

ANNUAIRE FRANÇAIS
DE
RELATIONS
INTERNATIONALES

2017

Volume XVIII

**PUBLICATION COURONNÉE PAR
L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES**

(Prix de la Fondation Edouard Bonnefous, 2008)



Université Panthéon-Assas
Centre Thucydide

LA COUTUME INTERNATIONALE EST-ELLE UN MYTHE ?

PAR

MANUEL EYNARD (*)

La coutume internationale est l'une des sources formelles du droit international (1), consacrée par l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Cette affirmation est rassurante pour les esprits juridiques exigeants qui, de manière générale, apprécient les notions juridiques lorsque ces dernières font l'objet de délimitations conceptuelles précises, constitutives de catégories juridiques préétablies et objectivement identifiables. Ainsi, la coutume internationale est envisagée « *comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit* » (2). Elle est formée par la réunion d'une pratique générale et d'une *opinio juris*, qui s'inscrivent dans un processus constitutif (3), au travers du passage du temps (4).

Sous cet angle, la coutume internationale semble répondre à des critères objectifs d'identification d'une catégorie juridique préétablie et identifiable par des éléments constitutifs déterminés. En tant que source formelle du droit international, la coutume internationale serait soumise à un régime juridique clair, en parfaite conformité avec le principe de légalité. C'est ainsi que la notion juridique de coutume internationale est enseignée au

(*) Attaché temporaire d'enseignement et de recherche (ATER) à l'Université Côte d'Azur (France) et chercheur auprès du Laboratoire de droit international et européen (LADIE, E.A. 7414) et du Département de Droit international public de l'Université de Genève (Suisse).

(1) Il est toutefois intéressant de relever que le professeur Kelsen n'était pas favorable au recours à l'expression « sources du droit » pour qualifier la coutume internationale. Il préférerait évoquer une « *méthode de création du droit* ». Cf. H. KELSEN, « Théorie du droit international coutumier », *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. I, 1939, p. 253. Le professeur Abi-Saab préfère pour sa part évoquer « *le processus coutumier, le mécanisme dynamique de création normative, qui fait de la coutume une source formelle* ». Cf. G. ABI-SAAB, « La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », in *Le Droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. III, Giuffrè, Milan, 1987, p. 58.

(2) Statut de la Cour internationale de Justice, art. 38§1-b.

(3) Le professeur Abi-Saab évoque un « *processus exogène, autonome, d'une dynamique émanant directement du corps social, en dehors de tout cadre préétabli, qui est ni réglementé, ni centralisé, ni canalisé* ». Cf. G. ABI-SAAB, *Cours général de droit international public*, R.C.A.D.I., t. 207, 1997, p. 176. Pour sa part, le *Dictionnaire de droit international public* élaboré sous la direction du professeur Salmon indique que la coutume est à la fois un processus normatif conduisant à la création d'une norme de droit international et le résultat de ce processus. Cf. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 283.

(4) Une part de la doctrine défend l'idée selon laquelle il existerait une coutume internationale instantanée. Cf. par exemple B. CHENG, « United Nations resolutions on outer space: 'instant' international customary law? », *Indian Journal of International Law*, vol. V, 1965, pp. 23-48. Cette déclinaison de la coutume internationale, pour peu qu'elle soit juridiquement valable, est exclue du champ de la présente étude.

sein des universités. Cette présentation comporte des vertus pédagogiques bienvenues, particulièrement lorsqu'elle s'adresse aux juristes éduqués dans la tradition de droit romano-germanique.

Pourtant, la coutume internationale est l'une des rares sources du droit ne disposant pas d'un acte juridique fondateur écrit (5). En outre, elle est l'une des notions juridiques qui se nourrit le plus de « *données extra-juridiques* » (6). Ces données se rattachent à une diversité de domaines, allant de la culture à la philosophie, à l'histoire, à la sociologie... En effet, « *peu d'autres concepts juridiques expriment aussi fort ce sentiment complexe qui noue le droit à l'histoire des sociétés, à leurs caractères distinctifs et à la vie concrète de leurs membres* » (7). Dans le même temps, la coutume internationale continue d'occuper une place de choix dans l'ordre juridique international. Elle comporte des enjeux théoriques et pratiques déterminants. Selon le professeur Reuter, « *la coutume est encore plus centrale que le traité* » (8).

Les juristes se sont, au fil du temps, approprié la coutume internationale. Bien que confrontés aux contingences de l'empirie, ils ont apprivoisé le fait pour le conceptualiser et le théoriser. Le professeur Combacau rappelle en ce sens que « *la coutume touche à l'interrogation la plus fondamentale que puisse s'adresser le juriste : comment du fait se transforme-t-il en droit ?* » (9). Cette transformation est de nature fondamentale. Elle constitue par conséquent une véritable métamorphose, entendue comme « *le passage d'un état (dans le sens de l'état des choses) à un autre, comme la chenille devient papillon* » (10). Ce qui précède n'est pas sans revêtir une part d'ombre quelque peu mythique.

Parallèlement, force est de constater que, « *historiquement, toutes les théories scientifiques procèdent de mythes, et ceux-ci peuvent formuler d'importantes anticipations des théories scientifiques* » (11). Plus spécifiquement, les méthodes d'analyse du droit international ont déjà

(5) S. SUR, *La Coutume internationale*, Librairies Techniques, Paris, 1990, p. 4. L'auteur indique ainsi que « *le problème pour la coutume est, toujours, de compenser l'absence d'acte constitutif* », *ibid.*, p. 5.

