

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Séance 2 - Les sources non conventionnelles du droit international public

I. La coutume	2
A) Éléments de définition	2
1) <i>Différence entre traité et coutume</i>	2
2) <i>Élément matériel : l'usus</i>	3
3) <i>Élément intentionnel : l'opinio juris</i>	4
B) Opposabilité d'une coutume	5
1) <i>Validité spatiale de la règle</i>	5
2) <i>Validité juridique de la règle</i>	5
C) Liens entre traité et coutume	6
1) <i>Codification d'une coutume préexistante</i>	6
a) <i>Principe</i>	6
b) <i>Processus de codification</i>	6
2) <i>Coutume en voie de formation à partir d'un traité</i>	7
II. Les principes généraux du droit	7
A) Présentation des principes généraux	7
1) <i>Les principes généraux DE droit</i>	7
2) <i>Les principaux généraux DU droit international</i>	8
B) Fonctions des principes généraux du droit	9
III. La jurisprudence internationale et la doctrine	9
A) La jurisprudence internationale	9
B) La doctrine	10

En vertu de l'**article 38 du statut de la cour internationale de justice** (CIJ) de 1945 le droit international est formé de sources primaires que sont les conventions internationales (cf. séance 1) et la coutume internationale **(I)** et de sources secondaires que sont les principes généraux **(II)**, la jurisprudence et la doctrine **(III)**. Ces dernières s'appliquent **subsidiativement** dans le silence des traités internationaux ou de la coutume internationale.

I. La coutume

Pour appréhender au mieux la coutume internationale, il faut étudier sa définition internationale **(A)** et son opposabilité dans le temps et l'espace **(B)**. Il est également essentiel de comprendre les liens d'interaction existants entre traité et coutume **(C)**.

A noter enfin qu'une coutume n'est pas forcément ancestrale, elle peut être récente et être tout de même considérée comme telle.

A) Éléments de définition

1) Différence entre traité et coutume

La première différence entre traité et coutume tient au fait que le traité est une source **écrite** alors que la coutume internationale demeure **non écrite**, ce qui rend sa formation plus délicate.

De plus, le traité est un **contrat** entre plusieurs sujets de droit, précédé de discussions et de négociations alors que la coutume est constituée par une **pratique générale sans négociation préalable entre États**.

Enfin, le traité a une **date d'entrée en vigueur prévisible** sur la scène internationale car elle est définie conventionnellement, ce qui n'est pas le cas de la coutume qui est « **spontanée** ». Sa date de création peut d'ailleurs faire débat devant la CIJ.

Il reste à souligner le fait que le traité est **obligatoire et opposable uniquement aux parties** au contrat alors que la coutume est **obligatoire et opposable en principe à tous les États de l'espace territorial retenu**.

2) Élément matériel : l'*usus*



Définition : En vertu de **l'article 38 b) du statut de la CIJ**, cette dernière définit la coutume internationale : « comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ».

La coutume internationale est donc formée d'un élément matériel objectif : l'*usus* et d'un élément psychologique subjectif : l'*opinio juris*. Pour déterminer l'*usus*, c'est-à-dire une pratique générale étatique, il faut alors analyser le **comportement adopté par les États**. Cette analyse est facilitée car la pratique est un élément « observable ».

Il y a une pratique générale lorsqu'il existe un **ensemble de précédents cohérents**. Ceux-ci peuvent être des précédents « **positifs** ». Ils sont alors constitués soit par des actes normatifs suivis d'effet (traités, lois, décrets, résolutions, sentences, avis, notes diplomatiques, etc.), soit par des comportements répétés dans les faits (du mimétisme). Ils peuvent également être des précédents « **négatifs** » (omission, abstention, etc.).

Dans tous les cas, ces précédents doivent être acceptés par plusieurs États comme un usage non écrit, dans un espace considéré.



À retenir : Le nombre de précédents nécessaires n'étant pas indiqué par le statut de la CIJ, il faut donc raisonner au cas par cas.

Enfin, **l'article 38 alinéa b** ne précise pas depuis combien de temps ces précédents doivent exister pour qu'une coutume internationale prenne forme.

Il faut alors envisager trois hypothèses :

- la CIJ peut déclarer elle-même qu'une coutume existe lorsqu'un litige porte justement sur cette question. Dans ce cas, il faut retenir la **date de l'arrêt de la cour ou la date choisie par la CIJ dans l'arrêt**, si celle-ci est différente.
- les États concernés peuvent également **se mettre d'accord entre eux grâce à des déclarations unilatérales simultanées**, pour acter la présence d'une telle pratique. Dans cette seconde hypothèse, la coutume existe à compter de la date de ces déclarations.
- si aucune des deux situations n'a lieu, la CIJ énonce dans un **arrêt du 20 février 1969, Affaire du plateau continental** qu'il n'est pas nécessaire que la pratique ait cours depuis des siècles mais elle doit perdurer dans le temps.



