

LA COUTUME INTERNATIONALE EST-ELLE UN MYTHE ?

Leticia SAKAI*

Résumé : Parmi les principales sources du droit international, il faut souligner l'importance jouée par la coutume internationale. Celle-ci est considérée « comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ». Mais une normativité fondée sur une « pratique générale » reste entourée de mystère. Dans ce contexte, une question se pose à propos de la nature normative de la coutume : est-elle un mythe ou une réalité ?

Mots-clés : Mythe ; sources du droit international ; coutume internationale.

Abstract: Among the main sources of international law, it is important to highlight the significance of the international custom. This is considered 'as evidence of a general practice accepted as law'. But a normativity based on a 'general practice' is actually involved in mystery. In this context, it is possible to question the normative nature of the costume: it would be mythical or real?

Keywords: Myth; sources of international law; international custom.

*Mais sans le mythe, toute culture
est dépossédée de sa force
naturelle, saine et créatrice.*

F. Nietzsche.
(*Naissance de la Tragédie*)

I. INTRODUCTION

Le besoin d'arriver à Dieu a conduit les hommes à construire la « Tour de Babel ». La réaction divine fut inattendue : la création d'une diversité de langues parmi ces hommes. Ainsi, malgré le pluralisme linguistique, les croyances ont été obligées de cohabiter de façon harmonieuse pour la construction de la Tour. Tel est *le mythe de l'apparition du multiculturalisme dans l'humanité*. C'est là que se trouve également l'origine du droit international, droit qui se définit par un ensemble de normes et d'institutions destinées à régir la société internationale multiculturelle *afin de créer une coexistence pacifique dans la recherche du « Bien commun »* (Saint Thomas) (Dupuy et al. 7). Cela étant dit,

* Leticia SAKAI est doctorante en Droit International et Européen à l'Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne en cotutelle avec l'Université de São Paulo, lauréate 2012 du soutien financier aux doctorants par l'Institut des Hautes Études de la Défense Nationale de la France. Depuis 2007, elle est avocate au Bureau de la province de São Paulo (OAB-SP). Adresse mail : letsakai@gmail.com. La thématique de cet article a été fondée sur la Conférence « Les mythes en droit international » présentée par le Professeur Eric Wyler à l'Université de Paris 1 – Panthéon – Sorbonne, Paris, le 24 novembre 2008.

on pourrait inférer que le droit international est *issu d'un mythe* : le mythe de la coexistence pacifique, comme pour la Tour de Babel.

Le terme de « mythe », dans son acception la plus simple, consiste en un récit fabuleux se rapportant à des êtres sous une forme symbolique, des forces de la nature, et des aspects de la condition humaine, conformément à son étymologie, le « mythus » signifiant un « récit, une fable » transmis par la tradition (Dictionnaire Le Petit Robert 1666). Ainsi, selon Eric Wyler, si le droit international est issu d'un mythe, « il se compose également par des mythes » (Conférence du 24 novembre 2008). Cette affirmation nous amène à repenser *l'origine* des principes et des normes en droit international, c'est-à-dire les sources du droit international et particulièrement, la *coutume internationale* (article 38 § 1 du Statut de la Cour Internationale de Justice).

La norme coutumière internationale est définie « comme une preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » (article 38 § 1 alinéa « b » du Statut de la Cour Internationale de Justice). Se fondant sur une « pratique générale », la coutume internationale s'appuie – à la différence des autres sources du droit international – sur un « processus social », lequel conduit à la construction d'une norme juridique du droit international, comme souligne Pierre-Marie Dupuy et al. (363). Par conséquent, la coutume est la source la plus proche de la phénoménologie sociale et cela emporte comme conséquence que la normativité de la coutume est assujettie à la dynamique des relations internationales, comme affirme Prosper Weil (26). Or, une normativité fondée sur un processus social dynamique, constamment susceptible de transformation, est effectivement entourée de mystère. À cet égard, P. Weil observe que : « tous se sont interrogés sur cette alchimie et se sont demandé pourquoi et comment 'ce qui *est* [processus social] devient ce qui *doit être*' [norme] » (Weil 162).

