

Le juge, les États et la coutume internationale : création et revendication de la règle de droit dans les conflits internationaux

Charlotte BRAILLON

La mondialisation est un concept aux facettes multiples. L'une d'elles tiendrait à l'ampleur croissante de la société internationale et des problématiques économiques, politiques et sociales à l'échelle mondiale. Le juge est parfois le premier à se prononcer sur ces transformations. Les juridictions internationales n'ont cessé de croître en nombre et en influence depuis la fin du XX^e siècle¹. La question se pose cependant de savoir quelles règles le juge international utilise et d'où elles proviennent. Ceci donne alors lieu à un débat entre les juridictions et les États sur la règle à appliquer pour trancher le conflit.

Dans le cadre de cette contribution², nous traiterons des situations où le débat porte sur le droit dit coutumier. Cette notion revient en effet très fréquemment dans les conflits internationaux, dans l'hypothèse où ils sont gérés par un tiers – le juge – comme dans celle où les États revendiquent la légalité de leurs actions respectives. À partir de l'exemple du droit à la force (*jus ad bellum*), on observera ici la place qu'occupe la coutume dans le discours de la Cour internationale de Justice (1) et dans celui des États et de la doctrine internationaliste (2). Ceci sera l'occasion d'approfondir les relations entre droit et politique dans la sphère internationale, ainsi que le statut de la coutume dans le conflit.

¹ On comparera, à vingt ans d'intervalle, les remarques de J. Verhoeven sur l'affaiblissement des juridictions internationales (VERHOEVEN, J., « À propos de la fonction de juger en droit international public », in GERARD, P. OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1983) et le constat d'A. Garapon et de J. Allard sur l'influence croissante des juges et de leurs interactions dans les sphères nationales et internationales (GARAPON, A. et ALLARD, J., *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005).

² Elle s'inscrit dans le cadre de la thèse de doctorat *Mondialisation et résurgences de la coutume*, réalisée sous la direction du Professeur R. Jacob à l'ULg.

1. La coutume dans le discours judiciaire : l'interdiction de l'usage de la force et de l'intervention

L'article 38 §1 du Statut de la Cour internationale de Justice énumère les différentes sources du droit international. Parmi celles-ci se trouvent le traité, la coutume, la jurisprudence et la doctrine. Une même règle peut appartenir à plusieurs sources. Ainsi, l'article 2 §4 de la Charte des Nations unies formule une interdiction générale du recours à la force dans les relations entre les États¹, laquelle implique l'interdiction d'intervenir dans les affaires domestiques. Relevant de prime abord d'un traité, cette interdiction possède par ailleurs une nature coutumière, consacrée par la Cour internationale de Justice en 1986 dans l'arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (ci-après *Nicaragua*)². Considéré comme l'un des grands arrêts de la Cour³, la décision illustre la différence qui existe entre la théorie de la coutume, qui permet de vérifier l'existence d'une règle coutumière (A) et la réalité de la pratique judiciaire (B).

1.1. La théorie de la coutume dans l'arrêt Nicaragua

En 1982, les États-Unis d'Amérique décrétèrent un embargo commercial contre le Nicaragua et apportèrent un soutien financier

¹ « Les membres de l'organisation s'abstiennent dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations unies ». Sur cette disposition, voir généralement COMBACEAU, J. et SUR, S., *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, pp. 619-637 ; CORTEN, O., *Le droit contre la guerre, L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris, Pédone, 2008 ; SHAW, M. N., *International Law*, 6^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 1118-1158.

² Arrêt du 17 juin 1986, *Activités Militaires et Paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), C.I.J. Recueil 1986, p. 14.

³ JOUANNET, E., « Existe-t-il des grands arrêts de la Cour internationale de Justice ? » in APOSTOLIDIS, C., *Les arrêts de la Cour internationale de Justice*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2005, pp. 169-197.

à la *Contra*, dans le but de renverser le régime sandiniste établi depuis 1979¹. En avril 1984, le Nicaragua déposa une requête à la Cour internationale de Justice, dans laquelle il reprochait aux États-Unis d'avoir violé, sur son territoire, les dispositions relatives à l'usage de la force et au respect de la souveraineté étatique. La requête reposait sur l'article 2 §4 de la Charte et sur les dispositions du droit international coutumier².

