

Introduction

Kelsen juriste internationaliste : penser une trajectoire scientifique

Frédéric Ramel

Selon Hans Kelsen, la paix incarne la première tâche politique, laquelle trouvera dans le droit sa technique d'achèvement. L'apport du théoricien positiviste dépasse ainsi largement l'ordre interne pour trouver à l'échelle internationale un autre terrain d'expression. À cet égard, Kelsen prend ses distances par rapport aux conceptions hobbesiennes et austiniennes qui demeurent sceptiques à l'égard des caractères du droit international. La première considère qu'il n'y a pas de droit en l'absence d'État (comme le souligne la fameuse expression « *autorictas, non veritas facit legem* ») ; or une anarchie préside aux relations internationales entraînant une situation défectueuse en matière d'autorité politique. Les relations entre États relèvent dès lors de l'état de guerre : « [...] en tout temps les rois et les personnes de l'autorité souveraine, en raison de leur indépendance, s'envient en permanence et se mettent dans l'état et l'attitude des gladiateurs »¹. La seconde fait du droit un commandement du souverain qui, au-dessus des États, n'existe pas. Austin aboutit à l'idée selon laquelle le droit international s'apparente plus à une moralité ou à « des opinions ou sentiments parmi les nations »². Contrairement à ces définitions qui inspireront en partie les approches réalistes des relations internationales, Kelsen insiste sur le changement qui affecte le droit international. En la matière, l'œuvre d'analyse s'articule à l'œuvre de proposition, parfois à caractère militant, en vue d'accompagner ce changement et, par le même

1 Th. Hobbes, *Léviathan*, traduction de G. Mairet, Paris, Gallimard, 2000, p. 227.

2 J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1954, p. 141-142 ; je traduis.

geste, de dépasser la primitivité du droit international. Sur quels fondements reposent ces aspects de la réflexion menée par le juriste ? Avec la mise en place de nouvelles juridictions, à l'instar de la Cour pénale internationale, quelles sont les résonances contemporaines des idées développées par Kelsen ? Les textes rassemblés ici proposent une relecture des prises de position ainsi que des interprétations kelseniennes en replaçant la production dans son contexte d'élaboration d'une part, en interrogeant deux aspects de sa réflexion, à savoir le rapport aux crimes de guerre commis pendant la Seconde Guerre mondiale et l'application du modèle de hiérarchie des normes, d'autre part. Ces deux dimensions renvoient à une même réflexion ayant comme visée d'interroger la singularité du droit international.

Kelsen investit le champ du droit international sous l'effet de l'entre-deux-guerres qui interroge les formes de régulation nouvelle instituées par la Société des Nations. Mais c'est surtout la phase de l'exil américain après la Seconde Guerre mondiale qui amplifie sa réflexion. Comme le souligne Carlos Miguel Herrera dans son article où il propose une identification serrée des différentes phases d'écriture consacrées au droit international, Kelsen n'a pas enseigné outre-Atlantique dans des départements de droit. Il a exercé ses fonctions d'universitaire dans des départements de science politique, ainsi qu'au War Naval College. En d'autres termes, il s'est vu progressivement exposé aux manières d'appréhender les relations internationales post-1945 aux États-Unis, à savoir une époque où le réalisme classique tel que conceptualisé par Hans Morgenthau devenait la « science normale ». D'ailleurs, Morgenthau connaissait bien le juriste viennois en raison de leur rencontre à Genève et il eut toujours à cœur de reconnaître sa dette envers lui quant à l'organisation de sa thèse d'habilitation qu'il mit plusieurs années à soutenir, puisque certains de ses collègues lui refusaient ce droit³. Cette exposition s'accompagne en partie d'une forme de pessimisme mais oblige surtout Kelsen à affiner ses positions en prenant en considération de manière plus frontale l'effectivité du droit international. Une effectivité qui demeure particulièrement fragile.

3 Sur ce point voir O. Jütersonke, *Morgenthau, Law and Realism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 80.

Le texte de Christophe Bouriau rend compte d'une tension dans l'application du modèle positiviste tel qu'élaboré par Kelsen. Prenant le cas de la construction européenne, il met en relief l'ambiguïté dans la définition de la norme supérieure. Quelle est-elle en la matière ? L'Union ne s'est pas dotée d'une constitution en tant que telle. Au-delà du rejet par voie référendaire du texte issu de la Convention pour l'avenir de l'Europe, on peut s'interroger sur le statut d'un traité de plusieurs centaines de pages qui aurait une valeur constitutionnelle... Des ajustements permanents se donnent à voir entre les ordres nationaux et l'ordre communautaire, laissant apercevoir une cohabitation qui oblige à la coopération plus qu'un ordre cohérent.