En effet, cette source du droit international est revêtue d'une « alchimie mystérieuse », à travers laquelle une « pratique générale » devient une « norme juridique ». P. Weil appelle cela « la nébuleuse coutumière », faisant ainsi allusion au caractère faiblement juridique de cette source (Weil 140).

Ainsi, si l'on prend en compte tout ce mystère et la nébulosité qui entoure la norme coutumière en droit international, une question surgit : la coutume serait-elle mythique ou réelle ?

Cette discussion sera abordée de deux manières : d'abord, il sera traité de la nature mythique (ou réelle) de la coutume internationale, en tant que source du droit international (II). Par la suite, seront examinés les éléments « mythiques » qui composent le contenu normatif de la coutume internationale (III).

II. LA COUTUME INTERNATIONALE EST-ELLE RESULTAT D'UN MYTHE ?

Christian Atias affirme, dans son ouvrage *Philosophie du droit*, que le mythe se caractérise par un langage imprécis et des formules assez vagues, qui dispensent de la recherche de définitions rigoureuses, puisqu'il permet la construction d'une image (Atias 281), dont relèvent deux caractéristiques principales de la coutume : l'image de la naissance de la coutume comme règle internationale (A), et celle de la reconnaissance par ses destinataires (B).

A) L'origine de la coutume comme règle du droit international

La société a, depuis toujours, créé des mythes pour expliquer ou pour justifier l'inexplicable ou pour offrir une logique à l'incompréhensible, comme soutient Eric Wyler (Conférence du 24 novembre 2008). Ainsi, afin de prendre position sur la question de la nature de la coutume internationale – réelle ou mythique – il est intéressant de discuter de la nature de cette dernière à partir de son rapport avec le mythe.

Selon la doctrine, la définition de la coutume par l'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice permet l'identification de deux éléments contenus dans le concept. D'un côté, se trouve un élément matériel représenté par la « pratique générale », c'est-à-dire une série de pratiques qui se répètent, comme souligne Emmanuel Decaux (49). D'un autre côté, se trouve un élément psychologique : *l'opinio juris sive necessitatis* qui est l'élément psychologique permettant d'appréhender le comportement coutumier comme une obligation internationale : c'est « l'acceptation de la pratique comme étant le droit » (Sur 23). Dans ce sens, la Cour Internationale de Justice a affirmé dans *l'affaire du Plateau continental* (1985) : « Il [...] paraît suffisant, pour déduire l'existence d'une règle coutumière, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale » (CIJ affaire « du Plateau continental », *Recueil 1985* 33).

Cependant, comment déterminer le nombre d'usages nécessaires pour qu'en résulte une « pratique générale », condition matérielle exigée pour la formation d'une règle coutumière ? Et à partir de quel moment identifiera-t-on cet « élément psychologique » ? De quelle manière serait-il possible d'expliquer alors la *transformation* de pratiques répétées et l'acceptation par la « conscience collective » en une obligation juridique ? Cette *transformation* mentionnée ne constitue-t-elle qu'un « mystérieux phénomène », pour reprendre l'expression de Pierre-Marie Dupuy et al (7) ?

D'une certaine manière, la coutume internationale dérive, effectivement, du mythe. En effet, c'est à travers le langage mythique que l'on est capable d'envisager « l'élément psychologique » et de former l'image d'une obligation internationale, comme l'expression d'une conscience collective sur l'existence d'une norme. La reconnaissance de la norme coutumière internationale n'est finalement pas autre chose que la *volonté* de la communauté internationale de transformer telle règle en coutume. Par conséquent,

cette communauté *projette sa volonté* sur les pratiques répétées, *les mythifiant comme obligations internationales*. C'est à travers un « processus de mythification » qu'il est possible de transformer les pratiques étatiques abstraites en normes juridiques.

Ainsi, la coutume est tributaire de la volonté de la communauté internationale pour se revêtir de « mythification » et être transformée, par conséquent, en une norme juridique. Mais de quelle manière peut-on mesurer le degré de reconnaissance capable de rendre la mythification possible ?