(6) B. STERN, « La coutume au cœur du droit international », in D. BARDONNET / J. COMBACAU / M. VIRALLY / P. WEIL (dir.), *Le Droit international : unité et diversité - Mélanges offerts à Paul Reuter*, Pedone, Paris, pp. 481-482. Le professeur Stern indique que ces données visent à expliquer et justifier le passage du fait au droit, tout en appelant à ne pas confondre l'explication du sentiment d'obligation d'une part et la justification du caractère obligatoire d'autre part. Le professeur Sur évoque quant à lui des « *données non juridiques* ». Cf. S. SUR, *op. cit.*, p. 2.

(7) D. ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses universitaires de France, Paris, 2003, p. 317.

(8) P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, Presses universitaires de France, Paris, 1995, p. 38.

(9) J. COMBACAU, « La coutume - Ouverture », *Droits*, n°3, 1986, p. 3.

(10) G. ABI SAAB, « La métamorphose de la fonction juridictionnelle internationale », in D. ALLAND / V. CHETAIL / O. DE FROUVILLE / J. E. VIÑALES (dir.), *Unité et diversité du droit international - Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2014, p. 377.

(11) C. ATIAS, *Philosophie du droit*, Presses universitaires de France, Paris, 2016, p. 286.

eu recours au concept de mythe (12). C'est pourquoi l'objet de la présente étude est de questionner les relations existantes entre la coutume internationale et le mythe. Si certains points de l'autorité normative et de l'opposabilité de la coutume internationale continuent d'être controversés, l'identification du concept juridique de coutume internationale ne soulève plus de problèmes aujourd'hui. Inversement, l'identification du concept de mythe doit être abordée dans un premier temps, avant d'interroger les diverses convergences entre coutume internationale et mythe, au travers d'une approche ontologique. Ensuite, c'est la part de mythe dans la coutume internationale qui sera examinée, par une approche analytique. Enfin, au moyen d'une approche analogique, l'étude envisagera la filiation entre le processus coutumier international et la coutume internationale d'une part et, d'autre part, deux mythes bien connus.

L'IDENTIFICATION DU CONCEPT DE MYTHE

Pour apprécier correctement le concept de mythe, il faut le définir positivement, avant de le distinguer d'un concept qui lui est proche : la fiction juridique.

Les éléments positifs de définition du mythe

Les définitions du terme polysémique « mythe » s'ordonnent autour de deux idées principales. La première, qui est celle à laquelle le langage usuel a le plus souvent recours, relève d'un récit surnaturel et irrationnel. La seconde relève davantage d'un récit symbolique et rationnel.

Un récit surnaturel irrationnel

Du grec ancien *mûthos*, le mythe se définit par opposition au *logos* (13), caractérisé par sa subordination à la raison et sa recherche de la vérité. Le mythe est donc entendu comme « *mêlé d'histoires et de fables, fabuleux, romanesque* » (14). Selon cette acception, le mythe « *met en scène des êtres surnaturels, la divinité, les divinités, les demi-dieux, les héros, les puissances du temps primordial qui, en général, se situent dans le passé* » (15). L'ancrage du mythe dans l'histoire des civilisations est significatif de son caractère transculturel, voire universel. La définition donnée par les dictionnaires anglo-saxons est très proche de celles susmentionnées. Le mythe constitue « *a traditional story concerning the early history of a people or explaining a natural or social phenomenon, and typically involving supernatural beings*

(12) G. CAHIN, « Apport du concept de mythification aux méthodes d'analyse du droit international », in J. CHARPENTIER / M. CHEMILLIER-GENDREAU / J.-P. COLIN / J. LANG / J. SALMON (dir.), *Le Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Pedone, Paris, 1984, pp. 89-117.

(13) L. IRIBARREN, « Du *muthos* au *logos* – Le détour par la pragmatique des discours », *Labyrinthe*, vol. XXVIII, t. 3, 2007, pp. 133-144.

(14) F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin-Français – Le grand Gaffiot*, Hachette, Paris, 2000, p. 1021.

(15) J. CARBONNIER, *Ecrits*, Presses universitaires de France, Paris, 2008, p. 1204.

or events » (16). Cette acception du mythe est toujours tournée vers le passé. Elle vise toujours des événements irrationnels ou surnaturels. Elle est plutôt utilisée dans l'antiquité, notamment au sein des discours religieux.

Un récit symbolique rationnel

Du latin *mythistoricus*, le mythe est également entendu comme une histoire ou un récit symbolique. Selon cette acception, le mythe est une représentation idéalisée de la réalité sans toutefois n'être que le fruit de l'imagination. Le professeur Lalande rappelle ainsi que le mythe peut parfois consister en « *l'exposition d'une idée sous une forme volontairement poétique et narrative, où l'imagination se donne carrière et mêle ses fantaisies aux vérités sous-jacentes* » (17). Le mythe est donc un discours imagé qui s'inscrit dans une démarche rationnelle. Dans une certaine mesure, il modifie les fonctions du discours ; le langage n'est plus seulement l'expression de la pensée, il constitue également une volonté structurante de la pensée.

