonnement pour le gouvernement comme le montre par exemple ses positions sur le gouvernement « bolchévique » de l'époque), et d'un autre côté que cette opinion est « objective », alors que celle du peuple est subjective et idéologique, et n'a donc pas d'importance ou d'importance que très indirectement.

¹⁵⁷ *TPD*, p. 44, à rapprocher de la page 46.

¹⁵⁸ V. par ex. *TDIC*, pp. 69-70 §13 ; Lettre de Hans Kelsen à William Rappard, en date du 11 octobre 1939, « Comment devant la guerre penser l'après-guerre » in *Ecrits de droit international*, *op. cit.*, p.269 ; H. KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *op. cit.*, 1953, pp. 563-564.

¹⁵⁹ *TGDE*, p. 65.

¹⁶⁰ V. par ex. H. KELSEN, *Qu'est-ce que la justice*, trad. de P. Le More et J. Plourde, préf. de V. Lasserre, Genève, éd. Markus Haller, 2012, [1^{ère} éd. en langue allemande : 1953], p. 30. Malgré son classicisme dans la pensée « moderne », le caractère belligène de la recherche de la vérité sur la Justice est parfaitement controuvé empiriquement. C'est bien plutôt pour l'emprise d'un territoire et d'une population que les gouvernants engagent leurs citoyens dans des conflits armés. Sur le plan de la rhétorique qu'ils emploient, ce n'est pas l'injustice mais la *crainte pour la paix et la sécurité* de leur population qu'ils agitent d'ordinaire pour attiser leurs ardeurs.

¹⁶¹ *TDIC*, spéc. pp. 78-79 §§23-24, ainsi que p. 80 §26 et la note pp. 81-82. V. également *infra* I) C) 1), p. 144.

¹⁶² V. H. KELSEN, « Traités internationaux à la charge d'Etats tiers » (1935), in *Ecrits de Droit international*, *op. cit.*, pp. 167-172 ; *The Law of The United Nations – A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Union, New Jersey, The Lawbook Exchange, LTI, The London Institute of

organes d'organisations internationales qui peuvent, selon Kelsen, s'imposer aux Etats indépendamment de leur consentement¹⁶³) et des acteurs juridiques (le juge et les personnes individuelles plutôt que le législateur, le gouvernement, ou le peuple ; en Droit international, le juge, les personnes privées, ainsi que les grandes puissances et grandes organisations internationales, plutôt que les petits et moyens Etats). De ce point de vue, ce n'est pas tant l'affinité de la théorie du Droit de Kelsen avec la démocratie qui frappe¹⁶⁴, mais bien plutôt avec le libéralisme politique et économique¹⁶⁵. A cet égard, on ne peut ignorer que même s'il a généralement soutenu le contraire¹⁶⁶, Kelsen a indiscrètement admis la grande proximité de sa théorie « pure » du Droit avec « ce néolibéralisme qui, ces derniers temps, semble se préparer partout »¹⁶⁷.

World Affairs, 2004 4th Ed. [1st Ed.: London, Stevens & Sons Ltd., 1950], pp. 106-110 §17. Sur le fait que cette affirmation kelsénienne « ne s'appuie sur aucune preuve et [...] est contredite par les travaux préparatoires de la Charte », v. Ph. CAHIER, « La Charte des Nations Unies et les Etats tiers », in A. CASSESE (Ed.), *Current Problems of International Law – Essays on U.N. Law and on the Law of Armed Conflict*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, coll. *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della università di Pisa*, 1975, p. 89 ; M. FORTEAU, « Le dépassement de l'effet relatif de la Charte », in R. CHEMAIN, A. PELLET (dir.), *La Charte des Nations Unies – constitution mondiale ?*, préf. de P. Daillier, avt-propos de Ph. Douste-Blazy, Paris, Pedone, 2006, p. 140.

¹⁶³ V. par ex. H. KELSEN, « The Principle of Sovereign Equality », *op. cit.*, p. 210, ou H. KELSEN, « Contribution à la théorie du traité international », *op. cit.*, p. 164-165 §§65-66.

¹⁶⁴ Ce qui est un « classique » de l'interprétation kelsénienne. V. pour quelques exemples : Ph. RAYNAUD, « Préface », à H. KELSEN, *La démocratie – Sa nature, sa valeur*, Paris, Dalloz, 2004 ; O. JOUANJAN, « Présentation – Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in O. JOUANJAN (coord.), *Hans Kelsen – Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, coll. *Débats philosophiques*, 2010, pp. 40-44 ; M. JESTAEDT, « La science comme vision du monde : science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen », in O. JOUANJAN (coord.), *Hans Kelsen, op. cit.*, spéc. pp. 215-220.

¹⁶⁵ Plutôt en ce sens, v. Ch. SCHÖNBERGER, « De l'Etat comme substance à l'Etat comme fonction : les débuts de la théorie pure du droit dans les *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* », in O. JOUANJAN (coord.), *Hans Kelsen, op. cit.*, spéc. pp. 64-65, 68. Comp. par ex. O. LEPSIUS, « Kelsen, théoricien de la démocratie », *ibid.*, pp. 137, 165-168.

¹⁶⁶ V. par ex. *TPD*, p. 5 et pp. 9 et ss. Auparavant, v. par ex. : « Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre », *Juristische Wochenschrift*, 1929, pp. 1723 et ss., cité in O. JOUANJAN, « Présentation », *op. cit.*, p. 35, note 1.

¹⁶⁷ « La tendance qui se fait jour [dans mon travail], dirigée contre l'hypertrophie dominante de la construction juridique, adopte de plus pour idée directrice que l'environnement conceptuel de l'Etat, que la théorie actuelle du droit public cherche à élargir exagérément, par un parallélisme frappant avec la doctrine politique dominante du socialisme d'Etat, doit connaître une certaine restriction par rapport au périmètre du concept de *société*. Puisque, à cet égard, mes résultats se rapprochent de ceux de la vieille théorie libérale de l'Etat, je n'entends aucunement protester lorsque l'on voudrait voir dans mon travail un symptôme de ce néolibéralisme qui, ces derniers temps, semble se préparer partout. » (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1911, p. XI, ou (seconde édition avec une nouvelle préface), 1923, p. 59) (les italiques sont de Kelsen) (trad. issue de Ch. SCHÖNBERGER, « De l'Etat comme substance », *op. cit.*). De ce point de vue, il n'est pas anodin que le directeur de thèse de Kelsen, E. Bernatzik soit – selon Kelsen lui-même – « un libéral du XIX^{ème} siècle », et que « le libéralisme [ait été] la *Weltanschauung* dominante dans les milieux universitaires » de la Vienne de cette époque (C.-M. HERRERA, *Théorie juridique et politique, op. cit.*,

L'un des aspects les plus perturbants, mais peut-être aussi les plus révélateurs de la théorie kelsénienne du Droit international coutumier, est qu'elle ne mène pas seulement à souligner l'importance du juge, mais également celle des grandes puissances dans la détermination des règles appartenant à ce Droit : elle implique d'un côté de reconnaître aux juridictions internationales un pouvoir « *arbitraire* » dans la détermination des règles coutumières, et de l'autre de considérer comme objective la « naissance » d'une norme coutumière, que peut affirmer le juriste universitaire sur la base du constat des pratiques des grandes puissances.

C. La signification pratique de la dépolitisation : le Droit coutumier est le reflet de la pratique opérationnelle des grands Etats, et non l'expression des choix de la plupart de ses destinataires (§§23-30)

Ces deux résultats ne sont peut-être que les deux conséquences nécessaires, quoique contradictoires en apparence, d'une tentative sérieuse de dépolitisation de la reconnaissance du Droit applicable au grand nombre des Etats. En effet, soustraire efficacement les opérations de reconnaissance ou de formulation du Droit en vigueur, au grand nombre de ses destinataires implique de confier ces tâches, d'un côté aux grandes puissances qui peuvent seules assurer une certaine effectivité au Droit formulé, et de l'autre à ceux qui peuvent le mieux légitimer intellectuellement, voire moralement ce Droit simplement « effectif », à savoir les juges et la doctrine. La voie est alors ouverte à un système de va-et-vient entre ces deux types d'acteurs, qui ont chacun besoin de la légitimation que l'autre lui fournit pour imposer leurs règles à la collectivité¹⁶⁸. Positivement, un tel projet exige de réduire la coutume internationale à la domination de fait qu'exercent les puissants sur les plus petits, et à renforcer la légitimité et les effets sociaux de cette domination, à travers l'élaboration et la défense publique d'une théorie juridique qui la justifie (1). Négativement, cela implique de rejeter tout ce qui pourrait justifier la détermination des

pp. 220-221), terreau particulier qui fit éclore, à côté de Kelsen, des personnalités et des œuvres comme celles de Ludwig von Mises ou de Friedrich Hayek.

¹⁶⁸ C'est pourquoi on peut considérer très perspicace le choix de Louis Le Fur, de placer la conception du Droit de Kelsen, à la fois dans la doctrine allemande dominante qui, en privilégiant le critère de l'effectivité, ou du fait, ou de la force pour identifier le Droit, privilégie les Etats les plus puissants au plan du Droit international (L. LE FUR, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1935-IV, vol. 54, pp. 41 et ss.), et dans « [l]a doctrine qui fonde le droit sur l'opinion dominante des juristes » (*ibid.*, pp. 45 et ss.), une doctrine qui, certes, est surtout défendue par le Grec Jean Siropoulos, mais qui, selon Louis Le Fur, « découle » des « mêmes idées directrices, poussées à l'extrême », que celles de la théorie de Kelsen (*ibid.*, p. 45).

normes juridiques par l'action politique de la plupart de leurs destinataires : des principes comme l'égalité souveraineté, et des théories comme celle du consentement ou du contrat social (2).

1. La réduction du Droit international coutumier à la domination de fait des faibles par les puissants

La réduction du Droit international coutumier à la domination de fait des faibles par les puissants passe d'abord par l'effet que produit, sur l'identification de la pratique pertinente, le rejet de l'élément *opinio juris* (a). Il passe ensuite par une théorie des effets de la coutume internationale favorable aux Etats puissants et anciens (b).

a. La réduction de la pratique à la pratique opérationnelle

A propos de la pratique comme élément de formation des règles internationales coutumières, il a été remarqué que ce qui est exigé en son nom dépend de la manière dont on envisage l'*opinio juris*¹⁶⁹. En effet, si, comme Kelsen, on exclut purement et simplement l'*opinio juris* de la détermination de la règle coutumière, que recherche-t-on « dans » la pratique, et plus encore *quelles* pratiques recherche-t-on ? Certainement pas la pratique des personnes juridiques internationales qui permettrait de déterminer si elles pensaient respecter une règle juridique ce faisant, puisque précisément cette recherche est parfaitement vaine. Si l'*opinio juris* est exclue, ce que va rechercher la personne (le juge, l'auteur de doctrine mais aussi éventuellement l'Etat, l'ONG, etc.) qui s'interroge sur la valeur coutumière de cette règle, ce ne sont pas des comportements en tant qu'ils manifestent une prétention, une conviction ou une tolérance, et ce ne sont *même pas* des comportements *en tant qu'ils expriment quelque chose de spécifique* ; ce sont des comportements compris comme des *événements naturels*, dont la survenance, la quantité ou la fréquence sont censés avoir une signification juridique pour des raisons *objectives*, sur la base de règles *scientifiques* plutôt qu'en raison de ce que suggèrent certaines caractéristiques de la pratique (sa généralité, sa durée, etc.), sur l'acceptation et l'opportunité de la règle à laquelle la pratique est conforme. En d'autres termes, pour formuler et évaluer une norme juridique coutumière, Kelsen estime qu'il ne faut pas s'attacher à une pratique consistant en des *discours* par lesquels les sujets de Droit interprètent et évaluent leur propre pratique opérationnelle et celle des autres, mais uniquement à la pratique

¹⁶⁹ P. HAGGENMACHER, « La doctrine des deux éléments », *op. cit.*, pp. 109 et 110.

opérationnelle, au sens le plus « physique » du terme – les déplacements de divisions blindées, le comportement non symbolique des agents d'exécution sur le terrain – et ce de la manière la plus indifférenciée – les pratiques impérialistes et oppressives contestées par les plus faibles de manière systématique mais inefficace, autant que les pratiques revendiquées, admises et globalement valorisées par tous.

Il faut bien voir ce que cela signifie : cela signifie que ni le juge, ni les Etats ne doivent prêter attention aux énoncés normatifs, prescriptifs, évaluatifs des Etats et des organisations internationales pour dégager des normes coutumières. De ce point de vue, les juges internationaux ne doivent pas *appliquer* des règles déjà plus ou moins *acceptées ou tolérées* par leurs destinataires, mais *tirer* de la taille et de la durée des seules pratiques opérationnelles des Etats, *leur signification normative*.

Dans la théorie kelsénienne du Droit international coutumier, cette dangereuse réduction de la pratique à la pratique opérationnelle est renforcée de deux manières.

D'abord, la pratique opérationnelle pertinente n'est « dans de nombreux cas » pas celle de l'ensemble des Etats, mais la pratique d'« un nombre restreint d'Etats (...) de quelque importance »¹⁷⁰, la pratique « [*d]es Etats les plus importants* par leur grandeur et leur culture pour le développement du droit international »¹⁷¹. Malgré la relative ambiguïté de ces formules, elles ne peuvent renvoyer qu'à deux types d'Etats : ou bien aux Etats occidentaux, ou bien aux grandes puissances en général.

De manière spécialement intéressante – et c'est la seconde manière de renforcer le danger de la réduction de la pratique à la pratique *opérationnelle* –, dans la phrase exacte où Kelsen insiste sur la légitimité de s'appuyer sur la pratique opérationnelle *des seuls Etats* « *importants* », il insiste également sur le fait que les « théoriciens du droit international » reconnaissant la règle de Droit doivent être « des théoriciens éminents »¹⁷². Le lien entre les conséquences de la théorie kelsénienne sur le rôle des Etats (favorable aux grandes puissances) et sur le rôle des « experts » (le juge et l'universitaire), et spécialement

¹⁷⁰ TDIC, p. 79 §24.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 79 §24 (les italiques sont de Kelsen).

¹⁷² *Ibid.*, p. 79 §24 (les italiques sont ajoutés). Il précise ainsi ce qu'il disait plus haut (p. 78 §22) sur « l'activité scientifique consultative des *théoriciens du droit international* » (les italiques sont de Kelsen).

sur le rôle de *certain*s d'entre eux est ici extrêmement net. La formation de la coutume internationale doit être aristocratique ou oligarchique : les pratiques pertinentes ne sont pas celles de *la plupart* des Etats, c'est-à-dire d'Etats *petits ou moyens*, mais du *petit* nombre des *grands* Etats ; ce ne sont pas des pratiques comprises *a priori* sur la base du principe de l'égalité souveraineté, comme d'égal importance, mais des pratiques comprises de manière *inégalitaire* ; et de même, l'important n'est pas la position *majoritaire* de la doctrine, mais les positions éventuellement minoritaires de quelques théoriciens subjectivement considérés comme « *éminents* ».

Le caractère non seulement inégalitaire de la conception kelsénienne de la formation de la coutume internationale, mais également son fort potentiel perturbateur (de l'ordre issu des règles admises par les nombreux Etats « de moindre importance »¹⁷³), est renforcé par l'affirmation que l'usage à l'origine de la coutume « ne doit pas nécessairement avoir été prolongé »¹⁷⁴. Si l'on fait la synthèse des trois aspects de la théorie kelsénienne soulignés dans cette sous-partie, on peut donc dire que selon elle, la norme coutumière est la signification juridique d'une pratique opérationnelle adoptée « dans un nombre restreint de cas »¹⁷⁵, par « un nombre restreint d'Etats (...) de quelque importance ». A ce stade, quiconque est un peu attaché au maintien de relations internationales équitables et à l'autodétermination des peuples, se pose nécessairement la question : ce que veut dire Kelsen, est-ce bien qu'une règle dégagée de manière « arbitraire », ou à partir du seul constat des pratiques opérationnelles adoptées par les grands Etats pendant un temps limité, est en principe opposable à tous les Etats ?

b. Une théorie des effets de la coutume internationale favorable aux Etats puissants et déjà établis

Cela ne fait pas l'ombre d'un doute. Le point de départ de Kelsen est d'une part l'affirmation que « toutes les règles du droit international général sont du droit coutumier » (ce qui contredit directement l'article 38 du Statut de la CPJI, puisqu'il mentionne la valeur d'autres règles générales : les principes généraux reconnus par les nations civilisées), et d'autre part sa « définition » du « droit international général » comme valant « pour tous les Etats de la

¹⁷³ *Ibid.*, p. 82 en note.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 79 §23.