La Cour se prononça sur le fond du litige le 17 juin 1986³. Avant de trancher le conflit, elle devait déterminer les règles de droit applicables en l'espèce. Elle écarta d'abord la Charte ainsi que l'ensemble des traités conclus entre les États-Unis et le Nicaragua : une réserve faite par les États-Unis à la compétence de la Cour en excluait en effet les litiges résultant de traités entre États. Partant du postulat qu'une même règle pouvait à la fois relever d'un traité et d'une coutume, tout en conservant une applicabilité autonome dans les deux cas, la juridiction examina les règles coutumières applicables.

Le droit international coutumier n'est pas accessible de manière aussi précise et certaine qu'un traité. Dès lors, pour connaître le contenu d'une règle coutumière, il est convenu de procéder en suivant une définition ou une théorie de la coutume. L'article 38 du Statut de la Cour la définit comme « preuve d'une pratique

¹ Sur l'histoire du conflit, voir WEISBURD, A. M., *Use of force: the Practice of States since World War II*, Pennsylvania, Pennsylvania State University Press, 1997, pp. 227-232.

² Requête introductive d'instance présentée par le Gouvernement du Nicaragua, C.I.J., Mémoires, Activités Militaires et Paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis), vol. I, pp. 3-26.

³ Pour un commentaire de l'arrêt, voir EISEMANN, M., « L'arrêt de la C.I.J. du 27 juin 1986 (fond) dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci », *Annuaire français de droit international*, 1986, pp. 153-189 ; VERHOEVEN, J., « Le droit, le juge et la violence », *Revue générale de droit international public*, 1987, pp. 1201-1223 ; MENDELSON, M., « Nicaragua Case and Customary International Law », in BUTLER, W. (dir.), *The Non-Use of Force in International Law*, La Haye, Kluwer, 1989, pp. 85-99 ; LABRECQUE, G., *La force et le droit*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, pp. 111-138 ; LANG, C., *L'affaire Nicaragua/États-Unis devant la Cour Internationale de Justice*, Paris, L.G.D.J., 1990.

générale, acceptée comme étant le droit ». Dans une optique traditionnelle, cette définition implique que la Cour examine en premier lieu la pratique des États – en l’espèce, les cas d’interventions et de recours à la force – et ensuite leur *opinio juris*, soit leur conviction que cette pratique constitue une règle de droit.

La théorie classique, qui accorde plus de poids à la pratique qu’à l’*opinio juris*, fut consacrée par la Cour en 1927 dans l’arrêt *Lotus*¹. Elle s’en écarta pourtant dans l’arrêt *Nicaragua*, modifiant la force respective des deux éléments. Dans une considération préliminaire, elle déclara qu’elle privilégierait l’*opinio juris* dans sa recherche du contenu du droit coutumier² et qu’elle réduirait les exigences tenant à la qualité de la pratique³. La Cour affirma ensuite que l’interdiction de l’usage de la force constituait bien une règle coutumière, laquelle était fondée non sur la pratique mais sur certaines résolutions de l’Assemblée générale des Nations unies qui démontraient la volonté de la communauté internationale d’interdire l’emploi de la force⁴. Elle énonça ensuite le principe coutumier de non-intervention, et ce, malgré les contradictions constatées dans la pratique – la présence d’« un certain nombre d’interventions »⁵ – qui étaient dépassées par l’absence de toute *opinio juris* en faveur de leur légalité. La Cour déclara enfin le caractère coutumier du principe de droit humanitaire énoncé à l’article 3 aux Conventions de Genève du 12 août 1949. Elle ne vérifia, dans cette dernière démarche, ni l’existence d’une pratique ni celle d’une *opinio juris*⁶.

¹ Affaire du « Lotus », *Publications de la Cour permanente de justice internationale*, Série A, n° 10, p. 28.

² Activités Militaires et Paramilitaires au Nicaragua (...), *op. cit.*, pp. 97-98, n° 183-186 et plus précisément p. 98, n° 184-5 : « Il convient de s’assurer si l’*opinio juris* était confirmée par la pratique, et d’examiner cette pratique à la lumière de l’*opinio juris* ».

³ *Ibidem*, p. 98, n° 186 : « Il ne faut pas s’attendre à ce que l’application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique (...). La Cour ne pense pas que, pour qu’une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle ».

⁴ *Ibidem*, pp. 98-102, n° 187-192.

⁵ *Ibidem*, pp. 106-110, n° 202-209.

