

CHAPITRE 3
**POUR UNE RELATIVISATION DE LA RUPTURE ENTRE
APPROCHES ÉTASUNIENNES ET FRANÇAISES DU
DROIT INTERNATIONAL**

VINCENT CHAPAUX*

Introduction

Depuis 2003 – et l’affrontement très médiatisé qui opposa les États-Unis à certains de ses alliés occidentaux au sujet de la guerre en Irak –, on constate un nombre important d’études qui soulignent les différences qui divisent le monde occidental(1). Ce constat n’a pas été posé uniquement d’une perspective politique et philosophique(2). Depuis peu, on entend aussi des voix s’élever pour souligner que l’Occident serait divisé du point de vue du droit en général, et au regard du droit international en particulier. Les juristes étasuniens et européens en seraient venus à envisager le droit international d’une manière si incompatible qu’on assisterait à la création d’un « fossé »(3), au début d’un « dialogue de sourds »(4), voire à la construction d’une véritable tour de Babel du droit international(5).

* Postdoctorant en Relations Internationales et droit international à l’Université Libre de Bruxelles. Membre du Centre de droit international et de sociologie appliquée au droit international ainsi que du REPI (Recherche et enseignement en politique internationale). Fulbright Visiting Scholar auprès du Institute for International Law and Justice de la New York University School of Law (2012-2013). L’auteur tient à remercier pour leurs conseils Marco Benatar, Vrije Universiteit Brussel, ainsi que l’ensemble des membres du Centre de droit international et de sociologie appliquée au droit international de l’Université Libre de Bruxelles.

(1) Sur l’année 2003 comme matérialisation de la rupture transatlantique, voy. D. ZARTNER FALSTROM, « Thought Versus Action: The Influence Of Legal Tradition On French And American Approaches To International Law », *Me L. Rev.*, 2006, vol. 58, n° 2, p. 337 ; E. JOUANNET, « Les visions françaises et américaines du droit international. Cultures juridiques et droit international », *Droit international et diversité des cultures juridiques - International law and diversity of legal cultures*, Paris, Pedone, coll. Société française pour le droit international, 2008, p. 44. Voy. également OI. CORTEN, « The controversies over the customary prohibition on the use of force: a methodological debate », *E.J.I.L.*, 2005, vol. 16, n° 5, p. 803.

(2) J. HABERMAS et C. CRONIN, *The divided west*, Polity Pr, 2006.

(3) J. P. COT, « Tableau de la pensée juridique américaine », *R.G.D.I.P.*, 2006, vol. 110, n° 3, p. 593.

(4) *Ibid.*

(5) J. D’ASPREMONT, « La déformalisation en droit international et l’abandon de la théorie des sources dans la doctrine contemporaine », *L’Observateur des Nations Unies*, vol. 30, à paraître.

La présente étude portera sur cette opposition transatlantique bien que celle-ci soit trop complexe et ses manifestations trop variées pour pouvoir être embrassées dans le cadre de ce court exposé. On limitera donc l'objet d'étude de deux manières. D'une part, ces différences seront observées uniquement au sein du monde académique. Il ne s'agit pas de prétendre que le monde académique fonctionne de manière détachée de celui des juges, des activistes, des conseillers et de toutes les autres professions qui utilisent le droit comme objet principal. Il s'agit simplement de constater que tous ces rôles sont différents et qu'il est possible de les isoler conceptuellement, pour les besoins de l'étude(6). La recherche se limitera par ailleurs à comprendre l'opposition entre le milieu académique étasunien et français. En effet, s'il semble qu'une opposition sur ce sujet existe entre les États-Unis et l'Europe (Royaume-Uni inclus)(7), il paraît tout aussi indéniable que le débat franco-américain s'est développé de manière très dense(8), contaminant d'ailleurs les autres communautés juridiques francophones occidentales (Belgique, Suisse et la situation particulière et non européenne du Québec)(9).

L'étude replace d'abord (1) cette insistance à constater une « rupture transatlantique » dans le cadre plus large du débat sur l'universel et le particulier. Elle montre que la littérature actuelle qui souligne les différences d'approche entre les États-Unis et l'Europe s'insère dans une tendance actuelle de la doctrine à insister sur les particularismes du droit international au détriment d'une tendance, plus traditionnelle, qui insistait sur son caractère universel. Elle montre que, dans

(6) Martti Koskenniemi fait la différence entre quatre catégories de juristes : le juge, le conseiller, l'activiste et l'académique. Voy. M. KOSKENNIEMI, « Between Commitment and Cynicism: Outline for a Theory of International Law as Practice », *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Adviser of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law*, NY, United Nations, 1999, p. 495. Voy., sur les différents métiers du juriste C. W. JENKS, « Craftsmanship in International Law », *A.J.I.L.*, 1956, vol. 50, p. 32.

(7) Voy. comment Guillermo Verdirame décrit la différence entre le monde des internationalistes étasuniens et britanniques in G. VERDIRAME, « "The Divided West": International Lawyers in Europe and America », *E.J.I.L.*, 2007, vol. 18, n° 3, pp. 553-580.

(8) Voy. le colloque organisé en 2005 à Harvard sous l'intitulé « Comparative visions of global public order » et le partenariat structurel lancé entre Harvard et Science-Po dont l'intitulé du premier événement *Franco-american Influence Then and Now* montre bien l'importance que cette question franco-américain revêt. On notera aussi la présence de littérature spécifiquement consacrée à cette question particulière des deux côtés de l'Atlantique et notamment le dossier consacré à cette question dans la *Me L. Rev.*, vol. 58, n° 2, 2006 ou les publications d'E. JOUANNET, *op. cit.* (note 1) et de J.-P. COT, *op. cit.* (note 3).

(9) Le colloque qui a donné lieu à la présente publication était organisé par le CÉDIM (UQAM) et était intitulé « L'état des théories critiques dans le monde francophone. Trajectoires comparées : Relations internationales et droit international (19 et 20 mai 2011) ». L'Université Libre de Bruxelles organisera un colloque en 2014 consacré à la question de la déformalisation, centrale dans le débat transatlantique.

ce contexte, il n'est pas étonnant que les différences transatlantiques soient aujourd'hui mises en exergue.