Pour aller plus loin : Luigi Ferrari-Bravo, « Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États », RCADI, 1975, p. 237.

3) Élément intentionnel : l'*opinio juris*

Pour qu'une coutume soit formée il est impératif que le sujet de droit ait également la **volonté de respecter un usage obligatoire, une règle comme étant du droit**. C'est ce que l'on appelle l'*opinio juris*.

Cette condition a été posée pour la première fois par la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans un **arrêt du 7 septembre 1927, Lotus**.



Attention : La CIJ est venue préciser les contours de cet élément subjectif : la conviction de respecter une pratique obligatoire se distingue d'un acte de simple courtoisie, de tradition ou d'opportunité. L'élément psychologique est donc plus ardu à déceler que l'élément matériel.

Question : Quel élément constitutif d'une coutume intervient en premier ?



Pour aller plus loin : Pour la théorie classique et conservatrice, l'élément matériel vient en premier : il y a des précédents qui vont inciter les sujets de droit à considérer qu'il existe un usage obligatoire.

Pour la théorie contemporaine, l'élément psychologique intervient en premier ou de manière concomitante avec l'élément matériel : chaque sujet de droit a la conviction qu'il existe un usage obligatoire avant même de l'appliquer en pratique. Cet ordre des éléments crée ainsi ce que certains auteurs appellent les coutumes « sauvages ».

B) Opposabilité d'une coutume

1) Validité spatiale de la règle

La pratique générale n'a pas à être suivie par tous les États du monde. Si c'est le cas, elle peut donner lieu à une coutume internationale « **universelle** ».

Le comportement étatique peut également être cantonné territorialement. S'il s'agit d'une pratique limitée à un continent, la coutume est dite « **régionale** ». Cette hypothèse a notamment été consacrée par la CIJ dans un **arrêt du 20 novembre 1950, Haya della Torre**. La pratique peut même être limitée à quelques États seulement et donner naissance à une coutume « **locale** », comme le consacre la CIJ dans un **arrêt du 12 avril 1960, Droit de passage en territoire indien**, voire une coutume « **bilatérale** » (que deux États).

2) Validité juridique de la règle

Pour être lié par une coutume, il n'est pas exigé qu'un État ait participé à sa formation ou qu'il en ait expressément accepté l'existence.

Toutefois, un État peut toujours refuser de suivre une pratique générale. La coutume ne lui est pas applicable s'il refuse explicitement son application à chaque fois qu'un précédent se présente. Il est alors un « **objecteur persistant** ».



À retenir : Cette objection est offerte aux États au nom de leur souveraineté étatique.

C) Liens entre traité et coutume

1) Codification d'une coutume préexistante

a) Principe

La codification par un traité international d'une coutume préexistante est un processus de conversion d'une norme non écrite vers une norme conventionnelle.

Elle permet, en modifiant et complétant les règles coutumières si besoin, de **préciser les engagements des États et surtout d'apporter la garantie de leur consentement explicite dans un cadre contractuel**. Elle a donc un objectif de sécurité juridique.

Elle donne également la possibilité aux nouveaux États, qui n'auraient pas participé à la formation de la coutume, de faire entendre leur position.



Attention : La codification ne fait cependant pas disparaître le droit coutumier qui garde son applicabilité propre entre les États tiers ou entre les États parties au traité codificateur et les États tiers. Le traité et la coutume sont donc des sources complémentaires.

b) Processus de codification

Le processus de codification peut se faire de deux manières.

Premièrement, par la voie classique c'est-à-dire à **l'initiative directe des États** en suivant les règles internationales relatives à la création des traités (contenues dans la **convention de Vienne sur le droit des traités de 1969**).

Secondement, à **l'initiative de l'organisation des nations unies (ONU) par le biais de sa commission de droit international créée en 1948**. Cette commission, composée de trente experts indépendants, est saisie pour procéder au travail de codification. Elle recense alors les pratiques générales sur une même matière et rédige un projet de texte. Ce projet est discuté en commission en présence de représentants des États concernés et le texte est alors adopté ou rejeté. Il est ensuite transmis à l'assemblée générale de l'ONU. Si le texte est validé par l'assemblée générale, elle doit réunir une conférence internationale de codification composée des représentants des États. Le texte est enfin voté, puis adopté ou rejeté par les États, avec ou sans réserve.