⁶ *Ibidem*, pp. 112-115, n° 216-220.

Les réactions de la doctrine – accueillant pourtant la consolidation par la Cour de principes essentiels au maintien de la paix¹ – ont été très critiques envers l’arrêt *Nicaragua*, notamment au motif qu’il aurait consacré une nouvelle théorie de la coutume. À partir des années septante, en effet, plusieurs courants internationalistes s’étaient éloignés de la théorie classique et avaient proposé de fonder le droit coutumier sur l’*opinio juris* plutôt que sur la pratique des États², voire d’évincer ce dernier élément³. Selon les critiques, la Cour, dans l’arrêt *Nicaragua*, aurait suivi ces nouvelles théories et bouleversé l’équilibre traditionnel entre les éléments de la coutume, en se basant exclusivement sur l’*opinio juris* des États⁴ et en outrepassant même l’existence d’une pratique contraire⁵. Cependant, lorsqu’on observe la démarche générale des juges internationaux, il est possible d’écarter les controverses tenant à la théorie de la coutume et de tirer de nouvelles conclusions à partir de l’arrêt *Nicaragua*.

¹ Sur cette contradiction, voir VERHOEVEN, J., *op. cit.*, p. 1237.

² À propos de l’évolution de la théorie de la coutume, voir RUIZ-FABRI, H., *Sur quelques aspects de la théorie de la coutume en droit international*, Thèse, Bordeaux IV, 1989 ; FIDLER, D. P., « Challenging the Classical Concept of Custom », *German Yearbook of International Law*, 1996, pp. 198-248 ; BRAILLON, C., « La théorie classique de la coutume et le rôle nouveau de l’*opinio juris* : Discours de la justice en droit international et en droit interne », *Revue de la Faculté de droit de l’Université de Liège*, n° 4, 2009, pp. 664-675.

³ Certains auteurs ont en effet proposé de réduire fortement les conditions tenant à la pratique, voire de l’exclure, au point de créer le concept de « coutume instantanée » (CHENG, B., « United Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law? », *Indian Journal of International Law*, 1965, p. 23).

⁴ FRANCK, T., « Some Observations on the ICJ’s Procedural and Substantive Innovations », *American Journal of International Law* (ci-après *A.J.I.L.*), 1987, pp. 118-119 ; EISEMANN, M., *op. cit.*, p. 173 ; LANG, C., *op. cit.*, pp. 160-163.

⁵ Plusieurs auteurs ont souligné que la pratique internationale recelait de nombreux cas d’usage de la force et d’intervention dans les affaires domestiques des autres États et qu’en conséquence la Cour ne pouvait légitimement affirmer ces principes coutumiers (WEISBURG, M. A., *op. cit.*, p. 315).

1.2. La part du juge : interprète ou créateur ?

Les critiques formulées à l'encontre de la décision ont notamment porté sur le virage opéré, dans l'arrêt, en faveur d'une nouvelle définition de la coutume¹. Il convient de dépasser cette approche et d'avancer que le problème posé tient à la notion même de coutume. En effet, bien qu'opposées en apparence, la théorie classique et la théorie nouvelle ont en commun de concevoir la coutume comme une règle produite par les acteurs internationaux, en dehors de la sphère judiciaire. En cas de saisine du juge, ce dernier interviendrait en bout de course pour consacrer l'existence d'une règle créée par les États et les organisations internationales.

À suivre ces théories, la Cour internationale formulerait simplement la règle coutumière, jouant ainsi le rôle d'un interprète. Il est pourtant contradictoire de considérer la coutume comme autonome par rapport au juge et de lui demander de la « révéler » à partir d'éléments aussi polysémiques que la pratique et l'*opinio juris*. L'inadéquation entre la théorie de la coutume et la réalité du litige expliquerait donc les faiblesses méthodologiques de l'arrêt *Nicaragua*. D'ailleurs, concernant les principes de droit humanitaire, certains auteurs ont dénoncé l'absence de toute recherche, à la fois de pratique et d'*opinio juris*². On assiste, dans le raisonnement de la Cour, à l'expression d'un choix judiciaire.