L'étude poursuit (2) en exposant la manière dont est actuellement décrite cette rupture transatlantique. Selon les études actuelles, les recherches étasuniennes se différencieraient des recherches françaises sur deux points. D'une part, elles auraient globalement renoncé à faire de l'établissement du contenu du droit une activité scientifique légitime. Là où leurs confrères français concentreraient la plus grande partie de leurs énergies à établir l'existence des règles de droit, leur contenu et leurs modalités d'application, les chercheurs étasuniens auraient, au contraire, décidé d'observer le droit de l'extérieur. Leur objectif principal serait aujourd'hui d'évaluer le droit du point de vue de son rôle dans la société (et en particulier de son efficacité) ou de mesurer la conformité du droit par rapport à des valeurs (égalité des genres, égalité ethnique, capacité à améliorer le bien commun, etc.). Deuxième différence, les chercheurs étasuniens refuseraient aujourd'hui majoritairement de faire la différence entre droit et « non-droit ». Alors que leurs homologues français resteraient fondamentalement liés à la croyance qu'il est possible de séparer les règles de droit, définies de manière formelle, des autres éléments de la réalité sociale (les opinions politiques, les valeurs, l'influence sociétale, etc.), les chercheurs étasuniens auraient au contraire décidé de renoncer à cette distinction. La règle de droit ne serait plus définie par référence à des sources et des mécanismes d'interprétation formels (comme ceux établis à l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice et aux articles 31 et suivants de la Convention de Vienne), mais aussi par référence à des critères tels que l'efficacité de la règle, sa (non) application dans la société internationale, sa conformité à certaines valeurs, etc.

La troisième partie de l'étude (3) cherche à vérifier si ces deux particularités étasuniennes s'observent dans littérature académique actuelle en analysant les écrits parus en 2011 dans l'*American Journal of International Law (A.J.I.L.)*. L'*A.J.I.L.* paraît un laboratoire idoine pour déterminer l'état actuel de la recherche en droit international aux États-Unis. D'une part, parce que cette revue reste parmi les plus importantes de la discipline⁽¹⁰⁾. D'autre part, parce qu'il s'agit d'une

(10) Selon les classements effectués par la *Washington and Lee University School of Law*, l'*American Journal of International Law* serait le plus important journal étatsunien de droit international (résultat combinant le plus élevé en termes de facteur d'impact et de citations). Voy. « Law journals : submissions and rankings », 5 septembre 2012, *Washington and Lee Law School*, disponible sur <http://lawlib.wlu.edu/LJ/index.aspx>.

publication fondamentalement étasunienne. Même si tous les auteurs qui y écrivent ne sont pas rattachés à des universités basées aux États-Unis, les deux éditeurs en chef ainsi que 17 des 23 membres de son comité de rédaction, eux, le sont(11).

L'étude révèle que les deux particularités étasuniennes (abandon de la détermination du contenu de la règle de droit comme projet scientifique légitime et abandon de la distinction entre droit et « non-droit ») ne se reflètent que de manière très marginale dans les travaux de l'*A.J.I.L.* Sans contester l'existence de ces particularismes, l'étude s'interroge donc sur leur importance absolue et invite à l'ouverture d'un champ de recherche qui approcherait les différences transatlantiques sur un plan quantitatif afin de remettre en perspective l'importance des différences conceptuelles qui divisent aujourd'hui États-Unis et Europe occidentale.

1. – Un débat qui s'insère dans une tendance contemporaine à l'étude des particularismes en droit international

Le débat portant sur les différences transatlantiques n'apparaît pas dans un paysage vierge. Depuis la fin de la guerre froide, il existe une tendance à insister sur les particularismes du droit international et non sur sa prétention à l'universalité. Ce débat entre universel et particulier n'est pas neuf. Le droit international est socialement construit comme un droit en tension. International par vocation, il reste en grande partie national dans les faits, non seulement parce qu'il est rédigé par des juristes formés dans des écoles nationales (et non internationales)(12), mais aussi parce qu'il est appliqué dans une grande mesure par des organes nationaux (tribunaux nationaux ou simples organes politiques des États)(13). Cette tension entre l'universel et le particulier se reflète d'ailleurs dans le conflit identitaire que vivent la majorité des internationalistes : partagés entre le fait d'appartenir à ce « collège invisible

(11) Voy. « Current board of editors », 5 septembre 2012, American Society of International Law, disponible sur <http://www.asil.org/ajil.cfm>. Les universités non étasuniennes représentées au comité de rédaction sont Cambridge, l'Université de Genève, l'Université de Tel-Aviv, l'Université de Toronto, l'Université d'Ottawa et la *London School of Economics*.

(12) J.-P. COT, *op. cit.* (note 3), p. 538.

(13) Au sujet du fait que ce sont des entités nationales qui appliquent le plus souvent le droit international, voy. la notion de dédoublement fonctionnel telle que l'entend Georges Scelle expliquée dans A. CASSESE, « Remarks on Scelle's Theory of Role Splitting (dedoublement fonctionnel) in International Law », *E.J.I.L.*, 1990, vol. 1, p. 210.

du droit international »(14) et leur identité nationale ; divisés entre une tendance cosmopolite, institutionnaliste et humaniste, mais résolu à un certain cynisme face à la non-effectivité du droit international(15). Bien qu'elle ait toujours existé, cette tension a, selon les époques, été tour à tour soulignée ou minimisée. Dans les années 1930, Lauterpacht plaidait pour une mise à l'index du débat sur les particularismes régionaux au nom d'une inexistence des différences locales :

[...] There is no substance in the view that there exist two schools of international law – the Anglo-American and the Continental – either in regard of specific questions of international law [...] or in the matter of general legal approach and method(16).

Cinquante ans plus tard, Charles Rousseau balayait lui aussi la question des différences locales et considérait qu'il convenait de s'intéresser au droit international dans sa dimension inéluctablement universelle(17). Par opposition, la période contemporaine semble traversée par une « anxiété postmoderne »(18) qui se caractérise par un scepticisme envers l'universel et un retour sur l'étude du particulier(19). Probablement parce que le local et le global sont en confrontation plus directement aujourd'hui qu'hier et que les différences régionales s'exposent dès lors plus facilement que par le passé. Probablement aussi à cause de la généralisation des études post-coloniales qui ont fait prendre conscience que, entre le fort et le faible, nier les particularismes revient souvent à imposer le modèle dominant.

Cette tendance à souligner les particularismes s'est manifestée lors de nombreux débats. Celui portant sur les différences entre les approches étasuniennes et francophones n'est que le dernier en date. Préalablement s'est posée la question de la fragmentation du droit international lui-même, et non simplement de ses approches. Grondant depuis la fin de la guerre froide, ce débat trouve son apogée au tournant du millénaire. L'inflation normative constatée à cette époque

(14) D. BEDERMAN, « Appraising a Century of Scholarship in the American Journal of International Law », *A.J.I.L.*, 2006, vol. 100, p. 62.