¹⁷⁵ *Eod. loc.*

communauté internationale »¹⁷⁶. A partir de cette définition « non-positive » du Droit international général, Kelsen critique la « théorie traditionnelle » ou « dominante ». Selon lui, celle-ci exige qu'on prouve que l'intégralité des Etats a « participé à la formation coutumière de toutes les normes du droit international général »¹⁷⁷. Etant donné qu'à son sens, prouver une telle « participation » est impossible, il estime que la théorie selon laquelle une norme coutumière n'est opposable qu'à l'Etat qui y a participé, ou au moins ne s'y est pas opposé, doit être abandonnée. Il convient au contraire, selon lui, de considérer que les normes coutumières (toutes, ou la plupart, la chose n'est pas claire) valent dans tous les cas pour les Etats qui n'y ont pas participé¹⁷⁸, parce qu'ils ne le pouvaient pas matériellement, parce qu'ils n'y étaient pas intéressés, ou parce qu'ils n'existaient pas encore¹⁷⁹.

L'affirmation qu'il convient que *certaines* règles internationales coutumières imposent des obligations et confèrent des droits à des Etats et des organisations qui ne se sont jamais prononcés clairement à leur égard, et notamment aux nouveaux Etats et organisations, peut aisément se défendre sur la base d'une approche finaliste (par exemple « objectiviste » ou « jusnaturaliste »), ou tout simplement sur la base de la conviction de la plupart des Etats et des organisations internationales que c'est ainsi que les choses doivent se passer (si l'on comprend cette position de manière « volontariste » ou « positiviste »). Une telle atténuation du principe de l'égalité souveraineté des Etats est parfaitement admissible ; mais aucun petit ou moyen Etat, et aucun acteur juridique raisonnable ne l'accepterait si les règles coutumières devaient par ailleurs être le produit des pratiques opérationnelles récentes des grands Etats (ou celui des décisions « arbitraires » des juges internationaux).

Cette tendance de Kelsen à justifier en Droit ce que les grandes puissances parviennent à imposer en fait aux plus faibles n'est pas isolée et imprègne l'ensemble de sa théorie du Droit international, et particulièrement sa théorie des sources. Il est difficile, par exemple, de ne pas la mettre en parallèle avec sa théorie des effets des traités à l'égard des tiers. Pour Kelsen en effet, « [l]e traité international

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 78 §23.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 78 §23.

¹⁷⁸ *V. Ibid.*, p. 78-79 §23, p. 80 §26.

¹⁷⁹ *V. Ibid.*, p. 79-80 §24.

(convention) (...) peut avoir (...) le caractère d'un acte législatif »¹⁸⁰, et les traités conclus entre grandes puissances peuvent parfaitement imposer des obligations aux Etats tiers ; il suffit pour cela que les Etats parties au traité le souhaitent...et qu'ils aient la capacité de l'imposer à un ou plusieurs Etats tiers dans les faits¹⁸¹. Le principe de l'égalité souveraineté, qui constitue le point de départ ordinaire de la détermination des effets juridiques des traités, est complètement mis de côté.

Ces travaux relatifs aux effets des traités ou de la coutume, mais également beaucoup d'autres œuvres de Kelsen, montrent qu'il ne fait pas que fournir des justifications aux grandes puissances dans leurs éventuels projets de domination ; il attaque également systématiquement les principaux concepts et théories classiquement invoqués par les plus faibles pour y résister.

2. Le rejet du consentement, de l'égalité souveraineté, et du contrat social

En effet, la fin de l'article de Kelsen est consacrée au rejet – déjà suggéré en de multiples autres endroits – du « *libre consentement* », du « *dogme de la souveraineté* » et de « *la théorie du contrat social* »¹⁸². Sous différentes formes et à différents degrés, ces concepts et théories ont en commun de permettre au grand nombre des individus ou des Etats faibles, d'exiger une forme de participation à la formulation ou à la reconnaissance des règles qui leur seront imposées (et dont le respect risque en outre de n'être assuré que par les plus puissants, donc imposé uniquement aux faibles). La position radicale de Kelsen à leur égard doit donc être comprise à travers le rôle instrumental que joue en pratique ce type de théorie. Dans les controverses qui naissent entre les personnes juridiques internationales, toute la question est ainsi de savoir quelle importance auront respectivement l'*opinio juris* et la pratique opérationnelle, ou encore d'un côté les théories fondées sur le consentement (l'axiome

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 63 §2.

¹⁸¹ Dans son article de 1935, « Traités internationaux à la charge d'Etats tiers » (in *Ecrits français de droit international*, *op. cit.*, pp. 167-172), Kelsen s'attache uniquement à deux exemples assez contestables et en tout cas assez exceptionnels. C'est sur leur base que Kelsen fustige « la théorie dominante, prisonnière du dogme de la souveraineté » (pp. 166, 167, 168), que la CPJI retient malheureusement (p. 166) et qui paraît étrangement influencer les Etats (p. 171). C'est également sur la base d'une telle critique, plutôt que sur des principes juridiques en vigueur que Kelsen se prononcera ensuite sur les effets de la Charte à l'égard des tiers. V. H. KELSEN, *The Law of The United Nations*, *op. cit.*, 2004 [1st Ed.: 1950], pp. 106-110 §17.

¹⁸² *TDIC*, respectivement p. 80 §27, 82 §28, 83 §30 (tous les italiques sont de Kelsen).

pacta sunt servanda ou une forme de contrat social), et de l'autre les théories fondées sur la primauté des grandes puissances et le rôle des « experts » et de juridictions internationales souvent dominées par ces grandes puissances. Du point de vue le plus fondamental, il s'agit de savoir si l'on met sa confiance dans les principes démocratiques d'égalité¹⁸³ et de souveraineté des Etats et des peuples – principes dont on estime que leur respect débouchera sur l'équité et la paix pour le plus grand nombre –, ou dans la combinaison libérale des puissants et des « neutres », des autorités de fait et des autorités « tierces », dont on parie qu'elles s'autoréguleront et que le pouvoir des unes limitera celui des autres.

Si Kelsen défend clairement la seconde option, il avance finalement peu d'argument pour justifier son choix. Tout se passe dans son texte, comme si les réponses aux difficiles questions de philosophie politique que ce choix soulève, relevaient de l'évidence morale ou rationnelle. Tout se passe comme s'il suffisait, pour les trancher, d'appeler « dogmes »¹⁸⁴, « idéologies »¹⁸⁵ et « fictions »¹⁸⁶ les réponses qu'on juge inopportunes, et d'affirmer avoir pour soi « la » ou « les réalités du droit international positif »¹⁸⁷. Le caractère purement rhétorique d'une telle opposition est particulièrement net ici, puisque le principe selon lequel une règle internationale ne lie un Etat et, derrière lui, un peuple, que si les autorités de cet Etat y ont consenti, ne se fonde pas uniquement sur des théories (du libre consentement, de *pacta sunt servanda* comme norme fondamentale, du contrat social), mais sur un principe juridique international, celui de l'égale souveraineté des Etats, qui est consacré plus que tout autre par le Droit international positivement formulé. Même si toute l'œuvre de Kelsen dans le domaine du Droit international et de la théorie de l'Etat peut être considérée comme une tentative de faire oublier la valeur et

¹⁸³ Dans *Das Problem der Souveränität* (*op. cit.*, p. 188, p. 320), Kelsen soutient qu'il convient de ne pas reconnaître la souveraineté aux Etats, parce que celle de l'un serait incompatible avec celle de l'autre, et déboucherait ainsi nécessairement sur l'impérialisme (H. Kelsen, « Les rapports », *op. cit.*, 1926, pp. 323-325 §53). S'il est aisé de constater que les peuples et les Etats sont d'un avis exactement contraire (le principe d'égale souveraineté est très généralement compris par eux comme un rempart contre l'impérialisme, et la renonciation à ce dernier comme l'admission de l'impérialisme en Droit), il l'est tout autant de noter que l'attachement apparent de Kelsen à l'égalité des Etats ici, est surprenant dans la mesure où il démontrera plus tard que les Etats n'ont pas d'égalité de droits et de devoirs en Droit international (v. H. Kelsen, « The Principle of Sovereign Equality », *op. cit.*, pp. 208 *in fine*-209).

¹⁸⁴ *TDIC*, p. 81 §27, p. 82 §28.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 81 §27.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 80 §25, p. 83 §30.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 81 §27, p. 82 §27, p. 82 en note.

l'importance de ce principe, pour la paix, l'équité et la démocratie¹⁸⁸, ses appels répétés à « la réalité du droit international positif » pour s'y opposer, ne montrent au fond qu'une chose : que cette expression ne désigne que ce que Kelsen y met lui-même. Cette invocation de la « réalité » qui vise en réalité à justifier le renversement de l'ordre établi, invite naturellement à souligner le caractère politique du projet kelsénien. La tentative désespérée de soutenir qu'il s'agit d'un débat entre des idéologies et la réalité, peine à cacher que le débat oppose simplement deux opinions sur ce qui doit être. La première, celle de Kelsen, est principalement tournée vers la paix internationale censée découler de l'ordre imposé en fait par les grandes puissances, et consiste à conférer à cet ordre de fait une caution juridique, plus spécialement la caution que fournit le « scientifique » du Droit. Le Droit ne vise pas à établir ou maintenir des relations sociales équitables ou une société conviviale ; il tend à être et « (...) il est – selon la courbe de son évolution – un ordre de sécurité, un ordre de paix »¹⁸⁹. La seconde option, plus traditionnelle et qui a l'essentiel des discours des Etats avec elle, est tournée vers la réalisation d'une pluralité de valeurs (la paix, mais aussi, notamment, l'équité et l'autodétermination), et repose, en ce qui concerne la paix, sur un calcul différent : selon cette vue, non seulement avaliser systématiquement les pratiques opérationnelles des grandes

¹⁸⁸ V. par ex. : H. KELSEN, « Les rapports », *op. cit.*, 1926, p. 326 §54 (« [i]l faut (...) éliminer radicalement l'idée de souveraineté »). Le rejet du concept de souveraineté des Etats en Droit international fait écho, chez Kelsen, à la remise en cause du principe d'égalité, en tous les cas de son importance et de son étendue à la fois en Droit international (sur ce dernier point, v. *supra* note 183) et dans les Etats démocratiques. Il fait également écho au rejet du concept de souveraineté populaire selon laquelle c'est des gouvernés que les gouvernants tirent leur autorité. En effet, selon Kelsen, c'est du Droit international seulement qu'ils la tirent (v. par ex. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, coll. *Enzyklopedie des Rechts- und Staatswissenschaft*, 1925, pp. 113-115, 129-132), et plus exactement d'une règle internationale qui ne contient aucune exigence démocratique, et que les personnes ordinaires ne peuvent modifier puisqu'elle n'est autre qu'une « norme fondamentale » nécessaire. Ce rejet de la souveraineté populaire par Kelsen pousse évidemment à s'interroger sur son rapport à la démocratie. A cet égard, il est remarquable que, dans *La démocratie – sa nature, sa valeur*, le chapitre premier soit consacré à la liberté (avant le chapitre consacré au peuple), et que bien que la liberté et l'égalité soient désignées par Kelsen comme « les deux idées de la démocratie », le chapitre premier soit consacré presque exclusivement à la liberté, et qu'aucun chapitre ne porte sur l'égalité. Par ailleurs, Kelsen soutient dans cet ouvrage qu'un Etat totalitaire peut parfaitement être démocratique (H. KELSEN, *La démocratie – Sa nature – Sa valeur*, trad. de Ch. Eisenmann, préf. de Ph. Raynaud, Paris, Dalloz, 2004 [1^{ère} publication de cette seconde édition en langue allemande : 1932], p. 9), dans la mesure où, selon lui, il suffit qu'à l'instar de ce qui se passe en Corée du Nord, les « individus » participent formellement au pouvoir, malgré l'oppression qu'ils subissent et l'absence d'indépendance d'esprit et d'action qui en résulte. Cette remarque montre à quel point Kelsen dissocie la démocratie et le libéralisme, et à quel point il estime que c'est le libéralisme plutôt que la démocratie qui permet l'établissement et la perpétuation d'une société juste.

¹⁸⁹ *TPD*, p. 46.

puissances empêche l'entretien de relations équitables entre les Etats, non seulement l'admission de ces pratiques en Droit implique de limiter excessivement l'aspiration de chaque peuple à maîtriser son propre destin, mais la paix qu'un groupe limité de grandes puissances peut temporairement instaurer est nécessairement instable du fait de la concurrence qu'elles se font et des appétits des puissances moyennes, et elle risque d'être si inéquitable et oppressive à l'égard des petits, que ceux-ci ne pourront que contester l'ordre établi lorsqu'ils en auront les moyens ; à l'inverse, s'attacher principalement aux règles sur lesquelles s'accordent durablement le grand nombre des Etats et des grandes puissances pour formuler le Droit international coutumier est la garantie la plus forte – quoiqu'évidemment non-infaillible – d'une paix universelle.

Le caractère éthico-politique des termes du débat, et donc notamment de la position kelsénienne est évident à qui prend un peu de distance par rapport à eux. Ce point est essentiel car il permet de voir que le rejet kelsénien de l'élément psychologique de la coutume internationale ne s'explique pas du tout par le Droit international en vigueur, qui va exactement en sens inverse, mais par l'application au Droit international, du refus méthodologique plus général, d'examiner les faits selon une approche « psychologique » ou « sociologique »¹⁹⁰ ; et de même, la tentative kelsénienne, de dépolitiser les normes coutumières, de les éloigner de la conception du bien commun admise par le grand nombre pour en faire le simple produit de la pratique opérationnelle des grandes puissances, n'est que l'application au Droit international, d'une norme fondamentale dépolitisée, qui identifie l'ordre juridique valide la seule influence globale de certaines prescriptions sur les comportements, à l'exclusion des convictions des sujets à propos de leur valeur, et plus largement à l'exclusion des critères du consentement, de la reconnaissance ou du caractère juste de ces prescriptions. La critique de la conception traditionnelle et « positive » du Droit international coutumier s'explique ainsi simplement par l'invention, par Kelsen, d'un Droit international idéal qui valide ses postulats et en particulier le premier d'entre eux : la norme fondamentale. De ce point de vue, il n'est pas surprenant que l'on retrouve, dans ses travaux généraux comme dans sa « Théorie du droit international coutumier », une critique récurrente de l'attitude

¹⁹⁰ V. not. *TPD*, pp. 9, 111-112, et *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre – Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1984, réimpression de la seconde édition (1923), p. V (*Vorrede*).

doctrinale, et en vérité de celle de tous les acteurs juridiques, consistant à fonder et à dire le Droit à partir de « considérations de justice », d'« éthique », de « théorie politique » ou d'« idéologie politique »¹⁹¹. En d'autres termes, ce n'est pas par faiblesse que Kelsen critique systématiquement le Droit positivement formulé au nom de définitions *a priori* et d'idées sur ce que le Droit doit être, à savoir effectif et conçu de manière formaliste, plutôt que formulé et reconnu par le grand nombre afin qu'il entraîne des conséquences sociales justes ; Kelsen ne s'est pas malencontreusement laissé entraîner par l'idéologie dans sa compréhension du Droit. Il a au contraire bâti et appliqué une théorie du Droit dont chaque élément est tourné vers un objectif global de dépolitisation et de « dé-moralisation », non seulement de l'interprétation et de la formulation du Droit en vigueur *par les universitaires*, mais *par tous les acteurs juridiques* sans exception.