Rares sont les auteurs qui ont constaté, dans l'arrêt, l'intervention du pouvoir créateur du juge³. Il est d'autant plus difficile de formuler cette conclusion compte tenu du caractère historique de la controverse. Depuis le XIII^e siècle, le concept de coutume s'est construit en décalage par rapport à la pratique judiciaire. En France, en Italie et en Allemagne, la coutume a été pensée comme une règle secrétée par la société et définie en référence à la pratique

¹ « The Court thus completely misunderstands customary law » (D'AMATO, A., « Trashing Customary International Law », *A.J.I.L.*, 1987, p. 102).

² MERON, T., « Revival of Customary International Law », *A.J.I.L.*, 2005, p. 819.

³ LANG, C., *op. cit.*, pp. 160-163 et p. 273 ; DUPUY, R.-J., « Formalisme juridique et Cour internationale de Justice », in J. MAKARCZYK, *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1996, p. 393.

et à l'*opinio juris*¹. Selon cette théorie, le juge énonçait le contenu de la règle coutumière mais n'intervenait jamais dans sa création. Certains auteurs, minoritaires, se sont pourtant opposés à cette conception, à partir des exemples de la pratique médiévale ou du fonctionnement du droit anglais, qui révèlent que lorsqu'une règle coutumière est appliquée en justice, il revient au juge de la créer². Malgré ce constat, la théorie de la coutume est restée une référence dans notre culture juridique et a été reproduite en droit international³.

L'intervention du juge, dans l'arrêt *Nicaragua*, est confirmée par plusieurs autres arrêts de la Cour internationale de Justice. Weil a ainsi observé que plusieurs décisions concernant des affaires de délimitation maritime avaient posé des principes dits coutumiers sans jamais se référer à la théorie de la coutume. Dans ces litiges, le juge n'est pas l'interprète d'un droit préexistant mais pose certains principes qui ont pour but de trancher le litige et de dégager une solution équitable pour les États en conflit⁴. Ces décisions sont ensuite citées dans d'autres arrêts, les juges suivant ainsi leurs propres précédents. Enfin, on constate le même mécanisme pour les règles de l'immunité⁵.

L'étude de la jurisprudence internationale permet d'observer la

¹ Cette définition fut développée pour le droit civil français par le juriste François Gény (GENY, F., *Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif*, 2^e éd., Paris, 1919, T. I, pp. 316-387).

² Voir les travaux d'Édouard Lambert, opposés aux conclusions de F. Gény (LAMBERT, E., *La fonction du droit civil comparé*, Paris, Giard et Brière, 1903, pp. 110-208 et pp. 778-803).

³ BENSON, P., « François Gény's Doctrine of Customary Law », *Canadian Yearbook of International Law*, 1982, p. 267.

⁴ WEIL, P., *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, Paris, Pédone, 1987. En ce sens, voir KOLB, R., *Jurisprudence sur les délimitations maritimes selon l'équité : Répertoire et commentaires*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2003 ; ROS, N., « Le fabuleux destin de la norme fondamentale » in *La mer et son droit*, Paris, Pédone, 2003, p. 551 ; BERANGER, A. H., « La relecture de l'article 38 du Statut par la Cour Internationale de Justice », in C. APOSTOLIDIS, *op. cit.*, pp. 115-116.

⁵ Arrêt du 14 février 2002, Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique), C.I.J. Recueil 2002, p. 3. En ce sens, voir MERON, T., *op. cit.*, p. 820.

différence entre la théorie de la coutume et la pratique judiciaire dans le domaine du droit à la force. L'exemple révèle un second écart. Lorsque les États revendiquent l'existence d'une règle coutumière, celle-ci peut correspondre à des réalités différentes selon les définitions employées. La coutume se présente alors comme un mode d'argumentation que les États modèlent au gré de leurs revendications particulières.

2. La coutume dans le discours des États : l'intervention humanitaire et la légitime défense préventive

Lorsque la Cour internationale pose un principe de droit et tranche le conflit sur cette base, la décision peut susciter des réactions diverses de la part des États parties au litige. En l'occurrence, l'histoire politique montre que les États-Unis ont eu tendance à s'écarter des règles coutumières posées dans l'arrêt *Nicaragua*. Dès la publication de l'arrêt, la doctrine internationaliste américaine s'est prononcée en masse contre la décision¹ et les interventions militaires consécutives ont confirmé cette position. Cet exemple illustre le risque que comportent le rejet par un État d'une décision de la Cour (A) et l'adoption, par cet État, de stratégies qui lui permettent de contourner les règles coutumières (B).