(15) M. KOSKENNIEMI, « Between Commitment and Cynicism », *op. cit.* (note 6).

(16) H. LAUTERPACHT, « The So-Called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law », *B.Y.I.L.*, 1931, vol. 12, p. 61.

(17) Ch. ROUSSEAU, « Les conceptions nationales du droit des gens », *Le Droit international, unité et diversité : mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 442.

(18) Voy. M. KOSKENNIEMI et P. LEINO, « Fragmentation of international law? Postmodern anxieties », *Leiden Journal of International Law*, 2002, vol. 15, n° 3, p. 553. Voy. Également M. PROST, *Concept of Unity in Public International Law*, Oxford, Hart Publishing Ltd., 2012, p. 4.

(19) Voy., pour un exemple récent, le titre du dernier colloque annuel de l'*American Society of International Law : Harmony and Dissonance in International Law*, March 23-26 2011, Washington DC.

soulève la peur d'une cacophonie juridique à différents niveaux. On redoute premièrement (et l'on prétend d'ailleurs déjà constater), que les législateurs internationaux (essentiellement les États) construisent des régimes internationaux souvent indépendants, voire contradictoires⁽²⁰⁾. Cette peur d'une dissonance législative s'accompagne de la peur d'une dissonance jurisprudentielle matérialisée par l'opposition entre le T.P.I.Y. et la C.I.J. à l'occasion de l'affaire Tadic (1999)⁽²¹⁾. Cette opposition est alors présentée comme potentiellement cataclysmique pour « l'ordre international », alors que le caractère contradictoire de ces deux décisions est aujourd'hui, en tant que tel, largement mis en doute⁽²²⁾. La seconde peur est celle de la fragmentation régionale. On assiste, depuis les années 1990, au développement d'un débat fourni sur l'existence d'approches régionales ou nationales du droit international ; débat qui se concentre sur la manière dont les institutions politiques (États, organisations internationales, etc.) et judiciaires locales utilisent et interprètent le droit international. La tendance semble moins être à la réconciliation qu'à la mise en exergue du fait que des règles de droit à vocation universelle trouvent en pratique une multitude d'applications locales non nécessairement compatibles⁽²³⁾. Ce dernier débat se déroule dans une ambiance de résistance postcoloniale envers le droit international, lequel est accusé d'être une sorte cheval de Troie permettant d'imposer des valeurs occidentales au reste du monde. Au cœur de ce débat sur le local et le postcolonial se trouve la question du caractère universel des droits de la personne⁽²⁴⁾.

(20) H. RUIZ FABRI, « Reflections on the Necessity of Regional Approaches to International Law Through the Prism of the European Example: Neither Yes nor No, Neither Black nor White », *Asian Journal of International Law*, 2011, vol. 1, p. 6.

(21) A. CASSESE, « The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia », *E.J.I.L.*, 2007, vol. 18, n° 4, p. 649 ; G. GUILLAUME, « Quelques propositions concrètes à l'occasion du cinquantenaire », *R.G.D.I.P.*, 1996, vol. 2, p. 323 ; Voy. aussi comment cette question est abordée dans Groupe d'Étude de la Commission du Droit International, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, 2006, A/CN.4/L.682, § 51 et suiv, disponible sur http://untreaty.un.org.proxy.bibliotheques.uqam.ca:2048/ilc/documentation/french/a_cn4_l682.pdf.

(22) M. PROST, *Concept of Unity in Public International Law*, *op. cit.* (note 18), p. 197.

(23) J.-H. PAIK, S.-W. LEE et K. Y. L. TAN (dir.), *Asian Approaches to International Law and the Legacy of Colonialism: The Law of the Sea, Territorial Disputes and International Dispute Settlement*, 1ère éd., Routledge, 2012.

(24) E. BREMS, *Human rights: Universality and diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 66, 2001 ; D. OTTO, « Rethinking the Universality of Human Rights Law », *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 1997, vol. 29, p. 1 ; C. M. CERNA, « Universality of human rights and cultural diversity: implementation of human rights in different socio-cultural contexts », *H.R.Q.*, 1994, vol. 16, p. 740.

Cette peur de la fragmentation du droit international est tellement palpable que, au tournant du millénaire, la Commission du droit international va mettre à son ordre du jour un nouveau sujet : « Les risques que pose la fragmentation du droit international »⁽²⁵⁾. La peur de la Commission semble surtout celle de voir les États mis face à des dilemmes insolubles à cause d'obligations concurrentes auxquelles ils auraient à répondre⁽²⁶⁾. Les travaux de la Commission débouchent en 2006 sur un rapport systématisé par Martti Koskenniemi. Essentiellement centré sur les conflits de normes, le rapport conclut que ces conflits peuvent souvent être évités par une interprétation harmonieuse et non dissonante des normes internationales. Le rapport souligne ensuite que, en cas de conflit réel d'obligations, le droit international en vigueur relatif à la gestion des conflits de normes (*lex posterior*, *lex specialis*, *lex superior*), synthétisé en grande partie dans la Convention de Vienne, suffit à résoudre les problèmes rencontrés⁽²⁷⁾. Enfin, le rapport propose d'accepter l'idée que le droit international sera toujours en tension entre cohérence et pluralité⁽²⁸⁾ et invite à penser cette pluralité non comme un danger, mais comme une richesse adaptative du système international⁽²⁹⁾. Au sujet de l'existence d'approches régionales et en particulier du débat très sensible sur l'universalité des droits de la personne, le rapport botte en touche et mentionne simplement que bien que « les publicistes [soient] convaincus que le droit international doit être interprété de manière universelle »⁽³⁰⁾, la question des particularités des droits de la personne peut légitimement être invoquée, essentiellement au stade de la mise en œuvre⁽³¹⁾.

Le rapport que la Commission transmettra à l'Assemblée générale aura un ton moins nuancé et réaffirmera de manière beaucoup plus tranchée, à la fois le caractère pyramidal du droit international :

1. *Le droit international en tant que système juridique.* Le droit international est un système juridique. Ses règles et

(25) Commission du droit international, *Rapport de Commission sur le Droit International sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (1^{er} mai – 9 juin et 10 juillet – 18 août 2000)*, 2000, *Annuaire de la Commission du Droit International*, vol. II, A/55/10, § 275.

(26) G. Hafner, « Les risques que pose la fragmentation du droit international », Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10, A/55/10, annexe, p. 305 et s.

(27) *Ibid.*, p. 275.

