

LE CONCEPT DE DROIT SPONTANÉ DANS LA PENSÉE DE ROBERTO AGO

Alexandre HERMET

Doctorant contractuel à l'IHEI

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

« Droit spontané » : l'expression n'est pas, à première vue, d'un sens évident. Que signifie-t-elle, dès lors qu'est spontané ce qui n'est ni provoqué, ni réfléchi, ni même volontaire¹ ? Si l'épithète renvoie à la formation du droit, perçue comme irréfléchie, inconsciente, l'expression demeure imprécise et porteuse d'ambiguïté². Il est donc préférable de l'appréhender à la lumière de la pensée d'un auteur, afin d'étudier non pas le concept en lui-même, dépourvu de sens univoque, mais plutôt l'une de ses significations, parmi de multiples, construite par tel auteur ou telle école de pensée. En cela, la conception du droit spontané la plus riche en droit international est certainement celle de Roberto Ago³, qui a entrepris une des réflexions les plus profondes en la matière.

¹ *Le petit Robert de la langue française* (millésime 2013) distingue trois sens du mot spontané : « 1. Que l'on fait soi-même, sans être incité ni contraint par autrui. [...] 2. Qui se fait de soi-même, sans avoir été provoqué. [...] 3. Qui se fait sans que la volonté intervienne. [...] Qui se fait, s'exprime directement, sans réflexion ni calcul ».

² Il est intéressant de noter qu'étymologiquement, le mot vient du bas latin *spontaneus*, lui-même issu du latin *spons*, *spontis*, signifiant « volonté libre ».

³ Roberto AGO (1907-1995) est un des internationalistes les plus importants du XX^{ème} siècle. Professeur de droit international public et privé aux universités de Catane, Gênes et Rome, il a aussi été membre de la Commission du droit international (1957-1978), président de la conférence de Vienne sur le droit des traités (1968-1969), président du Curatorium de l'Académie de droit international de la Haye et juge à la Cour internationale de Justice (1979-1995).

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

Il a développé sa conception du droit spontané dans deux travaux particulièrement importants⁴ : un cours professé à l'Académie de La Haye en 1956, intitulé « Science juridique et droit international »⁵, reprenant un ouvrage paru sous le même titre en italien en 1950⁶, et un article intitulé « Droit positif et droit international », paru en six langues de 1955 à 1960⁷, dont en français dans l'*Annuaire français de droit international*⁸. Il n'est évidemment pas le seul à utiliser l'expression qui, en raison de son imprécision, se retrouve tant en droit interne que chez les internationalistes les plus divers⁹. Cependant, même si d'autres membres de la doctrine spontanéiste lui sont doctrinalement proches¹⁰, la présente étude se limitera l'approche d'Ago. Cette dernière revêt en effet un intérêt particulier : sa tentative d'explication de la formation spontanée du droit est particulièrement élaborée et se situe davantage sur le terrain de la méthode juridique que sur celui des sources du droit. Par cet éclairage particulier qu'il apporte à la coutume, il permet de la repenser, notamment en ce que son approche conduit à distinguer formation de

⁴ Pour une étude du droit spontané, dans une perspective générale, v. P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, Paris, 2002 ; pour une analyse de la théorie du droit spontané en droit international spécifiquement, v. G. ARANGIO-RUIZ, « Customary Law : a Few More Thoughts About the Theory of 'Spontaneous' International Custom », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit – Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 93-124 et F. MÜNCH, « Le rôle du droit spontané », *Pensamiento jurídico y sociedad internacional – Libro-homenaje al profesor D. Antonnio Truyol Serra*, Universidad Complutense de Madrid, 1986, vol. II, pp. 831-836 ; enfin, parmi les commentaires et analyses de ces textes et du concept de droit spontané de Roberto Ago, v. A.-C. FORTAS, « Retour sur un classique : Ago (Roberto). – Droit positif et droit international », *RGDIP* 2012, pp. 235-239 et J. L. KUNZ, « Roberto Ago's Theory of a 'Spontaneous' International Law », *AJIL*, vol. 52 (1958), pp. 85-91.

⁵ R. AGO, « Science juridique et droit international », *RCADI*, 1956, II, pp. 851-958, désormais : « Science juridique ... ».