Il est dès lors question de considérer le mythe comme un élément fondateur et mobilisateur, agissant sur le présent et également tourné vers le futur. Selon le professeur Weil, « *le mythe, après tout, est porteur d'espérance. Il est facteur de progrès* » (18). C'est cette seconde acception du mythe, loin des réflexions irrationnelles et du domaine surnaturel, qui est retenue pour cette étude. La communauté internationale (19), la paix par le droit, le sens clair de la norme, l'universalisme et l'unité du droit international, la société civile internationale, le patrimoine commun de l'humanité... Autant de symboles constitutifs de « *signifiants mythiques du discours* » (20), autant de mythes fondateurs et mobilisateurs difficilement contestables. Le mythe devient alors le support d'un état de conscience collective, qui domine le système au sein duquel il évolue et qui l'informe.

Cette acception du mythe se rapproche de la conception de l'utopie comme méthode, dégagée par le professeur Sur. Cette dernière consiste à « *définir un objet idéal vers lequel les actions conscientes doivent converger* » (21). L'un des exemples significatifs de la proximité entre le mythe et l'utopie est certainement contenu dans l'analyse du professeur Dupuy à propos de

(16) C. SOANES (dir.), *Concise Oxford English Dictionary*, Oxford University Press, 2004 (11^e éd.), p. 946.

(17) A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Presses universitaires de France, Paris, 2006, p. 665.

(18) P. WEIL, *Le Droit international en quête de son identité*, R.C.A.D.I., t. 237, 1992, p. 311.

(19) Le professeur R.-J. Dupuy évoque quant à lui le « mythe communautaire ». Voir : DUPUY (R.-J.), *Communauté internationale et disparités de développement*, R.C.A.D.I., t. 165, 1979, pp. 118 et 135. La notion de communauté internationale se situerait ainsi « entre le mythe et l'histoire ». Voir : DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale : entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica, 1986, pp. 182.

(20) CAHIN (G.), *Apport du concept de mythification aux méthodes d'analyse du droit international*, in CHARPENTIER (J.), CHEMILLIER-GENDREAU (M.), COLIN (J.-P.), LANG (J.) et SALMON (J.) (dirs.), *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international, Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, p. 95.

(21) SUR (S.), « Système juridique international et utopie », in TERRÉ (F.) (dir.), *Le droit international*, Archives de philosophie du droit, t. 32, 1987, Paris, Dalloz, p. 36.

la communauté internationale : « *le mythe communautaire apparaît bien comme un facteur décisif de la contestation d'un état de choses qui n'ait la solidarité entre les peuples et la responsabilité de tous pour le développement de chacun* » (22).

Un élément négatif de définition : le mythe et la fiction

Le mythe doit ne pas être confondu avec la fiction. Cette dernière est définie comme un « *procédé qui consiste à qualifier un fait ou une situation contrairement à ce qui est admis comme objectivement vrai, en fait ou en droit* » (23). Contrairement au mythe, le point de départ d'une fiction est donc connu, clair et défini. Depuis ce point de départ, une distance est volontairement prise tout en gardant en tête le chemin parcouru. Il n'y a dès lors pas de sens caché dans une fiction, qui ne comprend d'ailleurs – à l'inverse de la coutume – aucune partie immergée. En outre, la cause de l'écart existant entre le point de départ et le point d'arrivée des fictions est souvent commune à l'ensemble de ces dernières : il s'agit de combler des lacunes juridiques. En d'autres termes, la fiction est un mensonge juridique consacré par la nécessité. La personnalité juridique, attribuable à des personnes physiques tout comme des personnes morales, est une fiction. Lorsque le mandant est réputé avoir accompli un acte juridique pourtant effectivement accompli par le mandataire, il s'agit encore d'une fiction.

APPROCHE ONTOLOGIQUE :

LES CONVERGENCES ENTRE COUTUME INTERNATIONALE ET MYTHE

Après avoir identifié le concept de mythe, il convient de démontrer, au travers d'une approche ontologique, l'exigence de convergences originelles, formelles et fonctionnelles entre la coutume internationale et le mythe.

Les convergences originelles

La coutume internationale et le mythe comportent un certain nombre de traits caractéristiques communs, tant s'agissant de leur origine que de leur développement.

(22) DUPUY (R.-J.), *La communauté internationale : entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica, 1986, pp. 180.

(23) SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 503. Selon le lexique des termes juridiques élaboré sous la direction du professeur Guinchard, la fiction est « un procédé de technique juridique permettant de considérer comme existante une situation manifestement contraire à la réalité ». Voir : GUINCHARD (S.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 23^e éd., Paris, Dalloz, 2015-2016, p. 431.

Des origines incertaines

Certains auteurs ont eu l'occasion de mettre en exergue le « *surgissement autonome* » (24) de la coutume. Il en va de même s'agissant du mythe, tant le phénomène ne répond à aucune autorité. La coutume internationale et le mythe partagent tous deux une naissance obscure. Un des éléments remarquables s'agissant de chacun des mythes est l'impossibilité de dater leurs naissances (25). Il en va de même pour la coutume internationale. Si le constat de l'existence d'une coutume internationale consacre son enracinement dans l'ordre juridique international, l'existence même de la coutume lui est antérieure. En effet, la nature des éléments constitutifs de la coutume internationale rend impossible de déterminer la date de sa naissance.

Ces incertitudes font partie intégrante du mythe et de la coutume internationale. En effet, « *le flou qui entoure les origines des mythes et nimbent leur signification engendre leurs effets caractéristiques* » (26). Cette part d'ombre, partagée par la coutume, a conduit la professeure Stern à constater la mesure dans laquelle l'analyse des règles coutumières « *conduit à des interrogations angoissées sur le fondement du droit, et partant à de vives controverses doctrinales* » (27).