(28) M. KOSKENNIEMI et P. LEINO, « Fragmentation of international law? Postmodern anxieties », *Leiden J. Int'l L.*, 2002, vol. 15, n° 3, p. 553.

(29) Groupe d'Étude de la Commission du Droit International, *op. cit.* (note 21), § 491-492.

(30) *Ibid.*, § 202.

(31) *Ibid.*, § 216.

principes (c'est-à-dire ses normes) opèrent en relation avec d'autres règles et principes et devraient être interprétés dans le contexte de ces derniers. En tant que système juridique, le droit international n'est pas une accumulation aléatoire de telles normes⁽³²⁾ ;

et son caractère cohérent et nécessairement harmonieux :

2. *Le principe de l'harmonisation.* On s'accorde généralement à considérer que, lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles⁽³³⁾.

Les travaux de la Commission reflètent finalement l'état actuel du débat au sein des internationalistes. Comme eux, elle semble partagée entre la nécessité de reconnaître davantage les particularismes qui traversent le droit international et le désir de préserver la cohérence et la prévisibilité de l'ordre juridique international.

2. – Une communauté scientifique étasunienne qui aurait renoncé à déterminer le contenu du droit et a établi une distinction entre droit et « non-droit »

Cette tendance à insister sur ce qui divise plutôt que sur ce qui unit se ressent non seulement dans le débat portant sur la fragmentation du droit international, *per se*, mais aussi dans le débat concernant les approches utilisées pour l'appréhender.

Loin de présenter les internationalistes comme un groupe social uni aux mœurs similaires, l'accent semble aujourd'hui se porter sur les différences culturelles. Emmanuelle Jouannet décrit aujourd'hui le droit international comme un langage commun et une culture *embryonnaire* de juristes, par ailleurs, *situés culturellement*⁽³⁴⁾. Martti Koskenniemi souligne qu'il convient de présenter le droit international comme situé localement puisqu'il l'est dans les faits. Selon lui, le présenter comme universel, c'est-à-dire depuis nulle part, consti-

(32) Commission du droit international, *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, 18 juillet 2003, § 1, disponible sur untreaty.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_l644.pdf. Le rapport sera reproduit dans *l'Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II (2).

(33) *Ibid.*, § 4.

(34) E. JOUANNET, « Les visions françaises et américaines du droit international. Cultures juridiques et droit international », *op. cit.* (note 1), p. 43. [Nos italiques].

tue une acculturation. Il propose d'ailleurs d'embrasser les outils du droit comparé pour étudier le droit international dans sa différence plutôt que de se proposer comme soldats de son uniformisation⁽³⁵⁾.

C'est dans ce contexte que se développe le débat sur les particularismes transatlantiques et qu'émerge l'idée que les chercheurs étasuniens et français recourent à des approches fondamentalement différentes pour appréhender le droit international. Aux États-Unis, les chercheurs auraient renoncé à la détermination du contenu du droit comme projet scientifique légitime. Ils se seraient concentrés sur des approches sociologiques du droit visant à comprendre la place du droit dans la société (2.1). En France, au contraire, l'activité qui consiste à déterminer le contenu du droit international serait quasiment la seule acceptable (2.2). Certaines études affirment même que ce revirement sociologique étasunien camoufle en réalité un manque de rigueur et une tendance, condamnable, à mélanger le droit et le « non-droit » (2.3).

2.1. – AUX ÉTATS-UNIS, DÉTERMINER LE CONTENU DU DROIT NE SERAIT PLUS UN PROJET SCIENTIFIQUE LÉGITIME

Aux États-Unis, étudier le droit de l'intérieur ne serait plus une activité scientifique légitime. Jean-Pierre Cot prétend, par exemple, que travailler à identifier les normes de droit, à en déterminer le contenu et à les appliquer serait une occupation délaissée par la majorité des chercheurs américains qui se seraient convertis, pour faire simple, en sociologues du droit :

La pensée juridique américaine a connu une mutation [...] en droit international. L'analyse, classiquement attentive à l'étude de l'ordre juridique normatif, à l'identification, l'interprétation et l'application de la règle de droit a changé d'objet. Elle s'attache aujourd'hui principalement au processus d'élaboration des normes de conduite sociales⁽³⁶⁾.

La *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* livre un constat similaire :

Where most European lawyers focus predominantly on international law's normative force – examining its-rule-structures – lawyers from the US and the Third World are often more preoccupied with questions about international law's normative scope and institutional management [...]. Such a distinction between normative doctrines – doctrines about the legal sources, about interpretation and application of the law – and

(35) M. KOSKENNIEMI, « The Case for Comparative International Law », *Finnish Yearbook of International Law*, 2009, vol. 20, p. 4.

(36) J.-P. COT, *op. cit.* (note 3), p. 537.

sociological doctrines – doctrines about international law's objectives and institutional effects – reflects differing orientations of academic training and conceptions of the proper roles of the lawyer vi-à-vis the judge, diplomat or the policy maker(37).

Aux États-Unis, il est également courant de raconter l'histoire de la discipline juridique comme celle d'un abandon progressif du *law ascertainment*(38). Selon Richard Posner, cet abandon a d'ailleurs été rapide, car en 1965 on n'enseignait que la dogmatique juridique au sein des universités étasuniennes. Le droit y était vu comme une discipline technique et non une science sociale : « Just as society had left the design of bridges to civil engineers, so it could leave the design of its legal institutions to lawyers »(39). En 1987 en revanche, date où il fait paraître un article à ce sujet dans la *Harvard Law Review*, il estime qu'il n'est plus possible pour un chercheur qui voudrait être à la pointe de se consacrer entièrement au « traditional legal analysis »(40).

Les chercheurs américains décrivent d'ailleurs volontiers leur champ comme très varié en termes d'approches alternatives au *law ascertainment* : étude des processus juridiques (*International Legal Process*) ; évaluation de l'efficacité du droit (*Law and Economics*) ; évaluation du droit par rapport à des valeurs précises telles que l'égalité des genres (*Feminist Studies, Queer Studies, etc.*) ; l'égalité ethnique (*Racial Studies, Afro-American Studies, Asian American Studies, Latinos Studies, etc.*) ou des valeurs présentées comme universelles (*New Haven School*)(41).

(37) M. KOSKENNIEMI, « International Legal Theory and Doctrine », *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 983, § 28.

(38) L'idée de *law ascertainment* s'insère dans la vision syllogistique classique du raisonnement juridique dans lequel l'établissement du droit (*law ascertainment*) suit l'établissement des faits (*fact ascertainment*). Voy. F. R. STRONG, « Pedagogic Training of a Law Faculty, The », *J. Legal Educ.*, 1972, vol. 25, p. 226.