2.1. *Légalité et légitimité d'une décision judiciaire*

L'État et son droit sont traditionnellement définis en référence au monopole de la contrainte physique². Par opposition, la société internationale ne dispose pas de cet attribut pour l'application du droit international public. Dès lors, bien que la majorité des pays membres des Nations unies ait souscrit à la juridiction de la Cour internationale de Justice, ses décisions ne peuvent être exécutées de force. En théorie, les États sont libres de suivre ses prescriptions ou de les refuser. Ce fut le cas des États-Unis lors de l'affaire

¹ En 1987, un volume de l'*American Journal of International Law* fut consacré à un compte-rendu très critique de l'arrêt.

² WEBER, M., *Économie et Société* (trad. fr.), Paris, Plon, 1979, p. 15.

Nicaragua. Dès l'introduction de la requête, les autorités américaines avaient contesté la compétence de la Cour et la recevabilité de la demande. En 1984, la Cour confirma sa compétence et les États-Unis décidèrent alors de se retirer du procès, à la manière de mauvais joueurs¹. Condamnés en 1986 à verser une réparation pécuniaire au Nicaragua et à conclure, avec ce pays, un règlement amiable des litiges, les États-Unis refusèrent d'exécuter l'arrêt – bien que l'aide aux *Contras* eût cessé en 1984 suite à une ordonnance de la Cour². Seul le retrait du gouvernement sandiniste permit la reprise des relations entre les deux pays et la levée de l'embargo commercial³.

En pratique, rares sont les États qui ont refusé de se conformer à un arrêt de la Cour internationale de Justice. La décision de 1986 fait partie des affaires exceptionnelles (au nombre de trois) qui, depuis la création de la Cour, ont posé un problème d'exécution⁴. Le comportement des États-Unis conduit d'ailleurs le Nicaragua à saisir le Conseil de sécurité des Nations unies sur la base de l'article 94 §2 de la Charte, qui l'habilite à adopter les recommandations nécessaires. Les États-Unis opposèrent toutefois leur veto à cette saisine et la demande ne reçut aucune suite. Il

¹ L'expression est de CHEMILLIER-GENDREAU, M., « La Cour internationale de Justice entre politique et droit », *Le Monde diplomatique*, novembre 1996. Sur la contestation de compétence et le retrait des États-Unis, voir MATTAROLLO, R., « La plainte du Nicaragua contre Washington devant la cour de la Haye », *Le Monde diplomatique*, juillet 1985.

² Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 10 mai 1984, C.I.J. Recueil 1984, p. 169.

³ Le comportement officiel contraste avec l'opinion publique américaine, laquelle avait désapprouvé les choix de l'administration Reagan (CHEMILLIER-GENDREAU, M., « Comment la Cour de La Haye a condamné les États-Unis pour leurs actions en Amérique centrale », *Le Monde diplomatique*, août 1986). Après 1986, plusieurs requêtes furent introduites par des groupements devant les juridictions américaines, pour réclamer l'exécution de l'arrêt (BROODY, R., « Des citoyens américains dénoncent la violation du droit », *Le Monde diplomatique*, février 1987).

⁴ GUILLAUME, G., « De l'exécution des décisions de la Cour internationale de Justice », *Revue suisse de droit international et européen*, 1997, p. 437.

s'agit jusqu'à présent de la seconde application de l'article 94 §2¹.

L'affaire *Nicaragua* confirme l'absence de garantie absolue, dans la sphère internationale, quant à l'exécution d'une décision de justice. Elle illustre également le fait que celle-ci relève du droit aussi bien que de la politique. On doit en effet distinguer la validité d'une règle ou d'un arrêt au regard du droit – sa légalité – de sa réception effective par les acteurs internationaux – sa légitimité². Quels sont, dès lors, les facteurs qui déterminent la légitimité d'une décision et, partant, son exécution ? Avec Brant, on observera que les États sont guidés par leurs intérêts. Il s'agit, dans certains cas, de prouver leur bonne foi, d'assurer leur crédibilité sur la scène internationale ou de favoriser la paix et la sécurité internationale, dans d'autres, de protéger leurs objectifs financiers ou militaires. À la réception d'un arrêt, ils mettent en balance leurs intérêts et le respect du droit international³. Dans certains cas, légalité et légitimité peuvent coïncider. En l'occurrence, cependant, le calcul des États-Unis les a menés à écarter la règle – laquelle pesait d'autant moins lourd que le raisonnement juridique qui la sous-tendait avait été fortement critiqué. Ils ont dès lors continué à intervenir de force dans plusieurs autres pays (cf. *infra*, point B).