Un développement progressif

La coutume internationale et le mythe disposent également d'un mode de développement très proche. La création de la coutume internationale répond à des conditions qui s'inscrivent dans une perspective temporelle lente et progressive. En effet, chacun des deux principaux éléments constitutifs de la coutume internationale (28) doit avoir réussi l'épreuve du passage du temps. Cette épreuve laisse transparaître l'existence d'un véritable processus de maturation du processus coutumier. Il en va de même pour le mythe (29) qui, « *en raison de son ancienneté relative ou, plutôt, de la patine réelle ou feinte qui le recouvre et de l'accoutumance dont il profite, participe d'une tradition riche d'un savoir qui s'accumule*

(24) B. STERN, « La coutume au cœur du droit international », in D. BARDONNET / J. COMBACAU / M. VIRALLY / P. WEIL (dir.), *Le Droit international : unité et diversité – Mélanges offerts à Paul Reuter*, Pedone, Paris, p. 481. Cf. également J. CHARPENTIER, « Tendances de l'élaboration du droit international public coutumier », in *L'Elaboration du droit international public*, Colloque organisé par la Société française de droit international, Toulouse, 16-18 mai 1974, Pedone, Paris, 1975, pp. 105-132.

(25) Le professeur Carbonnier indique que « *ce qui semble faire unité dans la notion de mythe, c'est que le récit se situe dans un passé non rationnellement datable* ». Cf. J. CARBONNIER, *Ecrits*, Presses universitaires de France, Paris, 2008, p. 1 204.

(26) C. ATIAS, *Philosophie du droit*, Presses universitaires de France, Paris, 2016, p. 281.

(27) B. STERN, *op. cit.*, p. 479.

(28) La pratique générale d'une part et l'*opinio juris* d'autre part font l'objet d'un examen spécifique *infra*.

(29) Pour une analyse du développement progressif du mythe entendu comme un « *processus d'objectivation* », cf. G. CAHIN, *Apport du concept de mythification aux méthodes d'analyse du droit international*, in J. CHARPENTIER / M. CHEMILLIER-GENDREAU / J.-P. COLIN / J. LANG / J. SALMON (dir.), *Le Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Pedone, Paris, 1984, p. 92.

et se transmet de générations en générations » (30). Dès lors, le caractère progressif du développement du mythe favorise l'extension de son ampleur et l'accroissement de sa force de persuasion. Les similitudes exposées ne sont pas sans rappeler la notion de tradition, entendue comme le transfert d'un ensemble de choses, léguées au travers du temps par un acteur à un autre qui reçoit la responsabilité de maintenir cet ensemble.

Les convergences formelles

Au-delà de partager une origine obscure, la coutume internationale et le mythe convergent également sur un plan formel. D'une part, ils ne sont pas soumis à un formalisme particulier. D'autre part, ils procèdent tous deux d'un processus d'exemplification.

L'absence de formalisme

Le mythe, tout comme la coutume internationale, est un phénomène vivant. L'un comme l'autre ne saurait donc être emprisonné dans des critères juridiques statiques. Le professeur Alland rappelle ainsi que la coutume sert à « *décrire le droit vivant, tel qu'il émane des rapports concrets entre les Hommes, de leurs usages, par-delà les solennités* » (31). Cette affirmation renferme un point important car la solennité et le formalisme, qui caractérisent une partie du droit positif interne et international, n'ont pas lieu d'être concernant la coutume internationale. Il est question de substance juridique, exclusivement. Parallèlement, bien que le mythe soit protéiforme, il n'est jamais soumis à un quelconque formalisme. Il émerge, au travers de différentes sources, dont l'éventuelle classification n'est pas pertinente. La formalisation du mythe est souvent orale, mais peut être écrite (32). Elle n'est pas soumise à validation par une quelconque autorité. La coutume internationale, tout comme le mythe, sont insusceptibles d'être formellement vérifiés, même de manière empirique. Ils partagent tous deux une existence relativement informelle.

Le processus d'exemplification

Le mythe, comme la coutume, résultent d'un processus démonstratif. Pour sa part, la formalisation du mythe fait naître un « *processus psychologique [...] d'exemplification* » (33). Ainsi, le mythe permet de s'identifier en se rattachant à des symboles revêtant une puissance – avérée ou fictive – importante. Ces symboles constituent autant de chemins à suivre. Par conséquent, « *le mythe peut concourir à la forme obligatoire d'une norme* » (34). Ces éléments rappellent largement la coutume internationale.

(30) C. ATIAS, *op. cit.*, 1999, p. 258.

(31) D. ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses universitaires de France, Paris, 2003, p. 317.

(32) La transmission des mythes est orale et leur tradition collective. Cf. C. LÉVI-STRAUSS, *L'Homme nu*, Plon, Paris, 1971, p. 560.

(33) J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 1 205.

(34) *Ibid.*, p. 1 206.