(39) R. A. POSNER, « The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987 », in *Harv. L. Rev.*, 1987, vol. 100, n° 4, p. 765.

(40) « Although the classic works of traditional legal scholarship can still be read with profit and admiration, it is no longer easy for academic lawyers who want to be considered on the "cutting edge" of legal thought to imagine writing in the same vein », *Ibid.*, p. 773. Posner relève que l'on enseignait déjà dans les années 60 que le droit devait se nourrir de la politique et du social, mais que, au-delà du slogan, il n'y avait pas de travail spécifique ou de formation réelle en la matière : *Ibid.*, p. 763.

(41) Pour un descriptif des valeurs prônées par cette école, voy. L.-C. CHEN, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective; Second Edition*, New Haven, Yale University Press, 2000, p. 14-15.

2.2. – EN FRANCE ET DANS LE MONDE FRANCOPHONE, DÉTERMINER LE CONTENU DU DROIT CONSTITUERAIT LE PROJET SCIENTIFIQUE PRINCIPAL

Les francophones, majoritairement français, décrivent en revanche leur champ de recherche comme centré sur une activité principale : la détermination du contenu du droit.

Bien que non contestée, cette spécificité n'est pas pour autant présentée comme positive. On souligne au contraire le « rétrécissement » du débat français⁽⁴²⁾, le « déclin doctrinal » ou la « réduction positiviste » de la discipline⁽⁴³⁾. Le problème est en effet que, en se repliant sur une activité technique visant à déterminer le contenu des normes, le monde scientifique francophone serait devenu incapable de formuler une critique plus radicale de celles-ci ; critique, autrefois, possible par la comparaison avec le droit naturel ou le droit objectif ainsi que par le recours à des théories telles que celle de l'école de Reims. Emmanuelle Jouannet explique ce changement en partie par l'évolution de la société internationale. Selon elle, la majorité des positionnements théoriques et critiques en droit international francophone étaient générés par une question centrale : le droit international est-il du droit ? Cette question est, petit à petit, devenue obsolète, ou au moins présentée comme telle, à cause de l'explosion normative postérieure à la Seconde Guerre mondiale, amplifiée au lendemain de la fin de la Guerre froide. La diminution des questions fondamentales liées à l'existence du droit international en tant que tel s'est vite accompagnée d'une augmentation de la valorisation des questions pratiques et techniques, ce qui explique, selon elle, le triomphe des activités techniques et la capacité du juriste actuel à se cantonner à l'étude du droit international vu de l'intérieur⁽⁴⁴⁾. L'évaluation externe de la norme, quant à elle, aurait été abandonnée aux politologues ou aux philosophes⁽⁴⁵⁾.

Au vu de la description ci-dessus, les mondes scientifiques étasunien et français sont présentés, implicitement ou explicitement, comme différents sur au moins trois points.

(42) J.-P. COT, *op. cit.* (note 3), p. 539.

(43) E. JOUANNET, « Regards sur un siècle de doctrine française du droit international », *Ann. fr. dr. intern.*, 2000, vol. 46, n° 1, p. 36.

(44) *Ibid.*, p. 16. À l'opposé, aux États-Unis, les « law sceptics » forceraient en permanence les internationalistes à se positionner par rapport à l'efficacité du droit et sa pertinence dans la société internationale. Voy. G. VERDIRAME, « 'The Divided West': International Lawyers in Europe and America », *E.J.I.L.*, 2007, vol. 18, n° 3, pp. 556 et s.

(45) E. JOUANNET, « Regards sur un siècle de doctrine française du droit international », *op. cit.* (note 43), p. 35.



- *En ce qui concerne le rôle du chercheur en droit.* Le chercheur français serait invité à déterminer le contenu des normes. Le chercheur étasunien serait invité à faire de la sociologie du droit ou à évaluer les normes de droit par rapport à des valeurs.
- *En ce qui concerne la prise en compte des facteurs extérieurs au droit.* Le chercheur français n'aurait pas pour mission de les prendre en compte, à moins que le droit lui-même ne l'y invite. Le chercheur étasunien devrait au contraire en faire son matériau de prédilection, l'étude du droit n'ayant d'intérêt que dans ses rapports avec la société ou certaines de ses valeurs actuelles.
- *En ce qui concerne la place des valeurs.* Le chercheur français aurait abandonné la question de l'évaluation du droit en termes de valeurs, laissant ce champ au philosophe du droit ou reléguant cette question dans le champ du « non-scientifique ». Le chercheur étasunien aurait au contraire vocation à évaluer le droit par rapport à des valeurs ; que celles-ci soient présentées comme objectives (*New Haven School*) ou assumées dans leur subjectivité (*Feminist Studies, Race Studies, etc.*).

2.3. – LES CHERCHEURS ÉTASUNIENS AURAIENT RENONCÉ À FAIRE LA DIFFÉRENCE ENTRE DROIT ET « NON-DROIT »

On constate dans la littérature l'hypothèse qu'il existerait une dernière particularité des études étasuniennes. Elles auraient renoncé à établir une distinction nette entre le droit (défini de manière formelle) et le « non-droit » (les valeurs, les choix idéologiques, etc.). La science étasunienne peinerait par exemple à faire la différence entre l'étude du processus normatif et celui du droit lui-même ; entre les valeurs qu'elle défend et les processus normatifs qu'elle prétend décrire.

Ce mélange des genres est considéré comme problématique par de nombreux chercheurs européens. Comme le relève Guilermo Verdirame :

[...] Les Européens se plaignent que la recherche américaine manque de rigueur et que son penchant pour les méthodes interdisciplinaires est allé trop loin, au détriment d'une véritable analyse juridique(46).

Jean-Pierre Cot écrit, au sujet de la *Policy-Oriented Jurisprudence*, approche typiquement étasunienne du droit :

(46) G. VERDIRAME, *op. cit.* (note 44), p. 554. « These differences are often stylized into the complaint of Europeans that American scholarship lacks rigour and that its penchant for interdisciplinary methods has gone too far, to the detriment of proper legal analysis ».



Chacun a ses préférences politiques. Mais ici le problème est celui de la subjectivité. La composante prescriptive inhérente à la *Policy-Oriented Jurisprudence* appelle nécessairement des jugements de valeur et des choix politiques. Au lieu d'être explicites, ces choix sont enveloppés dans une scientificité qui ne trompe personne. [...] L'interdisciplinarité chère à la *Policy-Oriented Jurisprudence* comme à l'*International Legal Process* ne pose pas de problème en soi à condition de faire le ménage épistémologique avant de s'y lancer(47).