Si on comprend bien que la conception kelsénienne du Droit international coutumier est le résultat de ce projet, on ne peut être surpris de son rejet par le Droit en vigueur, ou de ses usages politiques.

II. LE REJET « JURIDIQUE » ET LES USAGES « POLITIQUES » DE LA CONCEPTION KELSÉNIENNE DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

D'une manière générale, la conception kelsénienne de la formation du Droit international coutumier a toujours été rejetée par le Droit international en vigueur (A). En revanche, des auteurs et des représentants d'Etats, toujours minoritaires mais parfois influents, ont essayé de remettre en cause la conception « positive » de la formation du Droit international coutumier, et par suite les normes coutumières en vigueur. A cette fin, ils se sont appuyés sur des théories ou des arguments identiques ou proches de ceux avancés par Kelsen en 1939 (B).

A. Le rejet de la conception kelsénienne du Droit international coutumier par le Droit en vigueur

En ce qui concerne, premièrement, le cœur de la conception kelsénienne de la coutume, c'est-à-dire le rejet de l'*opinio juris* dans l'identification des règles coutumières valables, il est à rappeler que non seulement la CIJ a maintenu, développé et renforcé sa position

¹⁹¹ *TPD*, respectivement pp. 8, 9, 9 et 3 (pour reprendre les expressions kelséniennes désignant ce que la « théorie pure » exclut).

initiale¹⁹², mais qu'elle l'a fait d'une telle manière dans son arrêt *Plateau continental de la mer du nord*, que le passage qui traite de cette question a souvent été compris en doctrine comme une réponse et une réfutation expresses de la position kelsénienne¹⁹³. La Cour indique en effet qu'il lui « semble nécessaire de (...) souligner » que la preuve de l'*opinio juris* doit être rapportée, que l'objet de cette preuve est distinct de la pratique purement matérielle, que des comportements opérationnels sont insusceptibles à eux seuls d'établir une *opinio juris* même s'ils sont très fréquents, et que telle est la position de la Cour depuis l'arrêt *Lotus*¹⁹⁴, donc depuis l'arrêt dont Kelsen jugeait rien moins que fausse l'affirmation de principe. De nos jours, les Etats sont sur la même ligne que la Cour dans leur immense majorité¹⁹⁵.

A l'époque de Kelsen, les choses étaient un tout petit peu moins tranchées, mais la position dominante des juges internationaux, des Etats ou de leurs juges nationaux était néanmoins tout à fait claire. En effet, lorsque les juges faisaient référence à des règles et principes généraux, ils adoptaient très généralement une présentation ou un raisonnement binaire combinant d'un côté la pratique ou les usages, et de l'autre l'opinion, le consentement ou la reconnaissance de la règle par les Etats concernés¹⁹⁶. C'est naturellement le cas de l'arrêt *Lotus*¹⁹⁷, mais on peut tout aussi bien citer d'autres déclarations de la Cour permanente, antérieures à 1939, qui montrent sans doute possible sa conception de la coutume : dans l'affaire des *Colons d'origine allemande dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne*, elle fait par exemple référence « à l'opinion et à la pratique

¹⁹² V. par ex. CIJ, *Droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950, *Rec. CIJ*, 1950, pp. 276-277 ; CIJ, *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 août 1952, *Rec. CIJ*, 1952, pp. 200-201 ; CIJ, *Droit de passage en territoire indien (Portugal c. Inde) (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *Rec. CIJ*, 1960, p. 44 ; CIJ, *Plateau continental (Libye c. Malte)*, arrêt du 3 juin 1985, *Rec. CIJ*, pp. 29-30 §27, p. 38 §44 ; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)*, arrêt du 27 juin 1986, *Rec. CIJ*, 1986, pp. 97-98 §§183-184 ; CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Rec. CIJ*, 1996, p. 255 §70, etc.

¹⁹³ V. P. HAGGENMACHER, dans « La doctrine des deux éléments », *op. cit.*, spéc. p. 11. Comp. K. MAREK, « Le problème des sources », *op. cit.*, p. 55.

¹⁹⁴ V. CIJ, *Plateau continental de la Mer du Nord (RFA c. Pays-Bas et Danemark)*, arrêt du 20 février 1969, *Rec. CIJ*, 1969, p. 44 §§77-78.

¹⁹⁵ V. par ex., pour de la pratique récente en ce sens : Sir M. Wood, « Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », CDI, 65^{ème} session, 17 mai 2013 (A/CN.4/663), pp. 23-24 §§48-53.

¹⁹⁶ Souvent, d'ailleurs, tels qu'ils s'exprimaient à travers les traités conclus par eux.

¹⁹⁷ CPJI, *Lotus (France c. Turquie)*, arrêt du 7 septembre 1927, *Série A*, n°9, p. 28 (« [c]'est seulement si l'abstention [de l'Etat] était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale »).

quasi universelle »¹⁹⁸ ; dans l'affaire de l'*Article 3, paragraphe 2 du Traité de Lausanne*, elle évoque « le principe généralement admis pour les tribunaux arbitraux, selon lequel ceux-ci décident, dans la règle, à la majorité »¹⁹⁹ ; dans l'affaire de la *Commission européenne du Danube*, elle mentionne des « usages ayant une valeur juridique par le seul fait qu'ils ont pu s'établir et se maintenir d'une façon continue du consentement unanime de tous les Etats intéressés »²⁰⁰ ; dans l'affaire *Danzig et Organisation Internationale du Travail*, elle se fonde sur « une pratique sur laquelle les deux Parties semblent maintenant être bien d'accord »²⁰¹, etc. On retrouve cette structure binaire du raisonnement, et un attachement à la conviction des Etats dans les opinions des juges arbitraux²⁰² ou judiciaires²⁰³ de l'époque. *Brevitatis causa*, il est parfaitement inexact, comme cela a été soutenu pour excuser l'erreur de Kelsen, ou plutôt son rejet idéologique du Droit en vigueur, que la jurisprudence internationale ait été incertaine à son époque : non seulement les juridictions internationales n'adoptaient pas sa conception, mais elles disaient clairement qu'elles en retenaient une radicalement différente.

Les juridictions internationales n'étaient pas les seules. Il en allait de même des discours des Etats, qui se référaient, dès cette époque, au respect de fait de la règle dont ils essayaient de démontrer le caractère coutumier, mais également à des affirmations expresses montrant la conscience qu'avaient antérieurement les personnes juridiques de sa valeur²⁰⁴. Enfin, pour ce qui concerne la

¹⁹⁸ CPJI, *Colons d'origine allemande dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne*, avis consultatif du 10 septembre 1923, *Série B*, n°6, p. 36 (les italiques sont ajoutés).

¹⁹⁹ CPJI, *Article 3, paragraphe 2 du Traité de Lausanne (frontière entre la Turquie et l'Irak)*, avis consultatif du 21 novembre 1925, *Série B*, n°12, p. 31 (les italiques sont ajoutés) (la cour estime néanmoins ce principe inapplicable aux juridictions internationales judiciaires).

²⁰⁰ CPJI, *Commission européenne du Danube*, avis consultatif du 8 décembre 1927, *Série B*, n°14, p. 17 (les italiques sont ajoutés).

²⁰¹ CPJI, *Danzig et Organisation Internationale du Travail*, avis consultatif du 26 août 1930, *Série B*, n°18, p. 12 (les italiques sont ajoutés).

²⁰² V. par ex. les « Motifs du dissentiment du Dr. Luis Drago, sur la question V », sous SA (CPA) (compromis du 27 janvier 1909), *Pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique (Etats-Unis d'Amérique c. Grande-Bretagne)*, 7 septembre 1910, in *Les travaux de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye*, préf. et intr. de J. B. Scott, New-York, Oxford University Press, 1921, p. 210 ou sur le site de la Cour permanente d'arbitrage, pp. 35-36.

²⁰³ V. par ex. l'op. diss. du juge Negulesco sous l'avis consultatif *Compétence de la Commission européenne du Danube*, avis du 8 décembre 1927, *Série B*, n°14, p. 105 ; ou l'op. diss. de M. Erich sous l'arrêt *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt du 28 février 1939, *Série A/B*, n°76, pp. 51-52.

²⁰⁴ V. par ex., dans la pratique française : mémoire du gouvernement français (22 novembre 1922) dans l'affaire des *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc* (CPJI, *Série C*, n°2, *Pièces de procédure écrite*, pp. 23-24, spéc. p. 28 : le représentant de l'Etat ne se réfère pas uniquement aux « applications » de la règle qu'il essaie de démontrer, mais également à son « admis[sion]

jurisprudence nationale, on peut donner en exemple l'arrêt rendu le 16 novembre 1939 par la formation plénière de la Cour de cassation italienne dans l'affaire *De Meeüs c. Forzano*²⁰⁵. Dans cet arrêt, le juge italien affirme le caractère obligatoire au titre du Droit coutumier, de la règle internationale de l'immunité de juridiction des diplomates pour les activités privées qu'ils mènent dans leur Etat d'accueil. Pour ce faire, il s'appuie sur le « *consensus gentium* » existant en la matière²⁰⁶, et pour l'établir, il mentionne les *protestations* du doyen du Corps diplomatique à une décision rendue par la même juridiction en 1922²⁰⁷. Selon la Cour, l'invocation de la violation d'une « règle suivie par la pratique de tous les Etats », ainsi que « l'importance de l'incident » « montrent la *conviction* prévalant dans les cercles internationaux concernés, de la nature *obligatoire* de la coutume en question en droit international, et du fait qu'elle a été *reconnue par les Etats civilisés* »²⁰⁸.

La plupart des acteurs juridiques internationaux étaient donc d'accord à l'époque de Kelsen, et ils le sont toujours, pour exiger la preuve de l'*opinio juris* afin d'identifier une règle coutumière internationale. Le sont-ils également dans le cas particulier, examiné par Kelsen, où la règle dont on recherche la nature coutumière a été formulée par des « *organes intérieurs* des Etats »²⁰⁹, par les « organes législatifs, judiciaires et administratifs des Etats »²¹⁰ ? Ils le sont naturellement tout autant. Pour ne citer qu'un exemple récent, celui

universelle », à des « affirmations répétées » de cette règle sans « critique » ou « protestation » de la part des autres Etats) ; discours de Jules Basdevant, représentant du gouvernement français (2 et 3 août 1927) dans l'affaire du *Lotus* (CPJI, *Série C*, n°13-II, pp. 51 et pp. 68-69 : il fait référence à une « pratique bien établie » « rév[é]lant] le *consensus gentium*, l'opinion commune des Etats », puis plus loin, il souligne à la fois « l'assentiment des Etats » à la règle, et leur rejet des prétentions contraires pour en démontrer la valeur) ; discours du représentant du Gouvernement français, Maître Paul-Boncour (18 juillet 1929), dans l'affaire *Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex* (CPJI, *Série C*, n°17-I, vol. I, p. 320 : le représentant reprend la formule de l'article 38 du statut de la Cour selon laquelle « une coutume internationale » est la « preuve d'une pratique générale *acceptée comme étant le droit* ») (les italiques sont ajoutés).

²⁰⁵ Cour de cassation (Italie), sections réunies, 18 janvier 1940, *De Meeus v. Forzano*, in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, affaire n°164, pp. 423-426.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 424.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 425 (la décision soutenait l'absence d'immunité en matière civile, pour les actions tenues par les diplomates étrangers en tant que personnes privées). V. la protestation de l'Ambassadeur français en tant que doyen du Corps diplomatique, qui se réfère elle-même à « la règle *communément admise* jusqu'ici et suivie en pratique par tous les Etats » (*Niemeyers Zeitschrift für internationale Recht*, 1924, vol. 32, p. 474 en note) (les italiques sont ajoutés).

²⁰⁸ Cour de cassation (Italie), 18 janvier 1940, *De Meeus v. Forzano*, *op. cit.*, p. 425 (notre trad. à partir de l'anglais).

²⁰⁹ *TDIC*, p. 76 §21 (les italiques sont d'origine).

²¹⁰ *Eod. loc.*

de l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, la Cour y affirme qu'« aux fins de la présente affaire la pratique la plus pertinente réside dans les décisions rendues par les *juridictions internes* (...) »²¹¹, avant de s'intéresser à « l'*opinio juris* » dont « attestent les positions de divers Etats et [de] la jurisprudence d'un certain nombre de juridictions *nationales*, qui ont clairement indiqué qu'elles *considéraient* que le droit international coutumier *exigeait* de reconnaître [la règle coutumière de] l'immunité »²¹². Rien de surprenant à cette attitude de la CIJ, qui était déjà à peu de choses près celle de la CPJI²¹³.

Un deuxième trait caractéristique de la conception kelsénienne du Droit international coutumier est l'affirmation de la non-prise en compte du caractère juste ou injuste, ou socialement positif ou négatif de la règle dont le caractère coutumier est recherché²¹⁴. Illustration par l'exemple du fait que Kelsen n'essaie pas d'imposer une exigence de neutralité axiologique aux seuls universitaires mais à *tous* les acteurs juridiques, l'exigence kelsénienne de *ne pas* se référer à « la *morale sociale*, à la *justice* ou à l'*équité* »²¹⁵ lorsque le juge identifie une norme coutumière prend encore plus le contrepied du Droit positivement formulé en 1939, que ne le fait son rejet de l'*opinio juris*. Il est en effet manifeste qu'à l'époque de Kelsen, la Cour permanente²¹⁶, les tribunaux

²¹¹ CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, 3 février 2012, *Rec. CIJ*, 2012, p. 132 §73.

²¹² *Ibid.*, p. 135 §77 (les italiques sont ajoutés).

²¹³ V. not. CPJI, *Lotus (France c. Turquie)*, arrêt du 7 septembre 1927, *Série A*, n°9, pp. 28-29, à propos des décisions juridictionnelles nationales invoquées par les parties. Le passage aurait *a priori* pu être invoqué par Kelsen en faveur de sa thèse. En effet, la Cour déclare s'abstenir de « rechercher quelle valeur on pourrait attribuer à des jugements de tribunaux nationaux lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'une règle de droit international » (p. 28), et elle s'attache à l'inverse à l'absence de protestation des Etats lorsque des Etats étrangers ont engagé des « poursuites pénales relatives à des cas d'abordage » (p. 29). Néanmoins, la Cour s'appuie également sur le fait que « les décisions [nationales] alléguées sont à l'appui tantôt d'une *opinion*, tantôt de l'autre » (p. 28) (les italiques sont ajoutés) et que « la jurisprudence [nationale est] ainsi partagée », pour rejeter « la thèse du Gouvernement français » relative à « l'existence d'une règle restrictive de droit international » (p. 29). Plus loin, elle imagine la possibilité que, « dans l'esprit, de[s] juges [nationaux] », leur position puisse « découler d'une règle de droit international », pour montrer qu'une telle « *conception de ce droit* », probablement « particulière à la jurisprudence anglaise, est loin d'être généralement admise, même dans les pays de *common law* » (p. 29) (les italiques sont ajoutés). Elle s'appuie encore, par la suite, sur une « évolution de la jurisprudence anglaise » (p. 30) pour déterminer l'*opinio juris* des Etats. En d'autres termes, même si la Cour s'abstient de prendre une décision de principe sur le rôle des organes juridictionnels nationaux dans l'identification de l'*opinio juris* de leurs Etats, elle s'attache bien à leurs jugements et arrêts à cette fin.

²¹⁴ *TDIC*, pp. 74-75 §17.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 74 §17 (les italiques sont d'origine).