Plusieurs auteurs ont souligné le caractère illégal des actions des États-Unis et leur unilatéralisme dans plusieurs domaines de la politique internationale⁴. Dans le même temps, ils ont constaté leur volonté de créer de nouvelles règles de droit, dont la possibilité d'intervenir en cas de conflit humanitaire. Un point de départ, pour

¹ La première s'est inscrite dans le cadre de l'arrêt *Anglo-Iranian Oil Company* en 1951.

² En ce sens, voir CALDEIRA BRANT, L. N., « L'autorité des arrêts de la Cour internationale de Justice », in APOSTOLIDIS, C., *op. cit.*, pp. 141-168.

³ CALDEIRA BRANT, L. N., *op. cit.*, pp. 163-164.

⁴ CHEMILLIER-GENDREAU, M., « La Cour internationale de Justice entre politique et droit », *op. cit.* ; GREY, C., « From Unity to Polarization: International Law and the Use of Force against Iraq », *European Journal of International Law* (ci-après *E.J.I.L.*), 2002, p. 19 ; MANSELL, W., « Goodbye to all that? The Rule of Law, International Law, the United States, and the Use of Force », *Journal of Law and Society*, 2004, pp. 444-447 ; BRICMONT, J., *Impérialisme humanitaire : droit de l'homme, droit d'ingérence, droit du plus fort ?*, Paris, Aden, 2005.

résoudre cette contradiction, consiste à observer le mécanisme par lequel les États-Unis revendiquent ces règles : la théorie de la coutume.

2.2. La coutume comme argument d'une politique internationale

Dans les années qui ont suivi la présidence de Reagan (1981-1989) et la fin de la Guerre froide, les États-Unis ont davantage respecté les dispositions internationales en matière de droit à la force¹. Les premières opérations menées par les États-Unis pendant la première guerre du Golfe furent ainsi autorisées par le Conseil de sécurité des Nations unies². Très vite cependant, certaines actions ont posé un problème de légalité au regard de la lettre de la Charte, essentiellement au Kosovo (1999), en Afghanistan (2001) et en Irak (2002). Organisées sans l'accord du Conseil, ces interventions violaient en effet les principes d'interdiction de l'usage de la force et de l'intervention, sans rentrer dans le cadre des exceptions prévues par le chapitre VII de la Charte, à savoir la légitime défense ou l'autorisation par un organe compétent des Nations unies. Les États-Unis ont alors revendiqué l'existence de deux nouvelles exceptions : le droit à l'intervention humanitaire et la légitime défense préventive³.

Le droit à l'intervention humanitaire suppose qu'un État puisse user de la force, dans un territoire étranger, à l'encontre d'un régime qui commet de graves violations des droits de l'homme. En 1986, certains internationalistes américains avaient déjà défendu ce mécanisme et sa nature coutumière, mais plusieurs auteurs avaient affirmé son caractère illégal, se fondant sur le rejet de l'idée par la

¹ Sur la politique militaire des États-Unis depuis la présidence Reagan, voir KOHEN, M. G., « The use of force by the United States after the end of the Cold War, and its impact on international law », in BYERS, M. et NOLTE, G., *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 197-231.

² Résolution 678 du Conseil de Sécurité, S/RES/678 (1990), Irak.

³ Sur l'intervention humanitaire et sur la légitime défense préventive, nous renvoyons généralement à CORTEN, O., *op. cit.*, pp. 617-704 et pp. 741-804.

communauté internationale¹. La controverse ressurgit en 1999, lors des événements du Kosovo. Les représentants officiels des États-Unis² ainsi que du Royaume-Uni³ justifiaient en effet les opérations conduites par l'OTAN sur la base, notamment, d'un droit coutumier à l'intervention humanitaire. Certains internationalistes ont soutenu cette thèse, arguant que les tendances contemporaines de la communauté internationale témoignaient d'une préoccupation pour ce droit et qu'en conséquence la guerre du Kosovo pouvait constituer le point de départ de cristallisation d'une règle coutumière⁴. À l'opposé, d'autres auteurs ont souligné que ce type d'intervention ne correspondait ni à la pratique, ni à l'opinion des États⁵. La doctrine est aujourd'hui partagée sur la légalité du concept, certains internationalistes soutenant l'existence ou l'éclosion d'un droit coutumier, d'autres le rejetant au motif que les éléments requis sont absents : la pratique est trop ambiguë et la communauté internationale l'a condamnée à plusieurs reprises⁶.