Dans the *Gentle Civilizer of Nations*, Martti Koskenniemi replace cette tendance actuelle dans l'histoire des idées aux États-Unis et montre qu'il s'agit d'une récupération des études réalistes qui affirmaient, sans beaucoup de surprises, qu'il était, dans la réalité sociale, impossible de séparer droit et morale. En se basant sur ces études, certains juristes auraient commencé à affirmer qu'ils pouvaient finalement se baser sur des éléments extérieurs au droit pour en déterminer le contenu(48). C'est finalement toute la question de la déformalisation du droit, c'est-à-dire la question de savoir s'il est acceptable de recourir à des sources non formelles de droit pour définir la portée des règles. Et l'on retrouve chez de nombreux penseurs européens l'idée que cette déformalisation n'est pas souhaitable(49).

* *
*

Les chercheurs étasuniens pratiqueraient donc la discipline du droit international de manière très différente de leurs confrères français. D'une part, ils considèreraient que la détermination du contenu de la règle de droit ne constitue plus une activité scientifique légitime. D'autre part, ils auraient renoncé à conserver une séparation claire entre le droit, défini de manière formelle, et le « non-droit ».

3. – Une description de la recherche étasunienne qui ne se reflète pas dans les derniers travaux de l'american journal of international law

L'observation de la littérature publiée dans l'*American Journal of International Law* durant l'année qui vient de s'écouler (2011)

(47) J.-P. COT, *op. cit.* (note 3), p. 571.

(48) M. KOSKENNIEMI, *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 475 et 503.

(49) *Ibid.*, p. 495 ; J. D'ASPREMONT, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

remet fortement en perspective l'importance des deux particularités étasuniennes.

Chaque numéro de l'*A.J.I.L.* est divisé en deux parties plus ou moins équivalentes. Une première partie est consacrée à ce que nous appellerons des *études démonstratives*, c'est-à-dire des études qui visent à établir une thèse. Il s'agit soit d'études de grande ampleur, soit de réflexions plus ciblées sur l'actualité en matière de droit international (qui sont en général reprises sous l'intitulé « current developments » ou « agora »). La seconde partie de chaque numéro est consacrée à des *études descriptives*. Elles visent à rendre compte des dernières jurisprudences pertinentes et des derniers éléments de la pratique étasunienne en matière de droit international.

La première chose qui frappe à lecture de toutes ces études est la persistance des travaux qui font de la détermination du contenu des règles formelles de droit leur projet principal. Cette persistance se remarque, tout d'abord, dans la décision du comité éditorial de continuer à consacrer plus de la moitié du journal à la publication de chroniques de jurisprudence et de comptes-rendus de la pratique étasunienne en matière de droit international. Bien entendu, ces chroniques pourraient être mises au service de n'importe quelle étude de type sociologique ou théorique. Mais il est tout à fait clair que, en l'état actuel des choses, elles sont rédigées dans l'objectif de déterminer les influences de ces nouveaux développements jurisprudentiels ou politiques sur le contenu (ou l'existence) des règles formelles de droit international⁽⁵⁰⁾.

Cette persistance à étudier le contenu des règles formelles de droit ne se remarque pas uniquement dans la partie descriptive du journal. La majorité des douze *études démonstratives* publiées cette année-là présentent des caractéristiques similaires. Huit des douze études ont, en effet, pour objectif principal de déterminer le contenu de certaines règles formelles de droit international (même si l'une d'entre elles s'offre de larges passages relevant davantage de la science politique). Parmi les quatre études restantes, deux sont consacrées à des études de sociologie du droit, une porte sur l'histoire du droit international et la dernière étude semble, quant à elle, difficile à classer dans notre panorama épistémologique. Nous y reviendrons.

(50) Les chroniques de jurisprudence commencent en général par un résumé des faits, puis du jugement. Elles se concluent le plus souvent par une note de l'auteur sur les 'nouveautés' apportées par l'affaire à l'état préalable du droit international. Voy. E. BJORGE, « Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) », *A.J.I.L.*, 2011, vol. 105, n° 3, p. 534.

Malgré le caractère fastidieux de l'exercice, il semble nécessaire de passer en revue ces études une par une. Il est rare, en effet, que ces travaux se laissent appréhender de manière simple et rapide. Une étude est souvent un monde miniature qui contient des affirmations qui relèvent de différents postulats méthodologiques et de différents projets scientifiques. Toutefois, chaque étude peut en théorie être résumée à une question et une réponse principale. Ce sont ces questions et réponses, souvent reprises en introduction et en conclusion, qui nous permettront de déterminer l'objectif principal de chaque étude, et partant, d'établir si elle vise principalement, ou non, à déterminer le contenu des règles formelles de droit international. L'existence d'une séparation nette entre droit et « non-droit » sera aussi évaluée au niveau global. La question sera donc de déterminer si, quand il établit l'existence d'une règle de droit ou qu'il tente d'en déterminer le contenu, l'auteur utilise les mécanismes formels prévus par le droit international positif⁽⁵¹⁾ ou s'il se repose au contraire sur des sources ou des éléments d'interprétation *a priori* non reconnus par le droit international, tels des valeurs, des opinions politiques ou certains standards d'efficacité.

Les huit articles suivants de l'*A.J.I.L.* (2011) ont pour objectif principal de déterminer le contenu de règles de droit international. Dans *Self-Determination in Regional Human Rights*⁽⁵²⁾, Dinah Shelton offre une étude très classique. Son objectif est de déterminer les contours du droit à l'autodétermination tel qu'il se pratique au niveau régional et notamment la question de la reconnaissance de la « sécession remède ». Elle recourt pour ce faire à l'étude des traités régionaux et des décisions des organes régionaux chargés de les appliquer. Dans *The Legal Effects of United Nations Resolutions in the Kosovo Advisory Opinion* ⁽⁵³⁾, M. D. Öberg cherche à comprendre ce que l'avis de la Cour dans l'affaire Kosovo peut nous apprendre sur quatre points : la mesure dans laquelle la Cour est liée par des faits établis par l'AG ; l'identification des destinataires des résolutions du Conseil de sécurité (CS) ; l'extinction des effets des résolutions de ce même Conseil ainsi que sur la légalité de ses délégations de pouvoir. Pour atteindre son objectif, l'auteur confronte la décision de la Cour avec d'autres sources

(51) « Convention de Vienne sur le droit des traités », Vienne, 23 mai 1969, *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1155, art. 31 et s. ; « Statut de la Cour internationale de Justice », art. 38, *Cour internationale de Justice*, disponible sur <http://www.icj-cij.org/> (11/09/2012).