Basés sur la traduction de deux textes de Kelsen écrits en anglais, les articles d'Emmanuel Pasquier et de Valéry Pratt portent sur la mise en place d'une justice pénale post-Seconde Guerre mondiale. Tous deux interrogent l'idée d'un dépassement du cadre stato-centré. On le sait, dans la *Théorie pure du droit*, Kelsen qualifie la souveraineté de dogme conçu comme le « principal instrument de l'idéologie impérialiste »⁴. Dans une certaine mesure, le mouvement de judiciarisation internationale au xx^e siècle tend à écorner la souveraineté judiciaire des États. Des tribunaux militaires post-1945 jusqu'à la mise en place de la Cour pénale internationale en passant par l'établissement des tribunaux pénaux *ad hoc*, l'espace international s'est doté d'institutions juridictionnelles qui participent d'un dépassement de la primitivité du droit à laquelle en appelle Kelsen lui-même.

Emmanuel Pasquier se focalise sur les poursuites judiciaires qui font suite à la Seconde Guerre mondiale avec la présentation de l'article intitulé « Collective and individual responsibility in international law with particular regards to punishment of war criminals ». En insistant sur la nécessité de rendre justiciables les individus en droit international, Kelsen insiste sur l'obligation des États, lesquels se doivent d'entreprendre ces poursuites contre les individus et, ce faisant, contribuer à l'édification du droit international. En d'autres termes, dans cette phase post-conflit qui rend obligatoire la lutte contre l'impunité des crimes de guerre, Kelsen « reconfigure la souveraineté étatique » plus qu'il

4 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction de Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p.196.

ne « l'efface ». L'État reste donc une pièce fondamentale en tant que membre d'une communauté d'États agissant non pas selon l'utopie d'un souverainisme absolu, mais selon les termes du droit international. L'infrastructure interétatique participe ainsi à la construction du modèle kelsénien.

Le point de vue de Valéry Pratt s'appuie sur un écrit particulier publié en 1945, « The rule against ex post facto law and the prosecution of the axis war criminals ». Inscrit dans une série de textes portant sur la justice pénale internationale, ce texte prend position dans le cadre des pourparlers relatifs à l'accord de Londres qui doit mettre en place le tribunal de Nuremberg. Il s'attache à démontrer que le principe de non-rétroactivité ne peut pas être utilisé pour empêcher la poursuite des criminels de guerre. Ainsi que l'indique Valéry Pratt, le normativiste prend en considération la dimension morale qui oriente notre jugement. Les crimes sont d'une telle gravité qu'ils ne doivent pas échapper à la poursuite judiciaire. Quand bien même Kelsen mobilise des arguments purement juridiques pour justifier la non-rétroactivité, il enchâsse sa réflexion au cœur des pratiques, prouvant, comme le soulignait en son temps Hedley Bull, l'un des plus emblématiques représentants de l'École anglaise des relations internationales, que « la logique légale ne nous aidera pas à comprendre la place du droit international dans les relations internationales, ni à définir les conditions de la paix et de la sécurité : ceci requiert une étude des réalités politiques internationales »⁵.

En définitive, c'est bien la singularité du droit international qui est ici posée. Kelsen ne cesse de mettre en relief la non-spécificité de cette branche du droit par rapport à son modèle normativiste. Comme tout système juridique, le droit international ne suppose pas une subordination politique (des êtres humains qui appliquent la loi par rapport à ceux qui l'édicte). Il est avant tout un dispositif de subordination juridique des êtres humains aux règles légales : *non sub homine sed sub lege*. De plus, le droit suppose un ordre coercitif qui impose les sanctions (ce qui renvoie à l'efficacité du droit). Cette efficacité se doit d'être distinguée de la validité, laquelle demeure appréhendée à partir du respect de la norme fondamentale. C'est ici que surgit le rapport entre la force

5 H. Bull, « Hans Kelsen and international law », *Essays on Kelsen*, R. Turr et W.L. Tining éd., Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 336.

et le droit. Dans l'ordre interne, les sanctions sont centralisées par une autorité. Dans l'ordre international, le dispositif est décentralisé puisque laissé au libre arbitre des États *via* les représailles ou la guerre. Selon Kelsen, le droit international est travaillé par un processus de centralisation progressive des sanctions au profit d'organes tiers qui doivent être des juridictions reconnues par les États. Ce processus n'altère pas entièrement la souveraineté. Il la recompose dans un sens relatif tout en plaçant au cœur des relations internationales une nécessaire juridictionnalisation associée à un dispositif de sanctions centralisé. Seule cette articulation, au-delà de la confusion qui peut encore apparaître entre la force employée comme instrument de guerre et la force employée comme instrument de sanctions, saura favoriser l'éclosion d'un véritable ordre juridique.

ENS ÉDITIONS