En effet, quel que soit le courant doctrinal auquel le juriste internationaliste se rattache, la coutume internationale procède également d'un processus d'exemplification. La conception volontariste du droit international rattache la coutume internationale au consentement initial, exprès ou tacite (35), des Etats liés par elle. Pour sa part, la doctrine objectiviste donne à la coutume une origine extérieure – et fréquemment supérieure – l'imposant aux sujets de droit comme une nécessité objective (36). Quoi qu'il en soit, « *la capacité d'imaginer que la conduite sociale que l'on va adopter sera reproduite, répandue, ultérieurement par les autres, pourrait bien être ce qui fait démarrer le mécanisme obligatoire de la coutume* » (37). Cette capacité à imaginer fait partie intégrante du processus d'exemplification (38). En effet, la pratique internationale répétée ainsi que la croyance collective en son caractère obligatoire sont directement liées à la reproduction de schémas, facteur de propagation et d'exemplification.

Les convergences fonctionnelles

Après avoir démontré l'existence de traits caractéristiques communs à la coutume internationale et au mythe de points de vues originel et formel, il convient d'examiner à présent les convergences fonctionnelles, qui peuvent se regrouper sous deux dimensions : descriptive et prescriptive.

La dimension descriptive

La coutume internationale et le mythe visent tous deux à décrire l'état des choses à un moment donné. Cette description n'est donc pas définitive. Elle évolue dans le temps, de concert avec les transformations de la société et de l'imaginaire qui émane directement d'elle. Cette description intègre des normes comportementales qui font l'objet d'un traitement particulier. La coutume internationale et le mythe partagent ainsi une même fonction descriptive, entretenant habilement une confusion nuancée entre la description de l'état des choses tel qu'il est et tel qu'il devrait être. Il s'agit de jouer entre la part émergée et la part immergée de la coutume internationale et du mythe. Même s'il peut y avoir dans le mythe une part d'imaginaire, le mythe refuse le mensonge et tend vers la vérité. Cet avis n'est cependant pas partagé par le professeur Carbonnier, qui estime que « *dans le mythe, il peut y avoir un mensonge, mais ce mensonge peut être utile, il y a un usage légitime du mythe (tout en sachant qu'il est mensonge) pour faire passer un certain message aux gouvernés* » (39).

(35) La doctrine volontariste rappelle volontiers qu'un Etat peut toujours faire connaître une objection persistante au surgissement d'une coutume internationale. Cette doctrine s'accorde sur le fait que, par conséquent, en l'absence de telles objections, ledit Etat a tacitement accepté ledit processus coutumier international.

(36) C. DE VISSCHER, *Méthode et système en droit international*, R.C.A.D.I., t. 138, 1973, pp. 61-70.

(37) D. ALLAND (dir.), *op. cit.*, p. 324.

(38) Par ailleurs, le domaine de l'imaginaire n'est pas sans revêtir une teinte mythique.

(39) J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 1 204.

La dimension prescriptive

La dimension prescriptive du mythe et de la coutume internationale est certainement l'élément de convergence le plus intéressant. Au-delà de la description de comportements, il s'agit de prescrire un certain nombre d'entre eux. En effet, le mythe « est un comportement mais aussi un précepte » (40), tandis que, comme le rappelle le juge Armand-Ugon, par la coutume internationale, « ce qui est devient ce qui doit être » (41). Ainsi, les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale, entendus dans le droit international coutumier comme patrimoine commun de l'humanité (42), procèdent directement du mythe d'humanité. Il en va de même s'agissant du droit international humanitaire coutumier. Le professeur Carbonnier considère « le mythe comme support de comportements quotidiens, mais dont la quotidienneté a un caractère politique comme support de règles de mœurs, de croyances religieuses, de croyances juridiques ou de croyances en l'autorité particulière d'une norme » (43). De la même manière, il est aisé de relever le caractère éminemment politique de la récurrence de certaines pratiques internationales, comme support de règles de droit. Ne voit-on pas là poindre l'un des deux éléments constitutifs de la coutume internationale ? Plus encore, cette dernière participe dans une certaine mesure de la prise en compte de considérations sociales, politiques et économiques, tout comme le mythe. Dès lors, dans une certaine mesure, la coutume internationale est un support pour les règles de mœurs internationales et les croyances multiples, tout comme le mythe. Il s'agit toujours, dans un cas comme dans l'autre, de « fournir un modèle de comportement à la conduite humaine » (44).

Par ailleurs, le mythe tout comme la coutume internationale procèdent d'une anticipation. Ils reviennent parfois à « poser comme acquis ce qui est précisément l'objet d'un processus de formation, à se situer au terme d'un processus en cours, à le supposer achevé » (45). Le professeur Virally évoque en ce sens la pression de la *lex ferenda* sur la *lex lata* (46). En définitive, la coutume internationale et le mythe ont pour fonction de travailler le droit de l'intérieur en s'inscrivant à la fois dans la réalité et dans l'imaginaire,

(40) D. ALLAND (dir.), *op. cit.*, p. 18. Pour sa part, le professeur Carbonnier indique que le mythe « se tourne aussi vers le présent. Il apparaît, il est utilisé, comme un principe d'action ». Cf. J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 1 205.

(41) CIJ, *Droit de passage sur territoire indien*, arrêt du 12 avril 1960, *Opinion dissidente de M. Armand-Ugon*, *Rec. 1960*, p. 82.

(42) Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 136.

(43) J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 1 205.

(44) G. CAHIN, *Apport du concept de mythification aux méthodes d'analyse du droit international*, in J. CHARPENTIER / M. CHEMILLIER-GENDREAU / J.-P. COLIN / J. LANG / J. SALMON (dir.), *Le Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Pedone, Paris, 1984, p. 91.