(52) D. SHELTON, « Self-Determination in Regional Human Rights Law », *A.J.I.L.*, 2001, vol. 105, n° 1, p. 60.

(53) M. D. ÖBERG, « The Legal Effects of United Nations Resolutions in the Kosovo Advisory Opinion », *A.J.I.L.*, 2011, vol. 105, n° 1, pp. 81-90.

formelles de droit international. Dans *State Weakness, Irregular Warfare, And The Right To Self-Defense Post-9/11*(54), Theresa Reinold explore la question de la légitime défense lorsqu'un État ne peut (ou ne veut) empêcher son territoire de servir de base à des forces armées irrégulières. Son objectif est de déterminer l'état actuel du droit international en se basant sur la pratique récente des États(55) et les jurisprudences récentes de la C.I.J.(56). Dans *Exchange Rate Misalignment And International Law*(57), Claus D. Zimmermann tente d'évaluer les pratiques actuelles de distorsion des taux de change. Il établit d'abord le cadre normatif, à savoir les règles prévues par le Fonds monétaire international (FMI), et en interprète la portée à l'aide, essentiellement, de la pratique de l'organisation et de la doctrine(58). Après avoir établi, dans les faits, les principaux scénarios possibles de distorsion des taux de change(59), l'auteur tente de déterminer si cette distorsion peut constituer une subvention à l'exportation (*Export Subsidy*) au sens du GATT(60) et si les propositions récentes du Congrès américain sont en conformité avec le droit international susmentionné(61). L'auteur termine en soulignant l'actuelle ambiguïté de certaines dispositions du droit international en la matière(62). Dans *The 2010 Judicial Activity of the International Court of Justice*(63), Jacob Katz Cogan offre sans surprise un compte rendu essentiellement descriptif des décisions de la Cour internationale de Justice. Dans *A Historic Breakthrough on the Crime of Aggression*(64), Stefan Barriga et Leena Grover résument les négociations qui ont abouti à l'ajout du crime d'agression dans le statut de la Cour pénale internationale (CPI). Les auteurs soulignent les différentes interprétations proposées, celles retenues, etc. Il s'agit au final d'un résumé des travaux préparatoires. Dans *A New International Law of Citizenship*(65), Peter J. Spiro établit les contours du droit international de la citoyenneté qui, selon lui, est en train d'émerger.

(54) Th. REINOLD, « State Weakness, Irregular Warfare, and the Right to Self-Defense Post-9/11 », *A.J.I.L.*, 2011, vol. 105, n° 2, p. 244.

(55) *Ibid.*, p. 245.

(56) *Ibid.*, p. 284.

(57) C. D. ZIMMERMANN, « Exchange Rate Misalignment and International Law », *A.J.I.L.*, 2011, vol. 105, n° 3, p. 423.

(58) *Ibid.*, pp. 427 à 437.

(59) *Ibid.*, pp. 437 à 441.

(60) *Ibid.*, pp. 441 à 455.

(61) *Ibid.*, pp. 455 à 460.

(62) *Ibid.*, pp. 460 à 472.

(63) J. K. COGAN, « The 2010 Judicial Activity of the International Court of Justice », *A.J.I.L.*, 2011, vol. 105, n° 3, p. 477.

(64) S. BARRIGA et L. GROVER, « A Historic Breakthrough on the Crime of Aggression », *A.J.I.L.*, 2011, vol. 105, n° 3, p. 517.

(65) P. J. SPIRO, « A New International Law of Citizenship », *A.J.I.L.*, 2011, vol. 105, n° 4, p. 694.

Pour établir son existence, il se base sur des textes internationaux ainsi que sur des pratiques et législations nationales⁽⁶⁶⁾. Il consacre toutefois les dernières pages de son texte à évaluer ce nouveau droit à l'aune des valeurs qu'il nomme « libérales »⁽⁶⁷⁾. La faible ampleur de ces dernières considérations ne paraît cependant pas devoir remettre en cause le fait que la détermination du contenu de ce nouveau droit reste l'objectif principal de l'article. Enfin dans *China's FTAs : Legal Characteristics and Implications*⁽⁶⁸⁾, Guiguo Wang est divisé entre deux objectifs. Il vise d'une part, dans les deux premières parties à exposer les caractéristiques des accords de libre-échange conclus par la Chine, et poursuit donc un objectif classique de détermination du contenu du droit. Dans les deux dernières parties, il présente les motivations supposées de la Chine et les conséquences potentielles de ces accords, s'offrant donc un détour du côté de la sociologie du droit.

Durant l'année 2011, l'*A.J.I.L.* a aussi proposé trois études qui n'avaient pas pour objectif principal de déterminer le contenu du droit international. La première est *The Road Not Taken : The European Union as a Global Human Rights Actor*⁽⁶⁹⁾. Dans cette étude d'histoire du droit, Gráinne de Búrca remet en cause le narratif de progrès actuellement utilisé pour décrire le rapport de l'Union européenne aux droits de la personne. Selon elle, l'intégration des droits de la personne dans le traité de Lisbonne est moins ambitieuse que ne l'étaient les propositions européennes des années 1950. Enfin, deux autres études utilisent quant à elles des approches de sociologie du droit. La première est *The Diplomacy Of Universal Jurisdiction*⁽⁷⁰⁾ dans laquelle Máximo Langer détermine que, statistiquement, la compétence universelle est appliquée à l'encontre de ressortissants d'États faibles. Les États forts appliquent donc la compétence universelle lorsqu'elle ne coûte pas beaucoup sur la scène internationale et il y a peu de chance, selon lui, que les choses changent dans le futur et que la compétence universelle trouve à s'appliquer dans les rapports entre États de même puissance. Enfin, un article plus embryonnaire de Richard Falk évalue l'influence que les avis de la Cour internationale de Justice ont sur le terrain⁽⁷¹⁾.

(66) *Ibid.*, pp. 694 à 737.

(67) *Ibid.*, pp. 738 à 745.

(68) G. WANG, « China's FTAs: Legal Characteristics and Implications », *A.J.I.L.*, 2011, vol. 105, n° 3, pp 493.

(69) G. BÚRCA (de), « The Road Not Taken: The European Union as a Global Humanrights Actor », *A.J.I.L.*, 2011, vol. 105, n° 4, p. 649 à 693.