²¹⁶ V. par ex. CPJI, *Article 3, paragraphe 2 du Traité de Lausanne (frontière entre la Turquie et l'Irak)*, avis consultatif du 21 novembre 1925, *Série B*, n°12, p. 31.

arbitraux²¹⁷, les juges internationaux dans leurs opinions²¹⁸ comme les juridictions nationales²¹⁹ s'interrogent généralement sur les raisons d'équité poussant une règle à être reconnue, formulée, suivie, lorsqu'ils recherchent sa valeur et son contenu – tout simplement, d'ailleurs, parce qu'une opération ne peut aller sans l'autre²²⁰. Et c'est toujours ce que fait par exemple la CIJ²²¹, même si elle tend parfois à moins le faire ressortir par le vocabulaire qu'elle emploie. La conviction des Etats que la règle doit être obligatoire, et les raisons pour lesquelles ils en sont convaincus sont simplement envisagées comme deux questions entrelacées parce qu'il est, en pratique, impossible de faire autrement et qu'essayer de parler de l'une sans parler de l'autre n'apporterait rien sinon des difficultés supplémentaires. Et naturellement, le juge international prête une grande attention aux motifs des Etats, de manière à ne pas considérer qu'un comportement adopté pour des raisons politiques ou de tact participe à établir une règle coutumière, et de manière à comprendre une déclaration selon laquelle un comportement est tenu par courtoisie, comme manifestant plutôt des réticences à admettre cette règle en Droit²²².

Dès l'entre-deux-guerres, les décisions montrant que l'importance de la règle pour l'équité (ou pour éviter l'arbitraire) est systématiquement prise en compte par le juge international sont pléthore. Elles sont connues et présentées dans la doctrine, et certaines le sont dans l'article de Lazare Kopelmanas qui a tant inspiré Kelsen. Le fait que Kelsen ne mentionne aucune de ces décisions et décrit les conclusions qu'en tirent les universitaires comme les manifestations d'une « tendance de la théorie moderne » au

²¹⁷ V. par ex. SA (CPA) (sur la base du compromis d'arbitrage du 22 juillet/4 août 1910), *Indemnités russes (dommage-intérêts réclamés par la Russie pour retard apporté dans le paiement des indemnités dues aux particuliers russes lésés par la guerre de 1877-1878) (Empire russe c. Empire ottoman)*, sentence du 11 novembre 1912, *RSA*, vol. 11, p. 443 §5, p. 446 §9.

²¹⁸ V. par ex. l'op. diss. de M. Erich sous l'arrêt *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* : CPJI, arrêt du 28 février 1939, *Série A/B*, n°76, p. 52.

²¹⁹ V. par ex. l'arrêt *De Meeus v. Forzano*, déjà cité, p. 424.

²²⁰ En effet, attribuer une valeur x à une norme dont on admet qu'elle a une signification a , et attribuer une signification a à une norme dont on admet qu'elle a une valeur x sont deux opérations largement indistinctes en pratique. Il en va ainsi parce que, pour attribuer clairement une valeur juridique à une norme, il est indispensable d'indiquer en quoi elle consiste (sans quoi on ne sait pas à quoi la valeur juridique est attribuée), et qu'il serait dangereux, pour ne pas dire complètement irresponsable, de lui attribuer une signification sans prêter attention à la valeur qui lui est, ou pourrait lui être reconnue.

²²¹ V. par ex. CIJ, *Droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950, *Rec. CIJ*, 1950, pp. 277, 279, 286 ; CIJ, *Plateau continental de la Mer du Nord (RFA c. Pays-Bas et Danemark)*, arrêt du 20 février 1969, *Rec. CIJ*, 1969, pp. 34-36 §§52-55, pp. 36-37 §§57-59, etc.

²²² Dans la jurisprudence de la CIJ, v. par ex. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt du 27 juin 1986, *Rec. CIJ*, 1986, p. 109 §207.

« jugement de valeur »²²³ montre simplement que le professeur de Vienne ne fait pas sérieusement face aux « tendances » qui lui déplaisent dans le Droit positivement formulé, *même lorsqu'il le connaît*. Il décrit simplement un Droit coutumier *idéal* en le présentant comme « la réalité du droit »²²⁴ ; et le fait que selon lui, les règles coutumières idéales soient notamment caractérisées par l'indifférence des hommes qui les reconnaissent et les formulent aux effets justes ou injustes que ces règles sont susceptibles d'avoir sur la plupart de leurs destinataires n'en fait pas moins des règles *idéales*, au sens de distinctes du Droit positivement reconnu et formulé. Ce que Kelsen dénonce comme *des jugements de valeur* ou *des tendances idéologiques et politiques de la doctrine* apparaissent ainsi simplement comme des *aspects du Droit en vigueur qui lui déplaisent d'un point de vue idéologique ou politique*.

Un troisième élément important de la conception kelsénienne de la coutume concerne la primauté accordée à la pratique du petit nombre des grands Etats, sur celle du grand nombre des petits Etats. Fort heureusement, les Etats maintiennent toujours l'exigence d'une pratique adoptée par le grand nombre des Etats. C'est aussi ce que choisissent de faire de manière unanime les tribunaux internationaux judiciaires et arbitraux, qui exigent toujours une pratique « constante », « uniforme », « massive » ou « suffisante » des Etats « intéressés »²²⁵. Dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la CIJ a même clairement tiré du décalage existant entre l'*opinio juris* d'une majorité d'Etats, et la pratique d'un nombre limité de « grands » Etats « nucléaires », l'impossibilité de tirer une règle coutumière concordant avec l'*opinio juris* des premiers, ou avec la pratique des seconds. Là encore, la jurisprudence internationale n'a fait que prolonger ce qui était déjà clair dans la jurisprudence internationale de l'époque de Kelsen²²⁶.

²²³ TDIC, pp. 74 et 75 §17.

²²⁴ V. *supra* p. 117, 126.

²²⁵ V. par ex. les affaires du *Droit d'asile* (Rec. CIJ, 1950, pp. 276-277), du *Droit de passage en territoire indien (fond)* (Rec. CIJ, 1960, p. 40), du *Plateau continental de la Mer du Nord* (Rec. CIJ, 1969, pp. 43, 74), de l'*Interprétation de l'accord aérien du 6 février 1948* (SA, 17 juillet, 1965, RSA, vol. XVI, p. 100), des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)* (Rec. CIJ, 1986, p. 98 §186), etc.

²²⁶ V. *supra* les références citées des avis rendus dans les affaires des *Colons d'origine allemande dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne*, de l'*Article 3, paragraphe 2 du Traité de Lausanne*, et de la *Commission européenne du Danube*. V. également par ex. CPJI, *Vapeur Wimbledon*, arrêt du 17 août 1923, *Série A*, n°1, p. 25 (qui fait référence, à côté de « considérations d'intérêt général de l'ordre le plus élevé », à une « pratique internationale constante »).

Quatrièmement, la conception kelsénienne de la coutume repose sur l'idée que le juge dégage les règles coutumières de manière « arbitraire »²²⁷. Il n'y a probablement pas grand-chose à dire à ce propos, sinon que, bien entendu, les juridictions internationales affirment qu'elles doivent respecter le Droit international général et leur statut, et que l'ensemble de ces règles leur imposent, pour dégager une règle coutumière, de se référer à la pratique générale et à l'*opinio juris*. On peut seulement souligner que si le juge estimait que sa décision de reconnaître la valeur d'une norme coutumière était arbitraire, donc qu'elle ne devait se fonder sur aucune conviction préalable des Etats, ce serait à partir de la décision juridictionnelle que la règle coutumière entrerait en vigueur, et le juge ne pourrait alors condamner un Etat pour ne pas s'y être conformé, à moins de violer le principe de légalité et les règles de base du Droit intertemporel.

Un cinquième aspect important de la conception kelsénienne du Droit international coutumier est l'affirmation qu'une règle coutumière peut lier un Etat qui n'a ni participé à la formation de cette règle, ni admise cette dernière. Une telle position exclut complètement la théorie dite de « l'objecteur persistant » et les « politiques de la table rase » des nouveaux Etats. Pourtant, même si la doctrine lui est plutôt défavorable²²⁸ et que la jurisprudence a limité la portée de la théorie de l'objecteur persistant²²⁹, le juge international lui a déjà fait produire certains effets²³⁰, ce qui invite au moins à nuancer la théorie kelsénienne. Il faut ajouter que, comme les auteurs « socialistes » le rappelaient invariablement²³¹, un « droit individuel de dissidence normative »²³² a été régulièrement invoqué par les représentants des nouveaux Etats²³³, en par-

²²⁷ *TDIC*, p. 75 §§17 et 18 (les italiques sont de Kelsen).

²²⁸ Notamment sur la base de l'idée simpliste que ce qui est bon pour les uns est forcément bon pour les autres, et que l'opinion du grand nombre sur ce qui est bon pour lui doit également s'imposer aux dissidents. Il conviendrait plutôt de distinguer les règles suivant l'importance que le grand nombre attribue aux unes et aux autres, pour la défense ou la réalisation de valeurs communes.

²²⁹ V. en particulier : P.-M. DUPUY, « A propos de l'opposabilité de la coutume générale : enquête brève sur l'"objecteur persistant" », *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement – Mélanges en l'honneur de Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 257-272.

²³⁰ V. surtout : CIJ, *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt du 18 décembre 1951, *Rec. CIJ*, 1951, p. 131. Comp. CIJ, *Plateau continental de la Mer du Nord (RFA c. Pays-Bas et Danemark)*, arrêt du 20 février 1969, *Rec. CIJ*, 1969, p. 46, qui a parfois été invoqué en ce sens, mais de manière moins convaincante (v. not., plutôt en sens inverse, pp. 38-39 §63).

²³¹ V. par ex. G. I. TUNKIN, « Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law », *California Law Review*, 1961, vol. 49, n°3, p. 427, ou G. DANILENKO, « The Theory of International Customary Law », *GYIL*, 1988, vol. 31, pp. 43-44.

²³² P.-M. DUPUY, « A propos de l'opposabilité de la coutume générale », *op. cit.*, p. 270.

²³³ V. par ex. la déclaration du délégué syrien à la première session de la Conférence sur le Droit des traités (UN Doc. A/Conf. 39, 35^{ème} rencontre, 23 avril 1968, vol. I, p. 201) citée in G. DANILENKO, *op. cit.*, p. 44.

ticulier des Etats décolonisés. On a aussi noté que, dans la pratique des années 1960 et d'au moins le début des années 1970, « [c]'est presque partout le principe de la table rase qui s'[est] appliqu[é] », « surtout dans le domaine de la *succession d'Etats* »²³⁴. La jurisprudence internationale invite donc, tout comme les revendications et la pratique de nombreux Etats, à relativiser les affirmations de principe de Kelsen à propos des effets du Droit international coutumier.

Globalement, si l'on exclue les aspects les moins frappants de la conception kelsénienne du Droit international coutumier²³⁵, on peut dire qu'elle a été clairement rejetée par les acteurs qui ont fait le Droit international en vigueur. En revanche, les arguments et orientations qui la composent ont régulièrement ressurgi dans la doctrine et au soutien de prétentions étatiques.

B. Les usages politiques de la conception kelsénienne du Droit international coutumier

Déterminer l'influence, sur la doctrine, de la conception de la coutume retenue par le Kelsen de 1939, n'est pas une tâche aisée. Elle ne l'est pas parce que si, on peut noter sa reprise claire et nette par un petit nombre auteurs (1), les références à l'article de Kelsen sont relativement rares, alors que de nombreux courants doctrinaux et acteurs politiques de premier plan, ont avancé des arguments et des conceptions de la coutume proches ou très proches de ceux de Kelsen, dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle (2).

1. Les reprises de la théorie de Hans Kelsen

Un auteur comme Paul Guggenheim récupère nettement, dans les années 1950 et donc après le revirement kelsénien des années 1940, l'essentiel du raisonnement et des conclusions de l'article de 1939. Il s'oppose fortement, sur les mêmes fondements que le Kelsen de cette époque, aux mêmes éléments du Droit en vigueur et aux nouveaux

²³⁴ Ch. ROUSSEAU, « Une siècle d'évolution du droit international (1873-1973) », in *Le droit international demain – International Law Tomorrow*, Neuchâtel, Editions Ides et calendes, coll. de travaux publiés par la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel – Série juridique n°8, 1973, p. 13 (les italiques sont d'origine).

²³⁵ Ainsi, le rôle de la pratique des organisations internationales dans la formation du Droit coutumier, mentionnée par Kelsen (*TDIC*, p. 77 §21) est aujourd'hui globalement reconnu (v. not. CIJ, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) notwithstanding la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971, *Rec. CIJ*, 1971, p. 22 §22). De même, l'idée « que, pour devenir une coutume créatrice de droit, l'usage ne doit pas nécessairement avoir été prolongé » a plutôt été entérinée par la jurisprudence internationale (v. en particulier CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, *Rec. CIJ*, 1969, p. 42 §73, p. 43 §74).

arrêts confirmant l'exigence jurisprudentielle d'une *opinio juris*. Ainsi, de même que Kelsen soutenait que, dans l'affaire *Lotus*, les « dossiers de la Cour » montraient que la CPJI n'avait pas « examiné » l'*opinio juris*, Paul Guggenheim soutient, de manière d'ailleurs encore moins convaincante, que cela ressort du texte même de l'arrêt²³⁶. Par des interprétations particulièrement contre-intuitives des passages pertinents des arrêts *Droit d'asile*²³⁷ et *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*²³⁸, il maintient avec une certaine ironie que « [l]a difficulté qu'il y a à prouver l'élément psychique [...] n'a [...] pas échappé aux tribunaux internationaux »²³⁹, que la Cour « assouplit » l'exigence de l'*opinio juris*, et qu'une telle exigence doit de toute façon être écartée. Le seul point sur lequel Paul Guggenheim se sépare nettement de Kelsen concerne la décision juridictionnelle relative à la valeur d'une règle coutumière, dont Paul Guggenheim refuse de dire qu'elle est « arbitraire »²⁴⁰.

En dehors du cas particulièrement frappant de Paul Guggenheim, l'influence *directe* de Kelsen paraît plutôt limitée : Karol Wolfke²⁴¹ reprend les arguments kelséniens, mais le fait avec des nuances et des précautions importantes ; quant à Joseph Kunz, qui voue pourtant un véritable culte à Kelsen depuis les années 1920, il semble plutôt réticent²⁴².

2. Le développement et les usages politiques de théories analogues du Droit international coutumier

Il n'est cependant pas impossible que, par des voies mystérieuses, les options kelséniennes de 1939 aient influencé divers courants doctrinaux importants, divers décideurs politiques, ou que ceux-ci

²³⁶ Il se réfère en fait à un passage de l'arrêt *Lotus* où la Cour recherche si les Etats « se reconnaiss[ai]ent obligés », si « l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir », si « les Etats [étaient] conscients [d'un] devoir » (CPJI, *Lotus (France c. Turquie)*, arrêt du 7 septembre 1927, *Série A*, n°9, p. 28) pour en tirer de manière incompréhensible que la Cour a « renoncé à faire la preuve de l'existence ou de la non-existence de l'élément psychologique » (P. GUGGENHEIM, « Principes du droit international public », *op. cit.*, p. 72 §2, et dans le même sens *Id.*, *Traité de Droit international public*, *op. cit.*, 1953, t. I, p. 47, note 1 ; *Id.*, « Les deux éléments de la coutume », *op. cit.*, pp. 277-278).

²³⁷ CIJ, *Droit d'asile*, arrêt précité, *Rec. CIJ*, 1950, spéc. p. 276.

²³⁸ CIJ, *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt précité, *Rec. CIJ*, 1952, spéc. p. 200. V. P. GUGGENHEIM, « Principes du droit international public », *op. cit.*, p. 71 §1.

²³⁹ P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit international public*, *op. cit.*, 1953, t. I, p. 47.

²⁴⁰ V. P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit international public*, *op. cit.*, 1953, t. I, p. 48 ; *Id.*, « Principes du droit international public », *op. cit.*, p. 73.

²⁴¹ V. *supra* note 91.