La seconde exception défendue par les États-Unis est le droit à la légitime défense préventive. Celle-ci se différencie de la légitime défense ordinaire en ce qu'elle ne vise pas à réagir à une attaque armée réelle mais à une simple menace. Conformément à l'arrêt *Nicaragua*, le régime de la légitime défense relève du droit

¹ À titre d'exemple, voir D'AMATO, A., « Nicaragua and International Law: the 'Academic' and the 'Real' », *A.J.I.L.*, 1985, pp. 662-664 contra CASSESE, A., *Violence and Law in the Modern Age*, Cambridge, Polity Press, 1986, pp. 33-43.

² RUBIN, J. P., Déclaration du Département d'État, 14 mars 1999 (*A.J.I.L.*, 1999, p. 631).

³ Voir les extraits du 4^e rapport du Comité des Affaires étrangères à la Chambre des Communes, *International and Comparative Law Quarterly*, 2000, pp. 876-943.

⁴ CASSESE, A., « Ex iniuria ius oritur: are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community? », *E.J.I.L.*, 1999, p. 29.

⁵ KOHEN, M. G., « L'emploi de la force et la crise du Kosovo », *Revue Belge de Droit International* (ci-après *R.B.D.I.*), 1999, p. 140 ; SIMMA, B., « NATO, the UN and the use of force: legal aspects », *E.J.I.L.*, 1999, p. 1.

⁶ Voir notamment CARREAU, D., *Droit international*, Paris, Pédone, 2007, pp. 509-513 ; LABRECQUE, G., *op. cit.*, p. 497 contra ; BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 710-712 ; CORTEN, O., *op. cit.*, pp. 759-805 ; SHAW, M. N., *op. cit.*, pp. 1155-1158.

coutumier¹. Dans le cours des opérations américaines en Afghanistan et en Irak, le gouvernement américain et la doctrine ont soulevé l'existence d'une règle coutumière de légitime défense préventive. Cohan a ainsi défendu la « doctrine Bush » en affirmant qu'un pays puissant pouvait, seul et dans un laps de temps très court, créer par ses actions une coutume à laquelle les autres États ne s'étaient pas explicitement opposés². Plus prudents, d'autres internationalistes ont reconnu qu'un changement coutumier pouvait être en cours³. Par opposition, ceux qui ont nié l'existence de ce droit ont soutenu qu'un État isolé ne pouvait créer ou modifier une règle coutumière⁴ et qu'en l'espèce ni la pratique, ni l'opinion de la communauté internationale n'avaient pu contribuer à sa création⁵.

Selon Corten, le raisonnement sur les interventions humanitaires et la légitime défense préventive correspond à deux courants, chacun représentant une théorie de la coutume⁶. Le premier privilégierait la pratique des États puissants⁷, tandis que le second lui préférerait l'*opinio juris*, exprimée dans les résolutions de l'Assemblée

¹ Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (...), *op. cit.*, n° 192-201, pp. 102-106.

² COHAN, J. A., « The Bush Doctrine and the emerging Norm of anticipatory Self-Defense in Customary International Law », *Pace International Law Review*, 2003, p. 283-357 et spéc. pp. 289-304. En ce sens, voir YOO, J., « International Law and the War in Iraq », *A.J.I.L.*, 2003, pp. 563-576.

³ BOTHE, M., « Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force », *E.J.I.L.*, 2003, p. 232 et p. 236.

⁴ TOOPE, S., « Powerful but unpersuasive? The Role of the United States in the Evolution of Customary International Law » in BYERS, M. et NOLTE, G., *op. cit.*, pp. 287-316. Sur l'isolement des États-Unis et de la Grande-Bretagne par rapport au reste du monde, et notamment au sujet de leur conception du droit international, voir GREY, C., « From Unity to Polarization: International Law and the Use of Force against Iraq », *E.J.I.L.*, 2002, p. 19.

⁵ BYERS, M., « The shifting Foundations of International Law: A Decade of Forceful Measures against Iraq », *E.J.I.L.*, 2002, pp. 21-41 ; KOHEN, M. G., *op. cit.*, p. 219.