(70) M. LANGER, « The Diplomacy Of Universal Jurisdiction », *A.J.I.L.*, 2011, vol. 105, n° 1, p. 1.

(71) L'auteur prétend lui même faire de la *legal sociology*. Voy. R. FALK, « The Kosovo Advisory Opinion », *A.J.I.L.*, 2011, vol. 105, n° 1, p. 52.

Ce qui frappe dans la lecture des articles susmentionnés, c'est non seulement la quantité d'énergie déployée au service du projet scientifique traditionnel du droit international, mais aussi la distinction rigoureuse qui est maintenue entre droit et « non-droit ». On ne retrouve pas ce mélange attendu de droit formel, de valeurs et d'opinions politiques. On ne ressent pas le besoin de procéder au ménage épistémologique auquel Jean-Pierre Cot nous conviait⁽⁷²⁾. L'article suivant fait toutefois exception. Dans *Detention Operations in Contemporary Conflicts : Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law*, John Bellinger et Vijay Padmanabhan, tous deux anciennement employés par le département d'État américain, se penchent sur la question des détentions consécutives à des conflits armés. Leur objectif est à la fois de déterminer l'état du droit existant, d'en identifier les lacunes et de proposer des solutions qui permettraient de les combler. L'étude pêche toutefois au moment critique lorsqu'elle n'identifie pas les critères à l'aune desquels le droit international existant est évalué. Les prétendues lacunes du droit international sont présentées sur le ton de l'évidence et du bon sens. Les auteurs prétendent que les conflits seraient plus longs qu'auparavant, impliqueraient plus d'États ainsi que des combattants moins clairement identifiés. Ces trois affirmations, cardinales dans l'exposé, ne sont pas vraiment étayées, pas plus que la prétendue difficulté à articuler droits de la personne et droit international humanitaire⁽⁷³⁾. Partant, les lacunes et les solutions proposées pour y remédier semblent frappées du sceau d'une partialité que les anciennes fonctions des deux auteurs ne contribuent pas à lever. Cette étude est cependant la seule où la question des différences entre le droit et le « non-droit » se pose de manière forte.

Conclusion

La présente étude n'a porté que sur un échantillon limité de littérature. Elle montre toutefois que, dans l'ensemble (huit des douze études examinées), les chercheurs étasuniens continuent à faire de la détermination du contenu des règles de droit international leur activité

(72) J.-P. COT, *op. cit.* (note 3), p. 571.

(73) J. B. BELLINGER III et V. M. PADMANABHAN, « Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law », *A.J.I.L.*, 2011, vol. 105, n° 2, pp. 209 à 210. Les auteurs offrent des références qui montrent que les difficultés existent, mais ne montrent pas en quoi elles sont nouvelles et nécessiteraient donc une révision législative.

principale et ne paraissent pas avoir abandonné la distinction entre droit et « non-droit ». Les particularités étasuniennes, et par ricochet le « fossé » qui sépare les États-Unis et la France, semblent donc à première vue fortement surévalués. La recherche demanderait bien entendu à être étendue à d'autres publications étasuniennes, mais à l'heure actuelle elle semble contredire l'idée selon laquelle le *law ascertainment* ne constituerait plus une activité scientifique légitime⁽⁷⁴⁾. Certes, les oppositions transatlantiques sur la manière de pratiquer cette activité demeurent⁽⁷⁵⁾. Mais le projet, lui, semble rester commun.

Il faut donc croire que, comme le disaient Steven Ratner et Anne-Marie Slaughter à la fin des années 1990, « décrire le droit tel qu'il est » reste l'activité principale des internationalistes, leur *lingua franca*⁽⁷⁶⁾, et que les autres approches sont, quantitativement, marginales. Il est, en particulier, interpellant de remarquer que la prétendue tendance des chercheurs américains à confondre le droit et le « non-droit » ne trouve quasiment aucune illustration dans notre matériau et que, *a priori*, les décrire de la sorte relève de la caricature⁽⁷⁷⁾.

Il est bon de souligner pour conclure qu'il y a un peu moins d'un siècle, la caricature était inversée. À l'époque, une frange importante des chercheurs américains et britanniques considérait, en effet, leurs homologues continentaux incapables d'opérer une distinction claire entre droit et « non-droit »⁽⁷⁸⁾. Comme le montre H. Lauterpacht, il s'agissait en réalité d'un vaste malentendu. Les Continentaux accordaient une grande importance aux approches théoriques et notamment à la question de la conformité du droit positif par rapport à certaines valeurs présentées comme supérieures. Cela ne signifiait pas pour autant qu'ils confondaient le droit tel qu'il était et tel qu'ils souhaitaient qu'il soit :

(74) J. D'ASPROMONT, *Formalism and the Sources of International Law*, *op. cit.* (note 49), p. 1.

(75) O. CORTEN, « The controversies over the customary prohibition on the use of force: a methodological debate », *E.J.I.L.*, 2005, vol. 16, n° 5, p. 803.

(76) S. R. RATNER et A.-M. SLAUGHTER, « Appraising the Methods of International Law: A Prospectus for Readers », *A.J.I.L.*, 1999, vol. 93, n° 2, pp. 293 à 295.

(77) E. JOUANNET, « Les visions françaises et américaines du droit international. Cultures juridiques et droit international », *op. cit.* (note 1), p. 61.

(78) Une des preuves de cette prétendue incapacité résiderait dans le fait que la langue anglaise pourrait établir clairement la différence entre la règle matérielle et son contenu (*law vs. right*) alors que le lexique français, espagnol, allemand ou italien ne disposerait pas des mêmes outils (droit, *derecho*, *diritto*, *Recht*). Voy. H. Lauterpacht, « The So-Called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law », *Brit. Y.B. of Int'l L.*, 1931, vol. 12, p. 48.

The view that the science of jurisprudence and of legal philosophy on the Continent is distinguished by its confusion of what law is with what it ought to be, shows merely an imperfect acquaintance with Continental Legal thinking. [...] For historical reasons, the preoccupation on the Continent with the problems of legal philosophy, especially to the purpose of law and the judicial function, has been more intensive than in this country [the United Kingdom] and, until recently, in the United States. The output of this aspect of legal thinking has been so large as to give to the casual observer the misleading impression that this is the whole of Continental legal Thinking, and to cause him to attribute to the latter a confusion into which the observer alone has fallen⁽⁷⁹⁾.

Au vu des conclusions de la présente étude, on est en droit de se demander si la prétendue rupture transatlantique actuelle ne repose pas sur un malentendu similaire.

(79) *Ibid*, p. 52.