²⁴² Il est vrai que l'article qu'il consacre au sujet date de 1953. V. J. KUNZ, « The Nature of Customary International Law », *AJIL*, 1953, vol. 47, pp. 662-669.

aient adopté une position proche de la sienne, en partant de prémisses et de raisonnements partiellement différents.

a. Le droit spontané et Rolando Quadri

On peut tout d'abord penser à un courant doctrinal italien, qui s'est paradoxalement développée au sortir de la guerre, au moment même où Kelsen revenait sur ses positions initiales. A partir de 1946 en effet, et dans les années 1950, trois auteurs italiens, Mario Giuliano²⁴³, Roberto Ago²⁴⁴ et Giuseppe Barile²⁴⁵ développent la théorie dite du droit spontané. Même si elle est largement dirigée – en particulier chez Roberto Ago²⁴⁶ – contre l'idée kelsénienne qu'une norme juridique est nécessairement la signification d'un acte de volonté²⁴⁷, et qu'elle insiste – en particulier chez Mario Giuliano – sur le rôle de l'*opinio juris* plutôt que sur celui de la pratique²⁴⁸, la théorie du Droit spontané tend clairement à réduire le rôle du positionnement politique, conscient et volontaire de l'ensemble des Etats dans la formation et la formulation du droit international coutumier²⁴⁹. De ce point de vue, l'influence qu'elle est susceptible d'avoir sur les acteurs politiques et juridictionnels est comparable à celle de la conception kelsénienne de la coutume. En particulier, elle pousse à attribuer ou à justifier une grande marge d'interprétation au juge – ou à l'Etat individuel ou à l'auteur de doctrine – dans la détermination des règles coutumières. C'est ainsi par exemple que, dans ses articles relatifs au Droit international coutumier, Giuseppe Barile insiste systématiquement sur la « liberté d'évaluation » de

²⁴³ Le point de départ du mouvement serait (G. ARANGIO-RUIZ, « Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of "Spontaneous" International Custom », in *Droit du pouvoir, un pouvoir du droit – Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 97§5) l'article de Mario GIULIANO, « Considerazioni sulla costruzione dell'ordinamento internazionale », *Comunicazioni e Studi (Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano)*, 1946, vol. 2, pp. 173-221 (article n°VII), spéc. pp. 198-204 §4.

²⁴⁴ V. not. R. AGO, « Science juridique et droit international », *RCADI*, 1956-II, vol. 90, pp. 849-995, spéc. pp. 929 et ss., et R. AGO, « Droit positif et droit international », *AFDI*, 1957, vol. 3, n°1, pp. 14-62, spéc. dans les notes.

²⁴⁵ V. not. : G. BARILE, « La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice », *Comunicazioni e Studi*, 1953, vol. 5, pp. 141-229 ; *Id.*, « Interpretazione del giudice ed interpretazione di parte del diritto internazionale non scritto », *Rivista di diritto internazionale*, 1954, vol. 37, pp. 168-202 ; *Id.*, « Diritto internazionale e diritto interno – I – Diritto della coscienza e diritto della volontà », *Rivista di diritto internazionale*, 1956, vol. 39, pp. 449-507.

²⁴⁶ V. spéc. le chap. 3 de R. AGO, « Science juridique et droit international », *op. cit.*, pp. 886-899 §§7-9. V. également les critiques plus générales de Giuseppe Barile à l'endroit de la théorie kelsénienne du Droit : G. BARILE, « Diritto internazionale e diritto interno », *op. cit.*, pp. 454-456.

²⁴⁷ V. par ex. *TPD*, pp. 18-19.

²⁴⁸ V. spéc. M. GIULIANO, « Considerazioni », *op. cit.*, pp. 203-204 §4.

²⁴⁹ Pour une telle description de l'élaboration et de l'adoption de cette théorie par une partie de la doctrine italienne d'après-guerre, v. G. ARANGIO-RUIZ, « Customary Law », *op. cit.*, spéc. pp. 94-99 §§2-6.

l'interprète dans la « constatation » du Droit coutumier²⁵⁰. Plus largement, la compréhension du Droit coutumier comme Droit spontané est tout à fait compatible avec la tendance d'assez nombreux auteurs des décennies d'après-guerre, à attribuer au juge international une grande liberté dans le « constat » de ce qui est apparu « spontanément »²⁵¹. Elle participe à la remise en question d'une conception classique de la coutume internationale, selon laquelle elle constitue une conviction progressivement et informellement partagée, mais qu'on ne peut pas identifier sans se référer à des discours réfléchis et délibérément adoptés. Ainsi par exemple, Roberto Ago dénonce le caractère « scolastique » et au fond inapproprié de la présentation traditionnelle de la formation du Droit coutumier, en s'appuyant notamment sur l'argument de l'erreur, qu'il dit expressément reprendre de Hans Kelsen, Norberto Bobbio et Rolando Quadri²⁵².

Selon Rolando Quadri, la « réaction » de ces théoriciens italiens du Droit spontané « contre le positivisme » kelsénien, est cependant insuffisamment radicale²⁵³. Sa propre théorie se veut donc encore plus « réaliste ». Toutefois, plutôt que comme une pure opposition à la théorie kelsénienne du Droit, elle apparaît plutôt comme une combinaison originale des théories kelsénienne et du Droit spontané. En effet, d'une manière très proche du Kelsen de 1939 ou de la *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Rolando Quadri écrit par exemple en 1964²⁵⁴ qu'« [a]u dessus de la coutume, de la tradition, il faut placer le principe *consuetudo est servanda* »²⁵⁵. Selon lui, ce principe renvoie au « pur usage » à l'exclusion de la conviction de suivre une règle juridique en faisant sien cet usage²⁵⁶. La distinction faite par les Etats

²⁵⁰ V. G. BARILE, « La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice », *op. cit.*, pp. 141-229 (les italiques du titre sont ajoutés), par ex. pp. 146-149 §2, et « Interpretazione del giudice ed interpretazione di parte del diritto internazionale non scritto », *op. cit.*, pp. 168-202, spéc. la conclusion pp. 200-202 §10.

²⁵¹ V. par ex. en ce sens : M. SØRENSEN, *Les sources du droit international – Etude sur la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale*, Copenhague, E. Munksgaard, 1946, p. 110 ; H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, London, Stevens & Sons Ltd., coll. *Grotius Publications Ltd. Cambridge*, 1982 (réimpression de la 2nde éd. révisée de 1958), p. 378 ; C. JENKS, *The Prospects of International Adjudication*, London Dobbs Ferry, N. Y. : Oceana Publications, coll. *The Law of International Institutions*, 1964, p. 263.

²⁵² R. AGO, « Science juridique et droit international », *op. cit.*, p. 938 et la note 1.

²⁵³ V. spéc. R. QUADRI, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1964, vol. 113, p. 268, note 29.

²⁵⁴ Mais, semble-t-il, de manière conforme à ce qu'il écrivait déjà après-guerre. Le cours cité ci-dessus renvoie en effet à R. QUADRI, *Lezioni, 1945-1946*, pp. 131 et ss. et à *Id.*, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo, G. Priulla, 1960, 3^{ème} éd., p. 96.

²⁵⁵ *Id.*, « Cours général », *op. cit.*, 1964, p. 328. V. également p. 287.

²⁵⁶ *Ibid.*, pp. 328-329.

entre les pratiques opportunes pour des raisons de courtoisie, et les pratiques obligatoires en vertu d'une règle internationale « ne mérite pas d'être retenue », parce que « [l]a différence consiste dans un *jugement de valeur* (...) »²⁵⁷. Cette conception de la coutume et sa justification sont très manifestement inspirées de la *Stufenbauthorie* et des arguments épistémologiques kelséniens. Sa seule véritable différence est que contrairement à Kelsen qui recouvre de « l'hypothèse » d'une « norme fondamentale »²⁵⁸, le pouvoir suprême présidant à « l'établissement » de l'ordre juridique, Rolando Quadri parle quant à lui directement « des forces dominantes qui, réunies, constituent l'autorité suprême » et dont « la manière d'être et de fonctionner » constitue une « Constitution « vivante » déterminant le système des sources du Droit²⁵⁹. « [L]a raison pour laquelle la communauté internationale peut imposer [en Droit] sa volonté est la capacité de la communauté internationale de plier les volontés individuelles rebelles. C'est une situation « de fait », évidemment, mais une situation de fait qui crée le droit au sens normatif (*ex facto oritur jus*) »²⁶⁰. Le Droit n'est pas un ensemble de devoirs caractérisés par leur caractère obligatoire indépendamment de leur observation ou de leur sanction, mais un ensemble de prescriptions imposées en fait, et nul tour de passe-passe ne peut cacher l'identité de la force qui impose ces ordres, et le devoir supra-juridique de les respecter. C'est la conception du Droit de Kelsen « sans » la norme fondamentale.

Grigory Tunkin ne s'y est pas trompé. Dans un article relatif à la nature juridique du Droit international coutumier, il cite dans un premier temps Paul Guggenheim, Hans Kelsen et Joseph Kunz comme les représentants d'une doctrine « de l'ouest », qui admet que des règles de Droit international reconnu par un nombre significatif d'Etats lient tous les Etats du monde indépendamment de leur consentement²⁶¹, et il présente dans un second temps Rolando Quadri, comme celui qui a « porté cette théorie à sa conclusion logique », pourtant en « contradiction flagrante avec les principes fondamentaux généralement

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 328 (les italiques sont de Rolando Quadri).

²⁵⁸ Pour une telle compréhension de la théorie kelsénienne de la « norme fondamentale », v. spéc. N. BOBBIO, « Kelsen et le problème du pouvoir », in N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret (avec la collaboration de Ch. Agostini), Paris, LGDJ-Bruylant, coll. *La pensée juridique*, 1998, pp. 237-254.

²⁵⁹ V. R. QUADRI, « Cours général », *op. cit.*, p. 273.

²⁶⁰ *Ibid.*, pp. 273 *in fine*-274, note 40.

²⁶¹ G. I. TUNKIN, « Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law », *California Law Review*, 1961, vol. 49, n°3, p. 426 *in fine*-427.

reconnus en droit international moderne, et particulièrement le principe de l'égalité des Etats »²⁶².

b. Les « parents » des théories du Droit international coutumier avancées récemment aux Etats-Unis : Myres McDougal et Richard Posner

Si tout en restant dans les années 1960, l'on saute maintenant de l'autre côté de l'Atlantique pour rechercher les conceptions matérialistes du Droit coutumier, on peut noter avec Peter Hagggenmacher que

« vers l'époque même où fut rendu l'arrêt [relatif au *Plateau continental de la mer du Nord*, en 1969]²⁶³, la doctrine des deux éléments essuya les critiques de plusieurs jeunes auteurs. Puisant tous, semble-t-il, à un degré ou un autre dans l'Ecole de New Haven et plus spécialement de son chef de file Myres S. McDougal, ils cherchent à expliquer la formation du droit coutumier uniquement à l'aide de données objectives. L'*opinio juris* serait au mieux un sentiment anodin intervenant le cas échéant *après* la formation de la règle coutumière, au pire, une fiction inutile, voire nuisible, obstruant la vision des phénomènes véritables en jeu. Aussi bien cherchent-ils à y substituer d'autres explications, tenant compte, plus que la doctrine traditionnelle, de l'aspect dialectique de la formation du droit coutumier »²⁶⁴. C'est ainsi par exemple que « [c]hez Anthony D'Amato s'affirme la nécessité d'une « articulation » explicite de la norme face à la communauté internationale, sans égard aux motifs véritables des Etats qui en affirment l'existence »²⁶⁵.

Selon la pensée développée par Myres McDougal après guerre, le Droit international n'est pas constitué de normes, mais consiste plutôt en un processus continu de décisions (ou de prises de décisions) faisant autorité (*authoritative*). Les règles de Droit ne sont que des points de référence pouvant aider à déterminer, parmi mille autres facteurs d'ordre moral, politique ou pratique, quelles politiques

²⁶² *Ibid.*, p. 427 (« This concept was brought to its logical conclusion by Professor Quadri » ; « in crying contradiction with the basic generally recognized principles of modern international law, the principle of equality of states, in particular »).

²⁶³ Le premier article cité par Peter Hagggenmacher date des années 1950. La plupart des autres qui sont mentionnés tournent cependant bien autour de l'année 1969.

²⁶⁴ P. HAGGENMACHER, dans « La doctrine des deux éléments », *op. cit.*, p. 8 (les italiques sont d'origine).

²⁶⁵ *Eod. loc.*

peuvent être menées²⁶⁶. Appliquant cette théorie générale au Droit international coutumier de la mer, il souligne par exemple en 1955 qu'on doit comprendre « le régime de la haute mer, non comme un ensemble statique de règles absolues, mais plutôt comme un droit vivant, croissant et coutumier, enraciné dans des prétentions, des pratiques, et qui sanctionne les attentes des Etats-nations, et change lorsque les demandes et les attentes des décideurs sont modifiées par les exigences de nouveaux intérêts sociaux et économiques, par les impératifs d'une technologie qui se développe, et par les conditions évoluant sans cesse de l'arène mondiale »²⁶⁷.

Particulièrement « flexibles », les prescriptions du Droit coutumier varient ainsi rapidement en fonction « des nuances des changements du contexte factuel »²⁶⁸. En imposant une gigantesque « zone de sécurité » aux navires du monde entier afin de procéder au largage d'une bombe à hydrogène en 1954, les Etats-Unis n'ont par exemple pas porté atteinte à la liberté des mers, parce qu'ils ne se trouvaient pas, alors, dans un contexte de paix proprement dit, mais sous une menace imminente²⁶⁹. Etant donné l'ampleur de la menace pesant sur « le monde libre », c'est-à-dire le « contexte factuel », toutes les règles internationales coutumières s'adaptent d'elles-mêmes. Myres McDougal n'hésite pas à raisonner de la même manière en ce qui concerne le Droit international coutumier relatif au recours à la force. Le droit des Etats à la légitime défense avant 1945 est envisagé comme extrêmement large, et la Charte des Nations Unies est censée ne l'avoir limité en aucune façon²⁷⁰, ce qui serait manifestement déraisonnable étant donné le « contexte factuel ».

²⁶⁶ Pour une brève présentation, v. par ex. M. S. MCDUGAL, « A Footnote », *ASIL*, 1963, vol. 57, pp. 383-384 (en réponse à la critique de sa théorie, dans les pages qui précèdent, par S. V. Anderson), ou, encore plus brièvement, M. S. MCDUGAL & W. T. BURKE, « Crisis in the Law of the Sea : Community Perspectives Versus National Egoism », *Yale Law Journal*, 1958, vol. 67, n°4, pp. 571-572, note 109, reproduit in M. MCDUGAL & al., *Studies in World Public Order*, New Haven, Yale University Press, 1960, p. 887, note 109. Pour plus de détails, v. M. S. MCDUGAL, « International Law, Power & Policy : A Contemporary Conception », *RCADI*, 1953, vol. 82, pp. 137 et ss.

²⁶⁷ M. S. MCDUGAL, « The Hydrogen Bomb Tests in Perspective : Lawful Measures for Security », *Yale Law Journal*, 1955, vol. 64, p. 655-656 (notre trad.).

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 688 (notre trad.).

²⁶⁹ M. S. MCDUGAL, « The Hydrogen Bomb Tests in Perspective », *op. cit.*, pp. 688-689. Dans un sens comparable, v. M. S. MCDUGAL, « The Hydrogen Bomb Tests and the International Law of the Sea », *ASIL*, 1955, vol. 49, pp. 356-361.

²⁷⁰ V. particulièrement M. S. MCDUGAL, « The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense », *ASIL*, 1963, vol. 57, p. 599.

On peut naturellement penser qu'en plaçant les règles juridiques au milieu d'un ensemble de considérations d'autres ordres, Myres McDougal fait le contraire de ce que Kelsen préconise. Le ton catastrophiste de ces articles tranche aussi par rapport à celui des travaux de Kelsen. On ne parle même pas du fait que Kelsen rejette d'une manière très générale l'unilatéralisme que préconise tout aussi généralement Myres McDougal. Néanmoins, tant la tendance de ce dernier auteur à réduire le Droit coutumier à la décision des puissants, que celle – apparemment contradictoire – de le réduire au « contexte factuel », à une situation de fait peuvent être rapprochées du matérialisme de la conception kelsénienne de la « naissance » des règles coutumières, de l'ordre juridique ou de l'Etat en Droit international²⁷¹.