B) La reconnaissance du mythe par les destinataires des normes juridiques

La Cour Internationale de Justice a estimé dans *l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* (CIJ, *Recueil 1986 97*) que pour qu'une règle soit établie comme coutumière, il n'est pas nécessaire d'avoir une constance absolue, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire que la pratique des États soit rigoureusement subordonnée à cette règle pour que celle-ci soit considérée comme coutumière (Eisemann, Pazartzis 263). En essayant de renforcer le caractère juridique de la coutume, la Cour laisse subsister une relative imprécision quant à la manière de mesurer la reconnaissance de pratiques répétées en tant que normes internationales. Comme souligne Serge Sur au sujet du contenu de la règle coutumière :

[...] la constatation et la formulation de la coutume soulignent... le produit d'un raisonnement juridique, raisonnement qui constitue en quelque sorte le substitut de l'élément formel de la coutume... Ce raisonnement... ne saurait pas expliquer sa formation... Il n'éclaire pas l'ensemble du processus coutumier, il est incapable de répondre aux questions... au fondement de sa force obligatoire, à ses modalités précises d'apparition (Sur 21).

Ainsi, il convient de poser la question : de quelle manière des pratiques répétées mais qui ne sont pas absolument constantes arrivent-elles à recevoir le titre de « pratique générale » et à être acceptées par la communauté internationale comme une obligation juridique ? La reconnaissance se réalise-t-elle par l'acceptation de la majorité de la communauté internationale ? La participation des États les plus importants est-elle prise en compte dans le processus de reconnaissance de la coutume ?

Ces mêmes questionnements ont été partagés par le Juge Petrén dans son opinion individuelle sur les affaires « des Essais nucléaires » (1974), à savoir :

[...] où trouve-t-on la preuve de ce qu'un nombre suffisant d'États s'abstiennent de faire procéder à des essais nucléaires atmosphériques parce qu'ils sont d'avis que cela leur est interdit par le droit coutumier ? (C.I.J., affaire « des Essais Nucléaires », *Recueil 1974 305-06*).

La réponse à ces questions reste assez imprécise. La coutume a, une fois encore, besoin du langage mythique pour sa consolidation comme règle.

Le mythe s'établit à partir des images métaphysiques et des signes du mythe ; il apporte la cohérence et la cohésion nécessaires à la coutume. La *mythification* de pratiques générales consiste en leur transformation en normes juridiques. Sacralisant le processus de reconnaissance, le mythe empêche de mettre en cause sa logique et sa légitimité, réalisant ainsi sa fonction : « non d'expliquer, mais de légitimer et de fonder » (Carbonnier 121). Ainsi, à travers la mythification du processus de transformation de la pratique générale en norme juridique, peu importe si c'est la majorité des États qui la reconnaît comme norme juridique ou si ce sont les États plus puissants : la mythification de la norme coutumière sert justement comme un outil pour combler les lacunes ou les éléments qui ne sont pas entièrement clairs dans sa normativité.

La coutume internationale tire non seulement son origine de ces diverses mythifications, mais elle est aussi composée par des éléments qui s'appuient sur des mythes du droit international.

III. LA COUTUME INTERNATIONALE EST-ELLE COMPOSEE PAR DES MYTHES ?

Une fois démontré que la coutume internationale est dérivée d'un processus de mythification il faut dorénavant réfléchir à une autre question, à savoir celle de sa composition. La coutume est en effet elle-même composée de mythes, comme sa *force contraignante* en droit international (A) et l'admission du droit international comme un *système juridique universel et unique* (B).