(45) S. SUR, « Système juridique international et utopie », in F. TERRÉ (dir.), *Le Droit international*, Archives de philosophie du droit, t. 32, 1987, Dalloz, Paris, p. 44.

(46) M. VIRALLY, « A propos de la 'lex ferenda' », in D. BARDONNET / J. COMBACAU / M. VIRALLY / P. WEIL (dir.), *Le Droit international : unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, Pedone, Paris, p. 532.

créant une interdépendance (47) dans laquelle l'un se nourrit de l'autre, pour aboutir à des prescriptions normatives.

APPROCHE ANALYTIQUE :
LA PART DE MYTHE DANS LA COUTUME INTERNATIONALE

Après avoir examiné, au travers d'une approche ontologique, les éléments de convergences originelle, formelle et fonctionnelle entre la coutume internationale et le mythe, il convient à présent d'analyser la part de celui-ci dans celle-là, tant s'agissant de l'existence d'une pratique générale que de l'existence d'une *opinio juris*.

Une pratique générale mythique

L'élément matériel de la coutume internationale procède de « *faits à la réalisation desquels le droit accorde une signification déterminée* » (48). La Cour internationale de Justice a eu l'occasion de statuer que l'existence de la règle de droit international coutumier doit être confirmée dans la pratique (49) et que cette dernière doit être constante (50). Le professeur Sur évoque ainsi une « *démultiplication d'actes microjuridiques qui changeraient d'état en atteignant une sorte de masse critique, de permanence et de globalité* » (51). Ce changement d'état, cette métamorphose du fait en droit au travers d'un phénomène de réitération, parfois incantatoire, n'est pas sans laisser planer une part d'ombre sur la coutume internationale, lui conférant un caractère mythique.

La coutume internationale peut par ailleurs consacrer comme règle de droit des phénomènes qui, en réalité, relèvent du tâtonnant ou de l'hésitant et qui peuvent un jour se trouver érigés au rang de source formelle du droit international. A cet égard, il convient de mettre en exergue la diversification des composantes de ces pratiques internationales : actes unilatéraux des Etats ou des organisations internationales (52), déclarations politiques (53), actes conventionnels bilatéraux (54), jurisprudence internationale ou encore

(47) Cette interdépendance est particulièrement bien démontrée dans les conclusions de l'ouvrage du professeur R.-J. DUPUY, *La Communauté internationale : entre le mythe et l'histoire*, Economica, Paris, 1986, pp. 179-182.

(48) J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 863.

(49) CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt du 27 juin 1986, *Rec. 1986*, §184.

(50) CIJ., *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, *Rec. 1969*, §§77 et 79.

(51) S. SUR, *La Coutume internationale*, *op. cit.*, p. 5.

(52) L'accroissement quantitatif et qualitatif du phénomène institutionnel international est en ce sens porteur d'un nombre croissant d'indicateurs des pratiques internationales. Le « Répertoire de la pratique suivie par les organes des Nations Unies », élaboré par le Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies, est significatif de cette dynamique. Pour une analyse générale du phénomène, cf. E. LAGRANGE / J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, LGDJ, Paris, 2013, pp. 1197.

(53) Le Président de la République française, à l'occasion de l'ouverture de la 70^e session de l'Assemblée générale des Nations Unies le 28 septembre 2015, a déclaré que la France s'engage à ne jamais utiliser le droit de veto dont elle dispose au Conseil de sécurité des Nations Unies en cas d'atrocités de masse.

(54) Le concept coutumier de « nationalisation rampante » ou de « nationalisation silencieuse » est issu d'une reconnaissance progressive au sein de traités bilatéraux d'investissement dont la rédaction est modélisée.

doctrine dans une certaine mesure. De manière générale, l'incidence de la dimension institutionnelle internationale sur le processus coutumier international (55) constitue une force croissante.

La part d'incertitude qui caractérise la vocation normative de ces pratiques internationales diversifiées n'est pas sans rappeler l'affirmation du professeur Lévi-Strauss, selon laquelle les mythes « *se pensent dans les Hommes, et à leur insu* » (56). Il en est de même pour la coutume internationale. Effectivement, les acteurs des pratiques internationales n'ont pas toujours conscience de la portée juridique coutumière de leurs actions et omissions. Pourtant, l'enjeu est important puisque ces dernières peuvent être constitutives d'une des sources formelles du droit international. A ces incertitudes s'ajoute le « *relativisme général du droit international* » (57), entendu comme un état selon lequel le sens et la valeur des choses n'ont pas de références absolues. Selon l'expression bien connue du professeur Kelsen, lesdites pratiques doivent être « *en gros et de façon générale appliquées et observées* » (58).

Une opinio juris mythique

L'élément psychologique de la coutume internationale procède pour sa part d'une croyance collective, selon laquelle les actes constitutifs de la pratique générale « *doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit* » (59). L'*opinio juris* est une expression latine dont la traduction littérale correspond à « croyance de droit ». Cette croyance renvoie à un sentiment ; celui de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique (60). Elle serait, selon le professeur Sur, « *quelque peu analogue à la vertu dormitive de l'opium* » (61). Effectivement, la métamorphose du fait en droit peut parfois s'opérer au travers d'une obéissance tacite à des préceptes non formulés, invisibles mais néanmoins substantiels. Il s'agit d'une mobilisation particulière de l'imaginaire juridique, par laquelle transparait une part de mythe. Le professeur René-Jean Dupuy rappelle ainsi que « *la multiplication de faits produit une croissance de la conscience juridique, selon un processus existentiel dans*

(55) G. CAHIN, *La Coutume internationale et les organisations internationales*, Pedone, Paris, 2001, pp. 777.