Quoi qu'il en soit, la tendance d'un auteur comme Myres McDougal (mais qui est plus généralement états-unienne²⁷²) à envisager le Droit coutumier de manière très pragmatique, voire à valoriser son instrumentalisation, va se retrouver et être approfondie dans les décennies suivantes chez des auteurs états-uniens travaillant dans tous les domaines du Droit. Plus spécialement, la dilution des règles juridiques dans des motifs moraux et politiques de Myres McDougal peut aisément faire écho avec leur mise à égalité, et au bout du compte à leur nouvelle dissolution dans d'autres types de considérations, cette fois plus égoïstes, par le courant *Law and Economics*. Son grand fondateur, Richard Posner, va en effet tenter de remplacer la *compréhension* des personnes comme soumises à des devoirs juridiques, par une *explication* et rapidement une *justification* des comportements pertinents au regard du Droit, sur la base de spéculations sur le « calcul » de leurs « intérêts » auquel se livreraient en permanence d'hypothétiques « acteurs rationnels ». Richard Posner applique en effet au domaine du Droit la théorie des jeux, la théorie économique du « choix de l'acteur rationnel », et notamment le paradigme du « dilemme du prisonnier ». Or, Richard Posner est l'un des juristes des Etats-Unis les plus cités au XX^{ème} siècle – selon certains, même, le plus cité toutes catégories confondues²⁷³. On sait que bien d'autres

²⁷¹ V. par ex. H. KELSEN, « Théorie générale du droit international public », *op. cit.*, 1932, pp. 269-275, 292-293 ; H. KELSEN, *Principles of International Law*, *op. cit.*, 1952, p. 265 ; H. KELSEN, « Recognition in International Law – Theoretical Observations », *AJIL*, 1941, vol. 35, pp. 605-608.

²⁷² V. par ex. L. DELABIE, *Approches américaines du droit international – Entre unité et diversité*, préf. de P. M. Eisemann, Paris, Pedone, 2011, 506 p., spéc. pp. 70 et ss.

²⁷³ V. not. en ce sens F. SHAPIRO, « The Most-Cited Legal Scholars », *Journal of Legal Studies*, 2000, vol. 29, n°1, p. 132. Lire l'article montre non seulement que son auteur est un grand admirateur

évaluations ont été menées et aboutissent à des résultats complètement différents, mais le fait est que Richard Posner, le courant *Law and Economics* et sa théorie du « choix rationnel » ont eu une influence considérable sur les juristes des Etats-Unis, et notamment, malgré les critiques²⁷⁴, sur ceux qui s'intéressent au Droit international et à sa branche coutumière.

c. L'application de la théorie du « choix rationnel » au Droit international coutumier...

Dans ce domaine, une puissante tentative de réduire, dans une veine kelsénienne, le Droit international coutumier à la pratique opérationnelle et, dans une veine différente, de nier sa capacité à orienter les comportements étatiques, a été menée, à la fin des années 1990, sur la base de la théorie du « choix rationnel », et notamment du « dilemme du prisonnier ». Elle est le fait de deux juristes dont le premier, Eric Posner, est le fils de Richard Posner, et le second, Jack Goldsmith, un « new sovereignist »²⁷⁵ spécialisé dans l'invitation des juges des Etats-Unis à ne pas reconnaître et appliquer le Droit international coutumier sur leur territoire²⁷⁶. Dans quatre articles de 1998, 1999, 2000 et 2001, ces auteurs avancent la thèse selon laquelle le Droit international coutumier n'influence par les comportements étatiques²⁷⁷, et en tous les cas ne le fait pas comme un « facteur exogène » par rapport à ces comportements²⁷⁸. Quoi qu'ils insistent aussi sur le caractère « réaliste » et « descriptif » de leur théorie, ces quatre articles ne font aucune référence aux écrits de Kelsen, pour la

de Richard Posner (v. par ex. p. 131 ou p. 134), mais encore que l'enquête menée a été notamment façonnée... par les conseils de Richard Posner ! V. p. 118.

²⁷⁴ Sur les limites de l'application des théories du « choix rationnel » au Droit international, v. R. KEOHANE, « Rational Choice and International Law », *Journal of Legal Studies*, 2002, vol. 31, n°1, pp. 307-319.

²⁷⁵ V. par ex. I. WUERTH, « More Apology than Utopia – Reviewing Curtis A. Bradley, *International Law in the U.S. Legal System* », *Working Paper Number 13-48*, Vanderbilt University Law School, p. 1, qui cite Jack Goldsmith et Curtis A. Bradley parmi les « new sovereignists ».

²⁷⁶ V. C. A. BRADLEY, J. L. GOLDSMITH, « Customary International Law As Federal Common Law : A Critique of the Modern Position », *Harvard Law Review*, 1996-1997, vol. 110, pp. 815-876 ; *Id.*, « Federal Courts and the Incorporation of International Law », *Harvard Law Review*, 1997-1998, vol. 111, n°8, pp. 2260-2275.

²⁷⁷ J. L. GOLDSMITH & Eric A. POSNER, « Understanding the Resemblance between Modern and Traditional Customary International Law », *Virginia Journal of International Law*, 2000, vol. 40, n°2, p. 640.

²⁷⁸ J. L. GOLDSMITH & Eric A. POSNER, « A Theory of Customary of International Law », *University of Chicago Law Review*, 1999, vol. 66, not. pp. 1119, 1132, 1167, repris dans le petit 2 de la partie I de *The Limits of International Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2005. Selon un avis autorisé, *The Limits of International Law* est un ouvrage dans lequel on ne trouve du Droit international que dans le titre. V. A. D'AMATO, « Review Essay – New Approches To Customary International Law », *ASIL*, 2011, vol. 105, p. 163.

simple raison que le professeur autrichien n'a pas développé sa théorie du Droit coutumier dans une étude en langue anglaise, et qu'Eric Posner et Jack Goldsmith renvoient exclusivement à des travaux britanniques ou états-uniens, et d'ailleurs quasi-exclusivement états-uniens²⁷⁹. S'appuyant, en ce qui concerne la théorie du Droit, sur la « théorie du choix rationnel » héritée du père d'Eric Posner, mais aussi, pour le Droit coutumier, sur les passages de l'ouvrage d'Anthony D'Amato sur la coutume²⁸⁰ qui retravaillent et prolongent les problématiques kelséniennes, ces auteurs prétendent bâtir une nouvelle théorie du Droit international coutumier. Cette dernière « rejette les explications habituelles du droit international coutumier, qui le fondent sur l'*opinio juris*, la légalité, la moralité et les concepts associés »²⁸¹. Selon eux, « [c]e que les universitaires appellent « droit international coutumier » sont des *comportements* » régulièrement tenus, qui « reflètent l'intérêt personnel (*self-interest*) » de chaque Etat, indépendamment ou compte tenu des comportements de leurs pairs²⁸² ; « (...) certains Etats sont plus susceptibles d'être civilisés [par des règles générales] que d'autres Etats », et « [l]es Etats simulent leur intérêt pour le droit international coutumier [*pay lip service to CIL*] afin d'éviter qu'on déduise [du contraire] qu'ils sont des Etats voyous », ce que sont pourtant « la plupart des Etats »²⁸³ ; l'exigence de l'*opinio juris* est « redondante par rapport à celle de la pratique » dans les cas où l'*opinio juris* est dégagée à partir de régularité de comportements²⁸⁴ ;

²⁷⁹ Ce qui pose la question de leur ouverture d' « internationalistes », mais aussi celle de ce que seraient leur propos – à savoir, au moins plus nuancé – s'ils prenaient la peine d'étudier sérieusement et de citer les travaux de penseurs d'autres nationalités. A ce sujet, il faut malheureusement souligner la vérité de la remarque de Gaetano Arangio-Ruiz selon laquelle les universitaires soulignant « l'érosion *de facto* » du Droit (coutumier ou conventionnel) relatif à la force armée, et tendant à lui attribuer des effets *de jure* pour cette seule raison, sont invariablement des ressortissants de grandes puissances (G. ARANGIO-RUIZ, « Customary Law », *op. cit.*, p. 121 §18) qui tendent à ne se citer qu'entre eux.

²⁸⁰ A. D'AMATO, *The concept of Custom in International Law*, *op. cit.* Sur le Droit international coutumier, il s'agit de l'ouvrage de référence aux Etats-Unis, et il est effectivement excellent.

²⁸¹ J. L. GOLDSMITH & Eric A. POSNER, « Notes towards a theory of customary international law », *ASIL Proceedings*, 1998, vol. 92, p. 53 ; J. L. GOLDSMITH & Eric A. POSNER, « A Theory », *op. cit.*, p. 1113 ; J. L. Goldsmith & Eric A. Posner, « Further Thoughts on Customary International Law », *Michigan Journal of International Law*, 2001-2002, vol. 23, p. 191.

²⁸² J. L. GOLDSMITH & Eric A. POSNER, « Notes », *op. cit.*, pp. 53-54 (les italiques sont ajoutés) (notre trad.). V. également *ibid.*, p. 55.

²⁸³ J. L. GOLDSMITH & Eric A. POSNER, « A Theory », *op. cit.*, pp. 1137 (notre trad.). V. également *Id.*, « Notes », *op. cit.*, pp. 56 et ss.

²⁸⁴ J. L. GOLDSMITH & Eric A. POSNER, « A Theory », *op. cit.*, pp. 1117 *in fine*-1118. Aucun de ces fameux cas où l'*opinio juris* serait dégagée à partir de simples régularités de comportements n'est cité... Et pour cause, une décision fondée sur un tel raisonnement serait extrêmement contestable pour cette raison. Il est vrai cependant, que la possibilité de tirer l'*opinio juris* de la seule pratique

les conditions auxquelles les déclarations, résolutions, ratifications, etc. permettent de dégager l'*opinio juris* des Etats ne sont pas déterminées²⁸⁵ ; « [l']idée d'*opinio juris* est mystérieuse parce que l'obligation juridique est créée par la croyance d'une nation en l'existence de cette obligation juridique »²⁸⁶. Globalement, la conclusion de cette théorie – mais c'est aussi sa prémisse fondamentale²⁸⁷ quoi qu'elle ne soit pas démontrée – est que les Etats suivent leur intérêt plutôt que le Droit international²⁸⁸, et qu'il n'est donc pas possible, sauf à extrapoler, d'inférer de leurs comportements une croyance en un *devoir* juridique²⁸⁹. La théorie avancée renoue ainsi avec la vieille antienne, selon laquelle en raison de l'absence de pouvoirs législatif et exécutif centralisés²⁹⁰, le Droit coutumier est dépourvu d'autorité normative²⁹¹ ; il « n'existe pas » en tant que facteur différenciant du comportement des Etats et de leurs intérêts, et s'il a une influence sur leurs comportements, il se confond avec leurs intérêts ou avec le contexte de fait dans lequel les Etats prennent leurs décisions.

Outre qu'il n'est pas prouvé, le premier élément de l'argument, c'est-à-dire l'affirmation selon laquelle les Etats agissent en suivant leur intérêt est désespérément banale, et si imprécise qu'elle est purement invérifiable et par là sans aucun intérêt pratique²⁹². Surtout, employée afin de démontrer l'absence d'une exigence de prouver l'*opinio juris*, cet argument manque sa cible dans la mesure où, comme on l'a dit plus haut, ce qui est recherché pour dégager une règle coutumière n'est pas un sentiment d'obligation frémissant au sein des froides constructions juridiques que sont les Etats, mais simplement des éléments des discours tenus par leurs représentants,

opérationnelle (négative ou positive) est affirmée dans la partie c) des *Comments & Illustrations* du *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States of America*, 1987, § 102(2).

²⁸⁵ J. L. GOLDSMITH & Eric A. POSNER, « A Theory », *op. cit.*, p. 1118.

²⁸⁶ Les auteurs citent à ce propos *The Concept of Custom*, aux pages 47-56 et 66-68, spéc. 66, où Anthony D'Amato appelle la question de « l'erreur » soulevée par Kelsen aux pages 72-73 §15 de son article, le « problème de la circularité de l'*opinio juris* » (v. également p. 73 où l'exigence de l'*opinio juris* est qualifiée de « tautologie »). V. aussi : J. L. GOLDSMITH, Eric A. POSNER, « Notes », *op. cit.*, p. 53.

²⁸⁷ *Id.*, « Notes », *op. cit.*, p. 53.

²⁸⁸ *Id.*, « A Theory », *op. cit.*, p. 1167.

²⁸⁹ *Id.*, « Further Thoughts », *op. cit.*, p. 194.

²⁹⁰ *Id.*, « Notes », *op. cit.*, p. 53.

²⁹¹ *Id.*, « A Theory », *op. cit.*, p. 1115 ; *Id.*, « Notes », *op. cit.*, p. 55.

²⁹² S'ajoute à cela, en ce qui concerne le « dilemme du prisonnier », la décision problématique de placer l'Etat dans une situation (celle du prisonnier) où l'intérêt à coopérer est très limité ou très « orienté », alors que dans les relations internationales ordinaires, cet intérêt est extrêmement fort, et que les alternatives à la disposition des Etats sont beaucoup plus diverses que celles qui s'offrent au « prisonnier ». V. sur ce point A. T. GUZMAN, « Saving Customary International Law », *Michigan Journal of International Law*, 2005-2006, vol. 27, p. 133.

et montrant l'intérêt ou la nécessité dans laquelle ils ont été d'affirmer, d'évoquer ou de supposer un devoir juridique. Employée plus globalement afin de montrer que les Etats n'estiment pas être liés par des règles coutumières, l'affirmation qu'ils suivent leur intérêt manque encore plus sa cible, puisqu'elle ne répond pas à la question de savoir pourquoi des millions de déclarations d'hier et d'aujourd'hui montrent l'intérêt des Etats à se référer au Droit coutumier, ni pourquoi ses règles paraissent si nettement orienter, ne serait-ce que sur un plan technique, le comportement des Etats et leur manière de comprendre celui de leurs pairs. Naturellement, les auteurs laissent largement inexplorée la possibilité que les Etats estiment avoir un *intérêt global* à suivre *des* règles, ou à respecter *ces* règles particulières que sont les règles *coutumièrement adoptées*, ou pour le dire dans le langage de la théorie du choix de l'acteur rationnel, l'éventualité que les Etats *augmentent leurs gains* en façonnant de telles règles, en favorisant leur reconnaissance et leur codification, en les observant la plupart du temps et en s'assurant de leur observation²⁹³.

Quant au second élément de l'argument, à savoir que le comportement des Etats dépend exclusivement de leur interprétation d'intérêts homogènes, continus dans le temps, et objectivement identifiables, elle s'appuie sur un paradigme économique, celui de « l'acteur rationnel », dont le caractère simpliste, voire faux a été amplement démontré depuis longtemps, par exemple par l'économie comportementale et de nombreux travaux de psychologie sociale²⁹⁴.

d. ... Son influence, ses conséquences

Malgré ces failles béantes au sein de leur théorie de la coutume, ces articles sont loin d'avoir été sans impact. Certains auteurs ont, sans surprise, essayé d'y répondre²⁹⁵, voire de « sauver » le Droit international coutumier sur la base même de la théorie du « choix rationnel »²⁹⁶. Mais l'influence de ces articles a été considérable. Le site *Heineonline* recense plusieurs milliers de citations des auteurs

²⁹³ Pour une telle remarque, v. A. D'AMATO, « Review Essay », *op. cit.*, p. 166 au début.

²⁹⁴ Elle est par ailleurs également réfutée par des courants aussi divers que l'Ecole autrichienne d'économie, la pensée économique néo-keynésienne ou la sociologie bourdieusienne.