A) La force contraignante de la norme coutumière internationale

Comme mentionné précédemment, pour que la pratique générale devienne une coutume, elle doit voir son caractère juridique reconnu par la communauté internationale. Ainsi, comme l'observe J. Carbonnier : « [...] la répétition fortuite d'un même acte ne fait pas une coutume, la coutume naît seulement avec le sentiment de l'obligatoire [...] » (Carbonnier 118). Une fois cette reconnaissance acquise, la coutume est considérée comme une règle juridique du droit international, portant ainsi une valeur juridique incontestable. En réalité, la force obligatoire de la coutume est induite par l'*opinio juris*, comme l'a conclu la Cour Internationale de Justice dans l'affaire *relative à la Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* (C.I.J., affaire « de la Délimitation de la Frontière Maritime dans la Région du Golfe du Maine », *Recueil 1984* 299). Cette induction consiste en une force créatrice d'un mythe : le mythe de la force obligatoire de la coutume.

Comme conséquence de cette mythification, « les États intéressés doivent avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique » (C.I.J., affaire du « Plateau continental de la mer du Nord », *Recueil 1969* 44). Ainsi, si la coutume est

« l'imitation dans le temps » (Carbonnier 120), le concept de « coutume sauvage » ou « coutume instantanée » conféré à certaines recommandations ou résolutions des organes politiques des Nations Unies, par exemple, témoigne que la normativité attribuée à une pratique répétée n'est qu'une *construction artificielle et imaginée*. Par conséquent, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies : « peuvent jouer un rôle dans l'élaboration du droit coutumier dans la mesure où elles recensent les 'opinio juris' des États sur les pratiques déjà établies ou en train de s'établir » (Manouvel 310-11). Ce passage démontre le processus d'induction provoqué par les résolutions de l'Assemblée générale afin d'avoir une incidence sur la formation de la coutume : le passage du fait (la pratique suffisamment réitérée) au droit constitue une création par l'induction. C'est « la conscience d'un devoir » (C.P.J.I., affaire « Lotus », *Recueil, série A, n° 10, 1927 928*) qui admet une pratique en règles coutumières.

Néanmoins, la force contraignante de la coutume comporte des imperfections. En effet, la plupart des règles coutumières du droit international sont susceptibles de dérogations par les États, par d'autres coutumes ou bien par des normes conventionnelles portant sur la même matière, comme a affirmé Luis Ferrari Bravo dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye en 1985 « Coutume internationale et pratique des États » (Bravo 251). La coutume – issue de la mythification d'un processus social – peut ainsi être contredite, à tout instant, par des normes résultant d'un accord de volontés entre les États, ce qui démontre la faiblesse de sa valeur normative.

Un autre élément engendré par la coutume s'appuie également sur une mythification, c'est celui de « l'unité et l'uniformité » des destinataires de la norme coutumière.

B) La notion d'unité du Droit international créée par la norme coutumière

Que la coutume internationale se destine à régir le comportement de la communauté internationale dans son ensemble, c'est un point indiscutable. Cependant, en considérant la diversité des cultures et des idéologies, est-il possible de penser à l'existence d'une « communauté internationale » et à un système juridique unique ? La « pratique générale » peut-elle réellement être prise en compte de manière à créer une norme qui se destine à toute la communauté internationale ? Nous traiterons ici d'un autre mythe produit par la coutume : le mythe selon lequel les règles coutumières sont universelles, et s'adressent à un destinataire unique : la communauté internationale.

À partir du moment où la coutume internationale se destine à toute la communauté internationale, elle construit nécessairement l'image d'un système juridique à la fois unique et d'une unité de destinataires. Pour ce faire, Marcel Roch affirme dans son article « Mythe, fantasme et désir » que l'on compte sur la fonction symbolique véhiculée par le mythe : de façon symbolique, la coutume internationale fait partie d'un système juridique *unique* et se destine à une *unité de destinataires* (la communauté internationale) (Roch 85-95).

Afin d'illustrer cette proposition, prenons, par exemple, les normes du *jus cogens*. Celles-ci sont des normes impératives du droit international, qui ont comme destinataires l'ensemble de la communauté internationale, comme affirme Jean-Victor Luis dans son article « L'affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. L'arrêt du 5 février 1970 de la Cour internationale de Justice » (Louis 347). Derrière ce concept, on entrevoit l'idée d'un système juridique unique dont le destinataire est la communauté internationale. Un autre exemple est la propre idée de l'*opinio juris*, qui traite de « l'expression d'une conscience collective de la communauté internationale » (Stern 486), qui accepte un comportement comme une règle du droit.