Exemple : Ce procédé a été utilisé notamment pour le droit coutumier de la mer codifié lors de la conférence de Genève en 1958 dans quatre conventions internationales.

2) Coutume en voie de formation à partir d'un traité

Une coutume naît d'une pratique générale constituée de précédents. Parmi ces précédents il peut exister un traité international à l'origine de la pratique générale.

II. Les principes généraux du droit

A) Présentation des principes généraux

1) Les principes généraux DE droit



Définition : En vertu de **l'article 38 c) du statut de la CIJ**, les principes généraux de droit prennent naissance dans les principes préexistants « *reconnus par les nations civilisées* ». Ils demeurent alors distincts de la coutume internationale.

Ces principes constituent un fond commun de règles juridiques générales. En effet, ils **reprennent les règles politico-juridiques communes présentes dans les systèmes internes des États de droit civil et de *common law***, gouvernant les relations interétatiques. A ce titre, le qualificatif de nations « civilisées » est aujourd'hui jugé obsolète.



Exemple : C'est le cas des principes de l'autorité de chose jugée, de l'indépendance des juridictions, de l'impartialité des juges, de l'enrichissement sans cause, de l'obligation de se comporter de bonne foi ou encore du procès équitable.

Dans l'ordre juridique international, ces principes sont appliqués par les États **de manière supplétive en l'absence d'un traité ou d'une coutume**. Ils sont cependant souvent rapidement codifiés ou deviennent rapidement une règle coutumière. Leur valeur est donc **évolutive**.



Attention : Les principes généraux de droit ne doivent pas être confondus avec l'équité, qui elle vise des principes idéaux de justice.

2) Les principaux généraux DU droit international

Ces principes sont **très variables** et sont dégagés par les juges internationaux mais ils ne connaissent pas de définition claire.

Cependant, contrairement aux principes généraux de droit qui proviennent des droits internes, la doctrine s'entend sur le fait que les principaux généraux du droit international **naissent directement du droit international** (généralement des traités internationaux ou des coutumes internationales).



Exemple : C'est le cas des principes de souveraineté étatique, de l'égalité entre États sur la scène internationale, du non recours à la force armée, du règlement pacifique des conflits, du principe de non ingérence ou encore du principe « *pacta sunt servanda* » (respect des traités internationaux).



Pour aller plus loin : Certains de ces principes sont assimilables pour la doctrine à des normes impératives appelées « *jus cogens* ».

B) Fonctions des principes généraux du droit

Les principes généraux du droit sont appliqués par les juges internationaux de **manière supplétive**, en l'absence de traités internationaux ou de coutumes internationales adéquates. Ils les aident dans leur réflexion.



À retenir : Cela évite qu'ils statuent « *ex aequo et bono* » c'est-à-dire en équité, selon ce qui leur semble juste.

III. La jurisprudence internationale et la doctrine

La jurisprudence internationale **(A)** et la doctrine **(B)** ne sont pas à proprement parlé des sources autonomes du droit international. Elles sont **des moyens auxiliaires qui permettent de clarifier les règles et de les mettre en ordre.**

A) La jurisprudence internationale

La jurisprudence internationale désigne **l'ensemble des sentences arbitrales et des décisions judiciaires rendues par des juges internationaux.** Ces décisions deviennent parfois de véritables principes.



Exemple : Les arrêts de la CIJ ont notamment apporté des précisions sur la souveraineté territoriale, le droit d'asile diplomatique ou encore le non recours à la force armée.

En théorie, les sentences et les arrêts ont la même valeur juridique mais en pratique **les arrêts prédominent** souvent auprès des gouvernants. De même, ces derniers accordent généralement **plus d'importance aux décisions des tribunaux permanents** qu'à celles des tribunaux provisoires.

Enfin, à noter que la jurisprudence internationale peut parfois constituer un précédent notable pour la naissance d'une pratique générale et donc pour une coutume internationale.

B) La doctrine

La doctrine apporte une **analyse critique**, ce qui favorise l'émergence d'un meilleur droit positif. **L'article 38 d) du statut de la CIJ** vise à ce titre les « publicistes les plus qualifiés des différentes nations ».

La **commission de droit international** met en avant le travail de certains auteurs célèbres. Il s'agit d'un organe de l'ONU, chargé de la codification et du développement progressif du droit international et dont le siège se trouve à Genève en Suisse.



Exemple : René-Jean Dupuy, Alain Pellet et Mathias Forteau font partie des auteurs français les plus connus en la matière.



Attention : La doctrine reste néanmoins une source peu citée car négligeable. En pratique, les juges internationaux et les arbitres n'y ont jamais recours.