²⁹⁵ V. not. D. M. GLOVE, « Leaving Customary International Law Where It Is: Goldsmith and Posner's Limits of International Law », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2006, vol. 34, n°2, pp. 333-378 ; M. A. CHINEN, « Game Theory and Customary International Law : A Response to Professors Goldsmith and Posner », *Michigan Journal of International Law*, 2001, vol. 23, n°1, pp. 143-190.

²⁹⁶ V. A. T. GUZMAN, « Saving Customary International Law », *op. cit.*, pp. 115-176. L'article aurait également été considérablement cité (1 666 fois).

concernés, et leurs travaux ont manifestement imprégné ceux de nombreux autres universitaires et praticiens, en particulier sous l'Administration Bush Jr. De nombreux textes doctrinaux se situent dans leur sillage et ont les mêmes caractéristiques : absence quasiment totale de référence à la jurisprudence internationale, même à la CIJ²⁹⁷ (dont on sait combien elle insiste très fortement sur l'*opinio juris*, en particulier dans le domaine du recours à la force²⁹⁸) ; focalisation, dans la démonstration, sur des questions comme les prises maritimes, ou les conflits armés antérieurs à 1945 ; traitement de ces questions par le législateur et les juridictions...des Etats-Unis ! L'orientation très particulière que traduit cette méthodologie, ainsi que diverses positions prises par Jack Goldsmith – notamment sur sa préconisation, adressée aux tribunaux états-uniens, de ne pas appliquer le Droit coutumier – expliquent certainement qu'il soit devenu, en octobre 2003, l'assistant de l'Attorney General John Ashcroft au sein de l'administration de George W. Bush. Il s'y illustrera en défendant la thèse selon laquelle la troisième Convention de Genève et l'article 3 commun ne s'appliquent pas aux personnes faites prisonnières en Afghanistan et déportées à Guantanamo²⁹⁹. Toutefois, il quittera son poste en juillet 2004, (semble-t-il) à la suite d'un désaccord portant sur les mémorandums d'août 2002 et mars 2003 rédigés par son collègue et ami John Yoo³⁰⁰.

La conception du Droit international coutumier retenue par John Yoo est pourtant proche de celle de Jack Goldsmith et Eric Posner. Dans deux articles de 2003 et 2004³⁰¹ en effet, John Yoo avance la théorie, déjà évoquée et courante dans la littérature en faveur de la

²⁹⁷ L'article central de la théorie d'Eric Posner et Jack Goldsmith (« A Theory », *op. cit.*) n'y fait pas du tout référence, les autres quasiment pas. Dans « Understanding », on trouve néanmoins une référence claire à un arrêt de la Cour internationale de Justice (*op. cit.*, p. 667, note 115), l'arrêt relatif aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Dans les articles se situant dans le cadre de cette controverse doctrinale, le seul arrêt cité est généralement celui-ci.

²⁹⁸ V. spéc. G. PALMISANO, « Determining the Law on the Use of Force : the ICJ and Customary Rules on the Use of force », in E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI (Eds.), *Customary International Law on the Use of Force – A Methodological Approach*, with a Foreword by B. Simma, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 197-218, spéc. pp. 201, 202, 204, 205, 207, 212 *in fine*-213, 218. V. la réfutation de l'importance de l'opinion de la CIJ en la matière par A. M. Weisburd (dans le même ouvrage, « Consistency, Universality, and the Customary Law of Interstate Force », p. 32, note 2), qui soutient que, plutôt que les arrêts et avis de la Cour, il faut « se concentrer sur le sujet le plus pertinent juridiquement : le contenu de la pratique étatique.

²⁹⁹ J. ROSEN, « Conscience of a Conservative », *New York Times*, 9 septembre 2007.

³⁰⁰ *Eod. loc.*

³⁰¹ J. YOO, « Using Force », *University of Chicago Law Review*, 2004, vol. 71, n°3, pp. 729-797 ; J. YOO, « International law and the War in Iraq », *AJIL*, 2003, vol. 97, pp. 563-576.

légitime défense anticipée ou préventive³⁰², selon laquelle le Droit international coutumier antérieur à 1945 reconnaissait la possibilité de recourir à la force armée en réaction à une simple menace, et selon laquelle la Charte des Nations Unies n'est pas revenue sur ce prétendu état du Droit. Outre le fait que l'auteur sélectionne des précédents peu représentatifs dans sa description du Droit international coutumier d'avant 1945, le plus frappant est qu'il ne fait *aucune* référence à l'*opinio juris* ; il renvoie à la pratique comme si le Droit international coutumier s'y identifiait parfaitement. Montrant par là la filiation dans laquelle s'inscrit sa pensée, il cite, pour justifier son assertion que la pratique « est la source principale, voire la seule du droit international coutumier »³⁰³, les travaux d'Eric Posner et Jack Goldsmith à ce sujet, et sur l'état et l'évolution du Droit relatif à l'usage de la force armée³⁰⁴, les travaux des professeurs Myres S. McDougal³⁰⁵ et Thomas Franck³⁰⁶. Dans le texte, ce qui est appelé « pratique », n'est pas une pratique politiquement voulue par la plupart des Etats, mais plutôt une modification « objective » du sens de l'expression « attaque imminente » à l'heure des armes nucléaires, c'est-à-dire une modification du « contexte factuel » cher à Myres McDougal. Appliqué à l'agression de l'Irak par les Etats-Unis en 2003, ce type d'argumentation aboutit à considérer qu'elle est licite (notamment) sur la base d'un droit international coutumier de « légitime défense » préventive³⁰⁷. Elle aboutit aussi, par exemple chez Arthur Mark Weisburd, à considérer que, puisque le Droit coutumier est le reflet de la pratique et surtout de la pratique opérationnelle des grands Etats³⁰⁸, éventuellement d'un seul très grand Etat³⁰⁹ dans un petit nombre de cas³¹⁰, et puisque la plus grande puissance existante a envahi l'Irak en 2003 sans réaction militaire de la part des autres Etats, le Droit international coutumier relatif à la force armée est en train de changer. Selon lui, la question de savoir si ce changement « est en train d'avoir lieu », c'est-à-dire s'il

³⁰² Comp. par ex. K. TIBORI SZABÓ, *Anticipatory Action in Self-Defence – Essence and Limits under International Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2011, XVIII-348 p.

³⁰³ J. YOO, « Using Force », *op. cit.*, p. 761 (notre trad.), note 94. Il indique par ailleurs qu'il a fait relire son manuscrit par Eric Posner (*ibid.*, p. 729 en note).

³⁰⁴ J. YOO, « International law and the War in Iraq », *op. cit.*, p. 571, note 50.

³⁰⁵ M. MCDUGAL, « The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense », *op. cit.*, p. 599.

³⁰⁶ Th. FRANCK, *Recourse to Force : State Action against Threats and Armed Attacks*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 97-99.

³⁰⁷ J. YOO, « International law and the War in Iraq », *op. cit.*, p. 575.

³⁰⁸ A. M. WEISBURD, « Consistency », *op. cit.*, pp. 32-33, 71-72.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 75.

³¹⁰ *Ibid.*, pp. 72, 75.

devient possible d'agir en légitime défense préventive, voire en « conquête défensive » (selon l'expression de Thomas Franck)³¹¹, « dépend des décisions [*determinations*] unilatérales des Etats-Unis, à moins que d'autres Etats expriment leur désapprobation à l'égard d'une telle règle de manière plus *concrète* qu'ils ne l'ont fait jusque là »³¹², c'est-à-dire en imposant des sanctions à l'hyperpuissance³¹³.

Appliqué au Droit humanitaire, les théories d'Eric Posner et Jack Goldsmith récupérées par John Yoo mènent à considérer, dans les fameux mémorandums à destination de la Maison Blanche, que « le droit international coutumier [des conflits armés], quel que soit sa source et son contenu, ne lie pas le Président [des Etats-Unis] et ne limite pas les actions des militaires états-uniens, parce qu'il ne constitue pas une loi fédérale reconnue au titre de la « clause de suprématie » de la Constitution »³¹⁴.

On ne sera pas non plus surpris que quelqu'un comme Alberto Gonzales, célèbre pour avoir « organisé juridiquement » l'usage de la torture sous l'administration Bush, aboutisse aux mêmes conclusions relativement aux Conventions de Genève, dans ses propres mémorandums³¹⁵. Sa conception de la coutume internationale apparaît cependant peut-être plus nettement dans un article où il soutient que l'obligation d'établir un recours pour les violations de l'article 36 de la Convention de 1963 sur les relations consulaires est dépourvue de valeur coutumière³¹⁶. En apparence, il retient une définition plutôt classique du Droit international coutumier³¹⁷. Mais

³¹¹ Th. FRANCK, *Recourse to Force*, *op. cit.*, pp. 97 et ss.

³¹² A. M. WEISBURD, « Consistency », *op. cit.*, p. 76 (les italiques sont ajoutés) (notre trad.).

³¹³ *Ibid.*, pp. 67-68 et 75.

³¹⁴ J. YOO (Deputy Assistant Attorney General), R. J. DELAHUNTY (Special Counsel), « Memorandum for William J. Haynes II General Counsel, Department of Defense », U.S. Department of Justice, Office of Legal Counsel, 9 janvier 2002, p. 2 §5 (notre trad.). On reconnaît ici la théorie des *new sovereignists* évoquée plus haut. Dans les fameux « mémos de la torture », John Yoo estime également inapplicables l'ensemble des instruments de Droit humanitaire, et retient une définition de la torture tellement étroite (dans le même sens, v. également J. S. BYBEE (Assistant Attorney General), « Memorandum for Alberto Gonzales – Counsel to the President », U.S. Department of Justice, Office of Legal Counsel, 1^{er} août 2002) qu'elle a permis de recouvrir d'une apparence de légalité les pratiques d'interrogatoire les plus abjectes, et ainsi rendu plus difficile des résistances de la part des politiques (comme Colin Powell par exemple) et de leurs exécutants.

³¹⁵ Et ce, au terme d'un raisonnement dont le pragmatisme et la mise au même niveau d'arguments juridiques et de simples techniques argumentatives, rappelle inévitablement Myres McDougal et l'Ecole de New Haven. V. A. R. GONZALES, « Memorandum for the President : Decision Re Application of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Conflict with Al Qaeda and the Taliban », 25 janvier 2002.

³¹⁶ A. R. GONZALES, « No Right at All : Putting Consular Notification in its Rightful Place after *Medellin* », *Florida Law Review*, 2014, vol. 66, n°2, p. 711.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 707.

il répudie dès la phrase d'après, et à vrai dire en une seule phrase, la possibilité d'une obligation coutumière, en citant uniquement un tribunal des Etats-Unis, qui n'aurait trouvé « aucune preuve qu'un autre Etat-nation ait établi un recours pour les violations de l'article 36 concernant les personnes accusées pénalement »³¹⁸. Un tel choix montre qu'Alberto Gonzales refuse de s'interroger sur ce que les multiples représentants des Etats ont pu tenir ou affirmer obligatoire en Droit coutumier, pour des raisons tenant à autre chose que la pratique tenue par leurs voisins. Tout au contraire, il ne fait référence qu'à la *pratique* des autres Etats, et plus encore à celle-ci telle qu'elle est rendue par un tribunal étatique. De manière frappante, l'*opinio juris* du grand nombre des Etats est entièrement répudiée, oubliée ou tenue pour négligeable.

Pour donner un dernier exemple de l'influence d'une conception « dés-idéalisée » et « dépolitisée » de la coutume, on peut mentionner que c'est sur la base d'une conception de la coutume la réduisant largement aux pratiques des grands Etats, que Michael Glennon affirme la désuétude du système de sécurité collective³¹⁹, et en particulier de l'interdiction du recours à la force armée en contravention aux dispositions de la Charte des Nations Unies³²⁰.

D'une manière générale, si l'on examine l'ensemble des argumentations juridiques qui ont été avancées aux Etats-Unis, au soutien des positions les plus critiquables moralement, mais aussi les plus contraires au Droit international coutumier, dans les domaines du Droit du recours à la force armée et du Droit international humanitaire et des droits de l'homme, on ne peut manquer d'être frappé par l'homogénéité des conceptions du Droit coutumier utilisées.

Dans le premier domaine et ainsi que l'ont par exemple remarqué Robert Kolb ou Olivier Corten, les tenants de théories comme la désuétude de l'interdiction du recours à la force armée, de la légitime défense préventive ou de l'autorisation implicite du Conseil de sécurité ont tous une conception de la coutume caractérisée par sa dépolitisation : reflet des rapports de force plutôt que du *consensus*

³¹⁸ *Eod. loc.* (notre trad.). L'auteur renvoie en note à *United States v. Emuegbunam*, 268 F.3d 377, 393 (6th Cir. 2001), qui renverrait lui-même à *United States v. Li*, 206 F.3d 56, 66 (1st Cir. 2000).

³¹⁹ V. M. J. GLENNON, « Remarks », *ASIL Proceedings of the 97th Annual Meeting*, 2003, p. 152.

³²⁰ V. *Id.*, « The UN Security Council in a Unipolar World », *Virginia Journal of International Law*, 2003, vol. 44, p. 98, p. 100 ; *Id.*, « Why the Security Council Failed », *Foreign Affairs*, 2003, vol. 82, pp. 22-24 ; *Id.*, « Military Action Against Terrorists Under International Law: The Fog of Law », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2002, vol. 25, pp. 540-541.

gentium, la coutume internationale est réduite à la pratique opérationnelle³²¹ sans souci des interprétations qui en sont données³²² et des réactions qu'elle suscite³²³. L'accent est mis sur les violations sporadiques des règles juridiques par les grandes puissances, plutôt que sur leur respect continu et durable par la plupart des Etats. Globalement, un « rôle privilégié [est] reconnu aux grandes puissances », ce qui, combiné à la réduction de la coutume à la pratique, et à la réduction de la pratique à la pratique opérationnelle, mène « à une confusion presque totale entre le fait et le droit »³²⁴, et « vise à attribuer encore une fois, d'une manière à peine voilée, un rôle fondamental à ceux qui disposent de la puissance, au détriment de ceux qui ne disposent que de la force du droit et qui osent l'affirmer »³²⁵.

De façon parfaitement frappante, le tableau des traits caractéristiques de la conception du Droit coutumier retenue par ces auteurs³²⁶, qui tentent de déstabiliser les règles défendues par la majorité des Etats dans le domaine du Droit du recours à la force armée, pourrait être une synthétisation de la conception kelsénienne de 1939. Autrement dit, les implications pratiques potentielles de cette théorie sont particulièrement bien illustrées par les actions, positions et écrits de ces auteurs.

Dans le second domaine, le Droit international humanitaire et des droits de l'homme, un bilan comparable peut *a priori* être dressé, d'autant que les universitaires s'étant investis dans le premier champ

³²¹ V. par ex. A. M. WEISBURD, *Use of Force : the Practice of States since World War II*, University Park, Pennsylvania State University Press, 1997, pp. 1-27 (la pratique la plus pertinente dans ce domaine est le recours réel à la force militaire). Et pour une description critique semblable à la nôtre : R. KOLB, « La désuétude en droit international public », *RGDIP*, 2007, vol. 111, p. 597.

³²² V. par ex. chez M.J. GLENNON : « Platonism, Adaptivism, and Illusion in UN Reform », *Chicago Journal of International Law*, 2006, vol. 6, pp. 619, 621 ; « The UN Security Council in a Unipolar World », *op. cit.*, pp. 94-100, 102-103 ; « Why the Security Council Failed », *op. cit.*, pp. 18-21 ; « Military Action Against Terrorists », *op. cit.*, p. 540. Pour une critique de cette tendance, v. par ex. R. KOLB, *Le droit relatif au maintien de la paix internationale – Evolution historique, valeurs fondatrices et tendances actuelles*, Paris, Pedone, Université Panthéon-Assas, IHEI, coll. *Cours et travaux*, n°4, Paris, 2005, p. 73 §1 *in fine* et pp. 74-75 §2 ; *Id.*, « La désuétude en droit international public », *op. cit.*, pp. 596-597 et la note 61.