Ainsi, la coutume internationale comporte et crée des mythes dans le droit international, comme sa force contraignante et ses destinataires, sans lesquels elle ne pourrait pas se maintenir comme norme du droit international.

Le mystère qui entoure la coutume internationale constitue une question polémique pour les juristes internationaux. Ses origines, ses fondements et ses effets juridiques semblent trouver des réponses à travers un processus de mythification, grâce auquel il devient possible de soutenir la normativité qui résulte de cette source. En tout état de cause, issu d'une mythification ou non, la coutume internationale est une source importante du droit international, qui régit le comportement des divers sujets et favorise une collaboration pour le maintien de la paix et de la sécurité de l'ordre international.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Livres, articles et contributions

- Atias, Christian. *Philosophie du droit*. Paris : PUF, 1999.
- Bravo, Luigi Ferrari. « Coutume internationale et pratique des États ». *Recueil de cours de l'Académie de droit international* 192 (1985-III): 233-330.
- Carbonnier, Jean. *Flexible droit – pour une sociologie du droit sans rigueur*. 10^{ème} édition. Paris : L.G.D.J., 2001.
- Decaux, Emmanuel. *Droit international public*. 6^e édition. Paris : Dalloz, 2008.
- Dupuy, Pierre-Marie et al. *Droit international public*. 11^e édition. Paris : Dalloz, 2012.
- Eisemann, Pierre- Michel ; Pazartzis, P. *La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*. Paris : Pedone, 2008.
- Louis, Jean-Victor. « L'affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. L'arrêt du 5 février 1970 de la Cour internationale de Justice ». *Revue Belge de Droit International* 7 (1971) : 347-67.
- Manouvel, Mita. *Les opinions séparées à la Cour internationale – un instrument de contrôle du droit international prétorien par les États*. Paris : L'Harmattan, 2004.

- Roch, Marcel. « Mythe, fantasme et désir ». *Revue européenne des sciences sociales* 53 (1980) : 85-95.
- Sur, Serge. « La coutume internationale ». *Extrait du Juris-classeur droit international*. Paris: Librairies techniques, 1990, fascicule 13, 1^e cahier.
- Stern, Brigitte. « La Coutume au cœur du droit international – quelques réflexions ». *Mélanges offerts à Paul Reuter : Le droit international : unité et diversité*. Weil, Prosper et autres (coord.). Paris : Pedone, 1981.
- Weil, Prosper. « Le Droit international en quête de son identité : cours général de droit international public ». *Recueil de cours de l'Académie de droit international* 237 (1992-VI) : 9-370.
- Wyler, Eric. Conférence à l'Université de Paris 1 – Panthéon – Sorbonne, Le mythe et le droit international. Paris, le 24 novembre 2008.

Jurisprudence

- C.P.J.I., affaire « du Lotus », France c. Turquie, Série A, n°10, arrêt du 7 septembre 1927.
- C.I.J., affaire du « Plateau continental de la mer du Nord », Allemagne c. Pays-Bas, arrêt du 20 février 1969, Recueil 1969, p. 3.
- C.I.J., affaire « des Essais Nucléaires », Nouvelle-Zélande c. France, arrêt du 20 décembre 1974, Recueil 1974, p. 253.
- C.I.J., affaire « de la Délimitation de la Frontière Maritime dans la Région du Golfe du Maine », Canada c. États-Unis d'Amérique, arrêt du 12 octobre 1984, Recueil 1984, p. 246.
- C.I.J., affaire « du Plateau continental », Jamahiriya Arabe Libyenne c. Malte, arrêt du 3 juin 1985, Recueil 1985, p. 13.
- C.I.J., affaire « des Activités Militaires et Paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci ». Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, arrêt du 27 juin 1986, Recueil 1986, p. 14.

Dictionnaires

Dictionnaire Le nouveau Petit Robert de la langue française. Paris : Le Robert, 2014.