(56) C. LÉVI-STRAUSS, *Le Cru et le cuit*, Plon, Paris, 1978, p. 287. Pour sa part, le professeur Sur indique que « *la coutume s'appuie généralement sur une pratique historique qui conduit à donner une forte apparence de vérité à l'idée que l'obligation pourrait être le fruit de l'usage - ce qui n'est qu'une hypothèse et nullement un fait* ». Cf. S. SUR, *La Coutume internationale*, op. cit., p. 5. Pour sa part, le professeur Atias estime que le mythe contient « à côté des propositions explicites sur lesquelles nous raisonnons, des propositions implicites qui n'apparaissent pas directement dans le champ de notre conscience ». Cf. C. ATIAS, *Philosophie du droit*, Presses universitaires de France, Paris, 1999, p. 284.

(57) B. STERN, op. cit., p. 491.

(58) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1999, p. 287.

(59) CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, *Rec. 1969*, §77.

(60) *Id.*

(61) S. SUR, *La Coutume internationale*, op. cit., p. 5.

lequel l'existence précède l'essence, qualifiée après coup par le droit » (62). Cet état de conscience juridique procède – au moins partiellement – de la puissance de contagion du signifiant mythique. Il fait appel à une « forme de connaissance poétique, qui a souvent une force plus grande que la connaissance rationnelle » (63). S'agissant spécifiquement du mythe, le professeur Cahin indique dans le même sens que « c'est par l'investissement imaginaire de croyance des divers agents de la norme dans les énoncés du discours, suscité par ses propriétés mythifiantes spécifiques, que le mythe [déploie] ses effets » (64).

APPROCHE ANALOGIQUE :
LA FILIATION ENTRE LA COUTUME INTERNATIONALE
ET QUELQUES MYTHES BIEN CONNUS

Au-delà des nombreuses convergences entre le mythe et la coutume internationale, au-delà de la part de mythe dans les éléments constitutifs de la coutume internationale, il existe un lien de filiation directe entre, d'une part, deux mythes bien connus et, d'autre part, le processus coutumier international et la coutume internationale elle-même, qu'il convient d'aborder dans un dernier temps.

Le processus coutumier international et le mythe de la loi révélée

La mission principale de la Commission du droit international est de promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification (65). Cette dernière est définie comme une « entreprise consistant à rédiger le contenu de la coutume internationale » (66). Les travaux de la Commission ont effectivement donné naissance à plusieurs instruments juridiques internationaux (67). Ils ont également abouti à

(62) R.-J. DUPUY, *La Communauté internationale...*, *op. cit.*, p. 132.

(63) J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 1206.

(64) G. CAHIN, *Apport du concept de mythification...*, *op. cit.*, p. 92.

(65) Article premier du Statut de la Commission du droit international, annexée à ONU, Assemblée générale, *Résolution portant sur la création d'une Commission du droit international*, 21 nov. 1947, (UN Doc. A/RES/174).

(66) J. SALMON (dir.), *op. cit.*, p. 190.

(67) Pour ne citer que les plus importants : la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, adoptée par l'Assemblée générale en 1997, qui régit l'utilisation équitable et raisonnable de cours d'eau partagés par deux pays ou plus ; la Convention sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, adoptée par une conférence réunie à Vienne en 1986 ; la Convention sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat, adoptée par une conférence réunie à Vienne en 1983 ; la Convention sur la prévention et la répression des crimes contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, adoptée par l'Assemblée générale en 1973 ; la Convention sur le droit des traités, adoptée par une conférence réunie à Vienne en 1969 ; la Convention sur les relations diplomatiques et la Convention sur les relations consulaires, adoptées en 1961 et 1963 par des conférences réunies à Vienne. De manière plus générale, plusieurs conventions internationales procèdent de la codification du droit international, même sans l'aide de la Commission. C'est notamment le cas de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

des textes non conventionnels dont l'utilité est largement reconnue (68). Ces travaux consistent notamment à « *formuler avec plus de précision et systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable* » (69). Il s'agirait ainsi pour la Commission de révéler des règles préexistantes, dans le cadre d'une reformulation plus précise. Il en est de même s'agissant de la coutume internationale, qui n'est jamais créée par le juge. Bien que discutée, cette affirmation repose sur la théorie générale de la coutume internationale, dont les contours sont, malgré quelques périls passagers, bien établis (70). La Cour internationale de Justice a eu l'occasion d'indiquer que le droit international coutumier se rapporte à « *une série de règles coutumières dont la présence dans l'opinio juris des Etats se prouve par voie d'induction en partant de l'analyse d'une pratique suffisamment étoffée et convaincante, et non pas par voie de déduction en partant d'idées préconstituées a priori* » (71).