⁶ CORTEN, O., « The Controversies Over the Customary Prohibition on the Use of Force: A Methodological Debate », *E.J.I.L.*, 2005, pp. 803-822.

⁷ Pour un exemple de cette méthodologie, voir D'AMATO, A., *op. cit.*. L'auteur se prononce explicitement en faveur d'une théorie de la coutume qui prendrait en compte, non la règle invoquée par les États dans les déclarations publiques, mais celle qui correspond effectivement à leur pratique.

générale onusienne. Dans le premier courant, on retrouve majoritairement des auteurs américains ou britanniques, qui défendent le droit des États-Unis et du Royaume-Uni à intervenir dans d'autres pays. Dans le second, ce sont des internationalistes opposés à ce droit et qui proviennent essentiellement des pays européens opposés aux interventions américaines. À la lecture de ces documents, on conclut, avec Corten, que le débat porte sur la méthodologie du droit coutumier et que l'on retrouve essentiellement, d'un côté l'appel à la pratique et de l'autre, l'appel à l'*opinio juris*. Ce débat trouve son origine dans l'affaire *Nicaragua* : à l'époque, on avait critiqué le choix fait par la Cour internationale de Justice de s'écarter de la théorie classique de la coutume. Depuis lors, les États et leurs représentants n'ont eu de cesse d'avancer ou de rejeter de nouvelles règles, en opérant un retour à la théorie classique dans le cas des États-Unis, ou en défendant le choix de la Cour pour les États opposés. Ce constat permet d'éviter une certaine diabolisation de la politique américaine, puisque chaque groupe semble friand de la plasticité de la coutume.

Conclusion

La controverse sur la nature coutumière – et partant, la légalité – des interventions interétatiques imprègne le domaine du droit à la force. Les États qui défendent les principes d'interdiction du recours à la force et de l'intervention s'appuient sur la théorie de la coutume adoptée par la Cour internationale de Justice et bénéficient de la sorte de son autorité en tant qu'instance de droit. À l'opposé, les États qui ne peuvent se prévaloir de la jurisprudence – ni d'une autorisation du Conseil de Sécurité – agissent par la force et justifient ensuite leur comportement à partir d'une théorie divergente.

Selon Koskenniemi¹, la pensée juridique internationale oscille

¹ Voir KOSKENNIEMI, M., *La politique du droit international* (trad. fr.), Paris, Pédone, 2007. L'ouvrage est accompagné d'une présentation critique d'E. JOUANNET.

constamment entre deux pôles : la volonté de faire correspondre les règles de droit aux faits internationaux et celle de les étudier dans un cadre théorique posé *a priori*. La première hypothèse soulève le danger de laisser le pouvoir primer sur le droit (l'*apologie*), la seconde celui d'éloigner le droit de la réalité (l'*utopie*). Ces deux approches s'opposent et se répondent à travers des argumentations sans cesse répétées. Lorsqu'une autorité internationale prend une décision, elle opère un choix entre l'une d'elles et exprime nécessairement une préférence politique entre l'*apologie* et l'*utopie*. L'exemple de la coutume s'inscrit dans ce schéma : les uns revendiquent sa conformité aux faits, les autres aux valeurs de paix et de sécurité. Cependant, la coutume n'est pas une règle certaine, mais un concept à géométrie variable¹. Dès lors, lorsque le conflit international naît, la coutume ne clôt pas le débat : elle le nourrit. La décision judiciaire est alors une étape dans le cycle de l'argumentation. Son discours, expression d'un choix politique, sera le point de départ de nouvelles revendications coutumières.

¹ En ce sens, voir KOLB, R., *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 53-55, selon lequel la coutume ne correspond à aucun contenu déterminé mais se présente au contraire comme un « contenant » et SUR, S., « Conclusions » in JOUANNET, E. et RUIZ-FABRI, H., *Impérialisme et droit international en Europe et aux États-Unis*, Paris, Société de législation comparée, 2007, p. 322. Les anthropologues du droit formulent exactement la même remarque lorsqu'ils remettent en cause le concept de coutume africaine (LE ROY, E., « L'esprit de la coutume et l'idéologie de la loi », *La Connaissance du Droit en Afrique*, Bruxelles, A.R.S.O.M., 1984, pp. 210-240).

