

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 »<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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*

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

Ce texte appartient à cette partie de l'œuvre de Kelsen qui relève explicitement de la *théorie du Droit international*<sup>3</sup> 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)<sup>4</sup>, 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'encadrer<sup>5</sup>. 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 responsabilité<sup>6</sup>, 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.

<sup>3</sup> 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* ».

<sup>4</sup> 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* (2<sup>nd</sup> éd., Verlag Franz Deuticke, Vienne, 1960) par Ch. Eisenmann, avt-propos, préf. à la 1<sup>ère</sup> et à la 2<sup>nd</sup> éd. de H. Kelsen, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, coll. *La pensée juridique*, 2010 [1<sup>ère</sup> 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*.

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> 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* »,

H. KELSEN, « THÉORIE DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER »

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'inductive<sup>7</sup>.

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 »<sup>8</sup>. 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 »<sup>9</sup>. 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.

<sup>7</sup> 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.

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

<sup>9</sup> 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<sup>ère</sup> éd. en langue allemande : 2001], pp. 44-77.

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

sa propre conception du Bien<sup>10</sup>. 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 »<sup>11</sup>. 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 tiers<sup>12</sup> a pour point de départ, la contestation de la formule jurisprudentielle de principe de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI)<sup>13</sup> ; son article sur la « transformation du Droit international en Droit interne »<sup>14</sup> commence par l'affirmation qu'une

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

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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

H. Kelsen, « THÉORIE DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER »

« 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 1943<sup>15</sup> ; son article sur la Tchécoslovaquie consiste notamment à expliquer que différentes dispositions des traités applicables « sont en contradiction avec la réalité du droit positif »<sup>16</sup>, 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 parties<sup>17</sup> ; 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 »<sup>18</sup> 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 raisonnables<sup>19</sup>. 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-africaine<sup>20</sup>, 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.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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<sup>ème</sup> 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.

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

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

<sup>19</sup> 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.

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

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

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

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 [...] »<sup>23</sup>. 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*)<sup>24</sup>.

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 »<sup>25</sup>, Kelsen envisage sa théorie du Droit

<sup>21</sup> Article 92 de la Charte des Nations Unies.

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

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

<sup>24</sup> 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.

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

H. KELSEN, « THÉORIE DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER »

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 »<sup>26</sup>, 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 provinces<sup>27</sup>, 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 vigueur<sup>28</sup>.

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 ferrailer 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* »<sup>29</sup> 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).

---

<sup>26</sup> *TDIC*, p. 67 §9.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> *TDIC*, p. 65 §7.

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