Ce qui précède n'est pas sans rappeler le mythe bien connu de la loi révélée : « *il existe toujours un législateur humain qui est le législateur apparent ; mais telle est l'économie du mythe, ce législateur apparent ne remplit pas un rôle de création de la règle de droit. Il ne fait que déclarer la règle de droit qui lui a été révélée, par un auteur divin* » (72). Par rapport à une substance normative donnée, la coutume internationale est une source formelle transfigurant une source matérielle. Certes, dans le mythe de la loi révélée, cette substance normative est qualifiée de divine, tandis que, concernant la coutume internationale, elle est une pratique mêlée d'une croyance. Pour autant, force est de constater l'existence d'un lien de filiation entre la coutume internationale et le mythe de la loi révélée. Le professeur Carbonnier va plus loin, estimant que le caractère révélateur de la coutume internationale renforce son effectivité, dans la mesure où « *la conviction qu'auront dès lors les sujets d'obéir à la divinité en obéissant à la règle de droit, que le mythe présente comme révélée, cette conviction fortifiera évidemment l'obéissance à la loi* » (73). Ainsi, le fait que la coutume internationale soit formée notamment par un ensemble mythique de convictions étatiques renforce l'obéissance des Etats à la règle coutumière de droit international car elle est la seule source juridique dont l'existence mythique préexiste à sa révélation.

(68) Pour ne citer que le plus important : le projet d'articles portant sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.

(69) Article 15 du Statut de la Commission du droit international, annexée à ONU, Assemblée générale, *Résolution portant sur la création d'une Commission du droit international*, 21 nov. 1947, (UN Doc. A/RES/174).

(70) S. SUR, *La Coutume internationale*, op. cit., pp. 24.

(71) CIJ, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt du 12 octobre 1984, *Rec. 1984*, §111.

(72) J. CARBONNIER, op. cit., p. 1207.

(73) *Ibid.*, p. 1207.

La coutume internationale et le mythe de la volonté des ancêtres

Pour constituer une coutume internationale, la pratique des Etats doit être générale (74), mais elle doit en outre être constante (75). Il existe donc un rapport entre la coutume internationale et le temps. Effectivement, il ne peut exister de pratique générale constante sans pratique générale passée. Cette dernière procède d'une somme d'actions et d'omissions représentant un ensemble constitutif d'un patrimoine historique. En ce sens, la coutume internationale n'est pas sans rappeler le mythe de la volonté des ancêtres, selon lequel « la force obligatoire du testament repose sur un mécanisme de crainte, des morts, des parents ; nous voyons bien là comment le fils peut agir pour consolider la coutume ; c'était la manière dont nos pères, nos ancêtres se comportaient et nous devons rester fidèles à cette manière » (76). Certes, le caractère obligatoire de la coutume internationale provient du fait qu'elle est reconnue comme source formelle du droit international. Cependant, force est de constater que, dans une certaine mesure, l'un des deux éléments fondamentaux constitutifs de la coutume internationale représente une sédimentation des pratiques des ancêtres. Elle vise directement le respect que porté à l'histoire, considéré alors comme expérience. Par conséquent, la coutume internationale peut alors être observée comme une réification mythique des diverses expressions de la volonté des ancêtres.

* *
*

Le régime juridique de la coutume internationale semble satisfaire aux exigences intrinsèques à tous régimes juridiques en bonne et due forme. Cette tromperie ne résiste pas à l'esprit du juriste internationaliste qui voit droit dans les incertitudes qu'elle présente ainsi que dans les risques pour la sécurité juridique qui lui sont intimement liés. Au-delà, nous avons tenté de démontrer que la coutume internationale est – au moins partiellement – mythique. Tout d'abord, elle est un concept ouvert, qui puise son caractère mythique dans son origine, dans sa forme et dans ses fonctions. Ensuite, ses deux éléments constitutifs comportent chacun une part de mythe. Enfin, il existe une filiation entre le processus coutumier international et la coutume internationale d'une part et deux mythes bien connus d'autre part. Il convient dès lors de mettre en exergue que, « *en usant de ces mythes, le savoir juridique ne se ravale pas au rang des connaissances primitives, irrationnelles ou encore non scientifiques* » (77). Bien au contraire, cette part mythique de la coutume internationale nous rappelle que les mythes

(74) Statut de la Cour internationale de Justice, art. 38§1-b ; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt du 27 juin 1986, *Rec. 1986*, §184 ; CIJ, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt du 12 octobre 1984, *Rec. 1984*, §111.

(75) CIJ, *Plateau continental de la Mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, *Rec. 1969*, §77.

(76) J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 1210.

(77) C. ATIAS, *Philosophie du droit, op. cit.*, p. 286.

sont nécessaires et féconds. Le professeur Atias indique que « *la résistance du mythe à la critique tient sans doute à son utilité irremplaçable* » (78). Il en va de même concernant la résistance de la coutume comme source formelle du droit international du XXI^e siècle (79).

La coutume internationale est nimbée d'un voile épais. Elle engendre silencieusement et de manière invisible des mouvements qui travaillent en profondeur le droit international. Le caractère imperceptible de son processus de formation ainsi que l'impossibilité de dater ce dernier constituent l'élément fondateur de sa teinte mythique. Le concept d'*opinio juris*, en ce qu'il dévoile une part de l'imaginaire juridique international, en est le témoin apparent. Au royaume des croyances et des métamorphoses, le mythe est roi.

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

(79) Le professeur Charpentier débute sa contribution en affirmant qu'« *il est de fait que la lenteur et l'incertitude de la coutume conviennent mal à une société dont la composition s'est radicalement transformée et qui doit faire face à des problèmes constamment renouvelés* ». Cf. J. CHARPENTIER, « Tendances de l'élaboration du droit international public coutumier », *op. cit.*, p. 105.