³²³ Pour une critique de cette tendance dans l'argumentation de M.J. Glennon relative à la désuétude de la Charte, v. A. PELLET, « La force et le règlement des différends politiques : arguments croisés » (débat avec M.J. Glennon), in Y. DAUDET (dir.), *Actualité de la Conférence de La Haye de 1907, Deuxième Conférence de la Paix, Colloque de l'Académie de droit international (6-7 septembre 2007)*, Leiden-Londres, Nijhoff, 2008, pp. 242-244.

³²⁴ O. CORTEN, *Le droit contre la guerre – L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, préf. de B. Simma, Paris, Pedone, 2^{ème} éd. revue et augmentée, 2014, p. 32.

³²⁵ M. G. KOHEN, « La pratique et la théorie des sources du droit international », in SFDI, *La pratique et le droit international – Colloque de Genève*, Paris, Pedone, 2004, pp. 89-90.

³²⁶ V. spéc. celui dressé par O. CORTEN dans *Le droit contre la guerre*, *op. cit.*, p. 10.

de recherche l'ont souvent également été dans le second. Mais en vérité, les potentialités dévastatrices de la conception retenue du Droit coutumier sont encore plus grandes dans ce domaine. En effet, l'exclusion de l'*opinio juris* de la définition du Droit international coutumier des droits de l'homme exige par exemple de rechercher, pour statuer sur une règle relative à la torture, la pratique effective de la torture dans les geôles des uns et des autres, plutôt que les déclarations des Etats relatives à la torture. Autant le dire tout de suite, la plupart des juristes et notamment ceux qui conseillent les gouvernements font fort heureusement le contraire³²⁷ ; et si John Yoo ou Alberto Gonzales ont dérogé à la règle, et ont permis au Président des Etats-Unis de pouvoir se prévaloir systématiquement de l'autorité de son Département de la Justice et de son Attorney General, lorsqu'il a décidé du traitement qui devait être réservé aux prisonniers de Guantanamo (il s'est essentiellement contenté de dire qu'il approuvait)³²⁸, c'est précisément cette attitude qui leur est reproché par la très large majorité des juristes³²⁹. Cet exemple montre combien l'ensemble du *corpus* du Droit international coutumier relatif à la protection de la personne humaine se trouverait bouleversé par une conception de la coutume la réduisant à la pratique ; et combien ce type de bouleversement empêcherait tout simplement le Droit international coutumier de jouer son rôle de repère dans l'évaluation juridique des pratiques.

Il faut ajouter qu'à l'exact opposé de ce qu'affirme Kelsen en 1939³³⁰, c'est la détermination ou la preuve de l'élément matériel, celle de la pratique et tout spécialement de la pratique opérationnelle qui est la plus problématique dans le domaine du Droit coutumier de la protection de la personne humaine. D'une part, la pratique opérationnelle est souvent peu aisée à connaître, parce que les acteurs

³²⁷ En mettant l'accent sur l'*opinio juris*. V. par ex. sur ce point la solide présentation d'Anthony D'Amato dans « Review Essay », *op. cit.*, p. 164 (il ne s'agit, dans cet extrait, pas spécialement du raisonnement des conseillers juridiques des gouvernements).

³²⁸ V. THE WHITE HOUSE, « Memorandum for the Vice-President, the Secretary of State, etc. Subject : Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees », Washington, 7 février 2002. Dans ce document, l'ancien Président des Etats-Unis d'Amérique affirmait que les Conventions de Genève n'étaient pas applicables, mais que leurs dispositions seraient gracieusement respectées « dans la mesure jugée adéquate et compatible avec les nécessités militaires » (« *to the extent appropriate and consistent with military necessity* »).

³²⁹ V. en particulier sur ce point le chapitre intitulé « Terrorists and Torturers » in Ph. SANDS, *Lawless World – America and the Making and Breaking of Global Rules*, London, Penguin, 2006, pp. 204-222.

³³⁰ *TDIC*, p. 73 §16 (« [l]a preuve de l'élément matériel, c'est-à-dire des actes répétés, n'est pas difficile »).

impliqués la dissimulent fréquemment, et parce que les champs de bataille ou, par exemple, les prisons sont peu accessibles à des observateurs fiables³³¹ ; d'autre part, « il est difficile d'observer une pratique des Etats positive et concrète en ce qui concerne le respect des règles de nature essentiellement prohibitive – comme le sont en général les règles du droit humanitaire – dans la mesure où le respect de ces règles tient davantage au fait que les Etats s'interdisent de les violer qu'au fait qu'ils accomplissent à cette fin des actes positifs »³³². C'est pourquoi les déclarations des Etats et les manuels militaires sont les sources les plus importantes et les plus fiables du Droit international humanitaire coutumier³³³. Et on peut légitimement être inquiet quand, alors que les Etats-Unis retiennent officiellement une définition classique du Droit international coutumier³³⁴, des juristes du Département d'Etat des Etats-Unis critiquent le travail de codification du Droit humanitaire coutumier réalisé par des juristes de la Croix-Rouge³³⁵, au motif qu'il fait une place trop importante aux principaux discours pertinents des Etats à ce sujet – les manuels militaires – et pas assez aux pratiques militaires non-verbales^{336,337}.

³³¹ V. spéc. en ce sens TPIY, 2 octobre 1995, *Le Procureur c. Dusko Tadic alias « Dule »*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (Chambre d'appel) (affaire n°IT-94-1) §99.

³³² Selon les mots de Theodor Meron, cités et traduits dans Sir M. WOOD, « Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier », CDI, 65^{ème} session, 17 mai 2013 (A/CN.4/663), p. 9 §19. V. également : J. D'ASPREMONT, J. DE HEMPTINNE, *Droit international humanitaire – Thèmes choisis*, Paris, A. Pedone, 2012, p. 42.

³³³ V. par ex. en ce sens, déjà en 1965 : R. BAXTER, « Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law », *BYBIL*, 1965-1966, vol. 41, pp. 282-283, 300.

³³⁴ *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States of America*, 1987, § 102(2).

³³⁵ J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume 1 - Règles*, trad. de D. Leveillé, Bruxelles-Genève, Bruylant-CICR, 2006, LXXIII-878 p.

³³⁶ J. B. BELLINGER, III and W. J. HAYNES II, « A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law* », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, juin 2007, vol. 89, n°866, pp. 443-471, spéc. p. 445. V. également pp. 446 *in fine*-447, 465. Ces critiques n'hésitent cependant pas à se prévaloir eux-mêmes largement des manuels militaires pour défendre leur point de vue (not. pp. 452-453, 456, 465, 467 note 84, 468). L'un des deux auteurs de la codification a répondu à ces remarques états-uniennes : J.-M. HENCKAERTS, « *Customary International Humanitarian Law : A Response to US Comments* », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, juin 2007, vol. 89, n°866, pp. 473-488. V. également R. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 5^{ème} éd., pp. 67-69 §§33-34.

³³⁷ D'autres motifs avancés sont d'ailleurs critiquables, comme celui selon lequel il faudrait se départir du principe de l'égalité participation des Etats à la formation des règles coutumières, et se fonder prioritairement sur les pratiques des Etats qui usent le plus souvent de leurs armes (parce qu'ils auraient l'opportunité de développer une « doctrine » à cet égard, alors que le pacifisme des autres les en empêcherait). V. J. B. BELLINGER, III and W. J. HAYNES II, « A US government response » *op. cit.*, pp. 445 *in fine*-446.

III. CONCLUSION

Au sein de cet article, nous pensons avoir montré, d'abord, que la théorie kelsénienne du Droit international coutumier n'était qu'un aspect de la théorie kelsénienne du Droit³³⁸, et plus particulièrement de la théorie d'une « norme fondamentale ». Cette dernière, qui « n'est » évidemment « pas axiologiquement neutre »³³⁹, porte en elle un projet idéologico-politique qui consiste à dépolitiser le Droit ; et son application au thème du Droit international coutumier aboutit à envisager celui-ci, non plus comme le reflet de l'opinion politique du grand nombre sur ce qui doit être, mais comme la signification juridique objective, constatée par des experts juridictionnels et doctrinaux, de la pratique opérationnelle des grandes puissances dans un nombre restreint de cas. Nous pensons également avoir montré, ensuite, que cette conception du Droit international coutumier a toujours été, et reste fermement rejetée par le Droit international en vigueur, mais que différentes théories, distinctes de celle de Kelsen mais souvent comparables et parfois très proches d'elle, ont été employées, non seulement pour justifier et organiser des pratiques moralement condamnables, mais encore pour modifier des règles coutumières sur leur base.

Notre propos n'est cependant pas de dire que Kelsen souhaitait les usages qui ont été faits de sa théorie, et surtout d'autres théories qui s'en rapprochent ; tel n'est certainement pas le cas. Dans le domaine du Droit du recours à la force, Kelsen considérait par exemple la légitime défense comme un résidu de l'évolution du Droit vers le « Progrès », c'est-à-dire vers l'interdiction absolue de l'auto-justice et de l'usage de la violence entre personnes juridiques³⁴⁰. Cette position exclut qu'il eût pu voir une extension ou un élargissement de cette exception comme un progrès. De même, il aurait certainement été horrifié des pratiques qu'on a tenté de justifier au regard d'un Droit humanitaire coutumier modifié, et révolté face aux efforts déployés par certains pour soustraire les auteurs de crimes de Droit

³³⁸ V. not. en ce sens J. KAMMERHOFER, « The Benefits of the Pure Theory of Law for International Lawyers, or : What use is Kelsenian Theory ? », *International Legal Theory*, 2006, vol. 12, pp. 5-54, spéc. p. 6.

³³⁹ O. JOUANJAN, « Présentation », *op. cit.*, p. 45. Dans la citation originale, c'est la norme fondamentale elle-même, et non sa théorie, qui « n'est pas axiologiquement neutre » ; mais y a-t-il vraiment une différence puisque c'est en vérité cette théorie qui porte en elle une injonction censée fonder les devoirs juridiques ?

³⁴⁰ V. par ex. *TPD*, p. 47.

humanitaire à la compétence des tribunaux pénaux. Ses convictions sont à cet égard parfaitement nettes : l'essentiel de ses efforts dans le domaine du Droit international ont clairement visé à soumettre les personnes juridiques, aussi haut placées soient-elles, au Droit³⁴¹ et tout particulièrement à la décision des juges³⁴².

En revanche, deux choses nous semblent claires : la première est que la conception de la coutume internationale qu'il a défendue est particulièrement tentante à ceux qui veulent justifier en Droit des politiques impérialistes, inévitables et déstabilisatrices ; la seconde est qu'il est très improbable, étant donné les critiques qui ont si souvent été adressées à Kelsen, qu'il n'ait eu aucune conscience du danger de sa conception de la coutume, de la norme fondamentale, de l'idéal d'un Etat mondial, et de la théorie du Droit toute entière qui repose sur ces présupposés éthiques et ces objectifs politiques. En vérité, il semble que Kelsen ait considéré que les risques encourus étaient peu de choses par rapport à ceux que fait courir une conception des règles coutumières, et des règles juridiques en général, selon laquelle ces règles doivent refléter l'idée subjective et politique que s'en font une large majorité de leurs destinataires, c'est-à-dire au fond une conception démocratique du Droit. C'est l'idéal totalisant d'une paix relativement libérale, mais qui ne prévient ni de l'oppression, ni de l'injustice, qui a été fait par Kelsen dans le sillage d'un Thomas Hobbes et avant, par exemple, un Norberto Bobbio.

C'est là un choix éthico-politique et un calcul sur l'avenir très contestables, et il est remarquable que ses tenants, lorsqu'ils ont bien voulu admettre que leur position reposait sur ce choix et ce calcul, aient presque toujours répondu aux critiques en se contentant de dire que, certes, celles-ci étaient (peut-être) justifiées, mais qu'ils avaient le devoir de mettre leur foi dans le Progrès par la Science, par le Droit et

³⁴¹ Il se serait donc, à n'en pas douter, fermement opposé aux tentatives doctrinales récentes, venant toujours des Etats-Unis, de reconnaître un droit des Etats de se défaire unilatéralement des obligations qui pèsent sur eux au titre du Droit international coutumier. V. spéc. C. A. Bradley, M. Gulati, « Withdrawing from International Custom », *Yale Law Journal*, 2010, vol. 120, pp. 202-275, complété et prolongé par P. B. Stephan, « Disaggregating Customary International Law », *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2010-2011, vol. 21, pp. 191-205.

³⁴² En ce qui concerne plus spécialement l'impunité des criminels de guerre, on peut par exemple indiquer que son article de 1943 sur le « châtimement des criminels de guerre » commence par le jugement de valeur selon lequel « aucune demande n'est plus justifiée que celle selon laquelle les personnes qui, en tant que membres des gouvernements ou des forces armées, ou en tant que sujets des puissances de l'Axe, ont commis certaines violations du droit international, doivent être traduits en justice » (H. KELSEN, « Collective and individual Responsibility », *op. cit.*, p. 530) (notre trad.) (les italiques sont ajoutées).

par le Juge³⁴³. Rien n'est cependant moins certain que les universitaires servent l'humanité en refusant de se préoccuper des retombées pratiques de leurs théories juridiques ; on peut douter que tous les énoncés normatifs sans exception diffusent par eux-mêmes le bonheur et la paix, et que la soumission aux juges – aussi parfaits puissent-ils être – de tous les différends – de celui qui concerne un parent et son enfant ou deux amis, à celui qui touche à la guerre nucléaire – soit la réponse adéquate et suffisante à tous les problèmes de justice qui se posent aux hommes.

Dans le domaine du Droit international coutumier, il n'est pas vrai qu'ait disparu ou que ne soit plus tenable une approche qui fait de l'admission des règles par la plupart de leurs destinataires (selon des modalités généralement reconnues par eux) un critère cardinal du caractère juridiquement obligatoire de ces règles. Cela n'implique pas de réduire le Droit international coutumier à un traité tacite (puisqu'on peut parfaitement le voir comme la concordance de discours de différents types, tenus de manière délibérée et réfléchie par un grand nombre d'Etats) ; et cela est parfaitement compatible avec l'idée que l'exigence du consentement des Etats repose principalement sur ce qu'elle apporte à la société des Etats dans son ensemble en termes de paix, d'équité et d'auto-détermination des peuples, donc qu'elle repose sur des principes éthico-politico-juridiques plus fondamentaux, au nom desquels il est également possible de faire varier la force de cette exigence. Une telle conception du Droit international coutumier est à la fois plus proche de celle qui est retenue en pratique par la plupart des acteurs juridiques internationaux, et plus conforme au Droit en vigueur, que ne le sont les théories kelsénienne, du Droit spontané ou des théoriciens du « choix rationnel ». Elle est également, à nos yeux, bien plus susceptible d'empêcher les grandes puissances de se prévaloir de l'autorité du Droit quand elles ne font que s'imposer par la force, et plus largement, elle permet mieux au Droit international coutumier de remplir les fonctions que le grand nombre des Etats attendent de lui³⁴⁴.

³⁴³ V. par ex. (avec les inévitables nuances propres à la pensée de chaque auteur), les (non) réponses de Noberto Bobbio à Danilo Zolo dans N. BOBBIO, D. ZOLO, « Hans Kelsen, The Theory of Law and the International Legal System : A Talk », *EJIL*, 1998, vol. 9, pp. 364-365 et 367, ou de Michel Troper à Daniel Lochak (D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1989, pp. 252-285) dans M. TROPER, « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », *ibid.*, pp. 286-292, spéc. au début de l'article.

³⁴⁴ Comp. par ex. : G. ARANGIO-RUIZ, « Customary Law », *op. cit.*, spéc. pp. 123-124 ; O. ELIAS, « The Nature of the Subjective Element in Customary International Law », *International & Comparative Law Quarterly*, 1995, vol. 44, pp. 501-520.