⁶ R. AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, A. Giuffrè, Milano, 1950.

⁷ Si l'on se fie à la bibliographie figurant en tête des mélanges en son honneur (pp. XV-XIX) : « Diritto positivo e diritto internazionale », *Comunicazioni e Studi*, VII, 1955, pp. 33-96 et *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, I, Milano, 1957, pp. 1-64 ; « Derecho positivo y derecho internacional », *Revista española de derecho internacional*, 1956, pp. 579-655 ; « Positive Law and international Law », *American Journal of International Law*, 1957, pp. 691-733 ; « Positiv ret og international ret », *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, 1959, pp. 77-111 ; et en japonais dans *Hōsei Ronshū (The Journal of Law and Political Science)*, Nagoya University, 1960, 14, pp. 1-36.

⁸ R. AGO, « Droit positif et droit international », *AFDI*, vol. III, 1957, pp. 14-62, désormais : « Droit positif... ».

⁹ Par ex., Dionisio Anzilotti lie sa théorie du pacte tacite avec le droit coutumier : « [I]es accords tacites et, en particulier, les coutumes étant des manifestations spontanées, quasi inconscientes, de certaines exigences de la vie en commun, précèdent historiquement les traités » (D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, rééd. Editions Panthéon-Assas, Paris, 1999, p. 74), étant bien évidemment entendu que ces manifestations qualifiées de spontanées sont avant tout des manifestations de volonté (*ibid.*, p. 76).

¹⁰ En particulier la doctrine italienne du droit spontané en droit international. Pour une présentation des différents auteurs, v. entre autres G. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* note 4, pp. 97-99.

LE CONCEPT DE DROIT SPONTANÉ DANS LA PENSÉE DE ROBERTO AGO

la coutume et constatation de son existence. La première est peu utile au juriste qui se concentre uniquement sur le droit applicable et en vigueur¹¹, tout au plus peut-il chercher à connaître les caractères essentiels des règles non-écrites afin d'en percevoir le processus de formation¹² ; la seconde est plus pragmatique et concerne les méthodes d'identification de ces règles. La pensée d'Ago permet d'interroger cette distinction et par là-même d'évaluer la manière par laquelle on appréhende la coutume internationale ; c'est ainsi la pertinence de son concept de droit spontané qui sera appréciée.

Cette distinction peut dès lors constituer un point de départ, le postulat autour duquel construire l'étude. Si la formation du droit spontané est par définition peu perceptible, l'analyse de ses caractéristiques essentielles, de sa nature propre, permet d'en approcher ; sa pensée met alors l'accent sur le caractère involontaire du droit spontané, s'enfermant paradoxalement dans une conception statique de la coutume (I). En ce qui concerne l'identification du droit spontané, Ago défend, dans les pages les plus intéressantes de ses écrits, une approche méthodologique précise pour constater l'existence du droit ; méthode dont on observera qu'elle trouve, peu ou prou, un écho dans la pratique internationale (II).

I. LA NATURE DU DROIT SPONTANÉ :
LA VOLONTÉ EN QUESTION

Trouver une définition claire du droit spontané dans les écrits d'Ago n'est pas tâche facile, tant il cherche davantage à expliquer la manifestation du droit spontané que les mystères de sa formation. Tout au plus affirme-t-il qu'il s'agit d'un droit qui « apparaît comme le fruit d'une germination spontanée et non d'une volonté ou d'un établissement »¹³. La seule caractéristique positive du droit spontané semble donc, pure tautologie, d'être formé spontanément. Cependant, si l'on ne sait pas comment se forme le droit spontané, Ago précise comment il ne naît pas : ce droit n'est issu d'aucun « établissement », c'est-à-dire d'aucune source formelle (A), et partant d'aucune volonté (B).

¹¹ « Droit positif... », *op. cit.* note 8, pp. 42-43.

¹² Ainsi, selon Brigitte Stern, si elle est « peu explicative du processus coutumier », la théorie de Roberto Ago relève cependant « d'une opinion juste en ce qu'elle concentre l'attention sur la règle coutumière plus que sur le processus coutumier » (B. STERN, « La coutume au cœur du droit international – quelques réflexions », *Le droit international, unité et diversité – Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 484).

¹³ « Droit positif... », *op. cit.* note 8, p. 57.