

## Deuxième partie : La Formation du droit international

### Introduction : Formation du droit et sources.

Évoquer la notion de source reviendra à rechercher d'où proviennent les règles applicables dans la société internationale, à comprendre comment se forment les règles qui régissent la vie de la société internationale.

Cela supposera que nous précisions dès le départ un certain nombre de notions, de " principes opératoires ", et que notre entreprise soit située dans le temps.

#### a) Sources formelles et sources matérielles du Droit international public.

- On appellera " **sources formelles** " du Droit international public ", les procédés d'élaboration du droit, les techniques qui permettent de produire du droit positif .

*Exemple* : coutume, traités, accords en forme simplifiée, actes unilatéraux etc...

- On appellera " **sources matérielles** " du droit international public, les fondements de cette règle de droit. Fondements politiques, sociologiques, moraux etc... Leur étude pourra être déterminante pour comprendre l'émergence du droit positif, même si elles ne créent pas directement de normes obligatoires.

*Exemple* : les [résolutions non obligatoires de l'AG ONU](#) devront être prises en considération pour comprendre le processus contemporain de règles conventionnelles ou coutumières. Cf. débat sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

*Exemple* : importance dans le contentieux de la référence au " droit en formation ", en " transformation ", à la " soft law ". Cf. Arrêt de la [CIJ](#), du 24 février 1982, dans l' " *Affaire du plateau continental Tunisie-Libye* ".

#### b) Sources formelles et normes juridiques.

Il ne faut pas confondre norme juridiques internationales et sources formelles du droit international

- Par "**norme**" on entendra le contenu, la substance, d'une règle élaborée selon la procédure correspondant à une "**source formelle**"

**Exemple** : *le droit de passage inoffensif dans la mer territoriale est une norme dont la source formelle est l'article 17 de la convention de Montego Bay du 10 décembre 1982.*

- Une même norme peut être issue de plusieurs sources formelles différentes.

**Exemple** : On pourra fonder le principe du respect des traités sur la règle coutumière "pacta sunt servanda", ou sur l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

**Exemple** : des normes relatives à la délimitation du plateau continental, identiques en substance, peuvent avoir un fondement conventionnel pour certains et un fondement coutumier pour d'autres.

**Exemple** : le contenu des conventions sur le droit de la mer peut avoir un fondement conventionnel pour les uns et coutumiers pour les autres. Cf. arrêt de la [CIJ](#), du 20 février 1969, dans l' "**Affaire du plateau continental de la mer du Nord**".

- Inversement une même source peut donner naissance à de nombreuses règles de contenu très varié.

**Exemples** : Il suffira de faire référence à n'importe quel traité.

### c) Hiérarchie des sources et hiérarchie des normes.

Nous devons à cet égard faire une différence entre le droit interétatique et le droit des organisations internationales.

#### 1-droit interétatique.

En droit international interétatique, le problème de la hiérarchie des sources et de la hiérarchie des normes peut être évoqué à travers trois observations :

- On observera tout d'abord que , **pour les sources, le principe est qu' il n'existe pas de hiérarchie** en droit international. L'article 38 du statut de la [CIJ](#), que nous évoquerons bientôt, ne fait allusion à aucune hiérarchie des sources évoquées.

Ainsi que l'expliquent Daillier et Pellet : "*Il n'est pas possible de poser, en postulat général, que les traités l'emportent nécessairement sur la coutume ou inversement. Il en irait autrement si, par une procédure centralisée, l'une des sources disposait d'une primauté incontestée. l'Etat actuel de la société internationale, encore largement décentralisée, interdit une telle conclusion*".

On pourra également faire référence à l'arrêt de la [CIJ](#), du 27 juin 1986, dans l' " *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* " , lorsqu'il dispose qu'il y a " *aucune raison de penser que, lorsque le droit international coutumier est constitué de règles identiques à celles du droit conventionnel, il se trouve " supplanté " par celui-ci au point de n'avoir plus d'existence propre* " .

- Pour autant , on observera ensuite que l'absence de hiérarchie **a priori** entre sources formelles n'entraîne pas l'absence de rapport entre les sources. Il est souvent nécessaire de concilier plusieurs sources au stade de l'élaboration ou de la preuve du droit positif

**Exemple** : portée des conventions de codification de la coutume.

- Enfin, on soulignera que le fait que les sources formelles du droit international ne soient pas hiérarchisées, ne doit pas pour autant conduire à croire qu'il n'existe pas de **hiérarchie entre les normes juridiques**.

Sans doute cette hiérarchie ne pourra pas être déduite de l'origine de ces normes (puisque'il s'agit de sources formelles non hiérarchisées), mais elle peut résulter d'autres caractéristiques :

- degré de généralité des règles en cause ;
- position chronologique ;

Nous l'étudierons lorsque nous verrons les conflits entre normes juridiques.

On observera qu'il existe au moins un cas où le droit international pose le principe de la hiérarchie des normes juridiques . Il nous est donné par l' Art.53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969 , lorsqu'il dispose:

" *Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général* " .

Il s'agit bien de norme impérative (=donc hiérarchiquement supérieure) et non de procédé d'élaboration des normes, en l'espèce un traité. ...procédé d' élaboration de normes conventionnelles.

## **2- droit des organisations internationales**

L'absence de hiérarchie des sources ne vaut que pour le droit interétatique. Il en va différemment dans les systèmes plus organisés que sont ceux des organisations internationales.

Lorsqu'à une hiérarchie des organes correspond une hiérarchie des actes émis par chacun deux, il existe bien une hiérarchie entre les procédés d'adoption des actes juridiques, entre les sources formelles propres aux organes en cause. La hiérarchie des organes, correspond à la hiérarchie des

actes, qui correspond à la hiérarchie des normes.

**Note** : En allant un peu plus loin et en invoquant, à ce propos, le conflit entre droit interétatique et droit des organisations, on pourrait peut être s'interroger sur l'autorité reconnues aux "[décisions](#)" du [Conseil de sécurité](#) sur la norme conventionnelle. Cf. Ordonnances dans l' "*Affaire de Lockerbie* ", du 14 avril 1992.

#### **d) L'article 38 du Statut de la CIJ**

Lorsque l'on évoque les sources du droit international public, il est fait immédiatement référence à l'article 38 du statut de la Cour International de Justice , qui en donne une énumération. L'article 38 dispose en effet :

" 1. La Cour... applique :

" a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ;

" b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;

" c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;

" d. sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination de la règle de droit.

" 2. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex æquo et bono* ".

L'importance de cet article est évidente. Tous les membres des Nations Unies étant parties au statut de la Cour, se trouvent liés par lui et son champ d'application s'étend pratiquement à toute la société internationale. La référence que l'on y fait permet dès lors de présenter une énumération universellement acceptée des sources formelles du DIP.

Partant de cette base, il était alors d'usage de'articuler le cours autour de cette question en :

- sources principales :

- sources écrites : (traités) ;

- sources non écrites ( : coutume)

- sources subsidiaires :

- les principes généraux du droit

- la jurisprudence et la doctrine.

- l'équité venant ensuite, à la place spéciale qui lui est réservée.

Bien que cet article soit toujours en vigueur il apparaît aujourd'hui, à la lecture des décisions rendues par la [CIJ](#) que l'énumération contenue dans l'article 38 ne correspond plus à la situation actuelle.

Cette énumération ne permet pas ainsi de prendre en compte certaines sources du droit qui se sont particulièrement développées depuis 1945 : le droit des organisations internationales ; ni des actes unilatéraux des Etats et des OI qui peuvent aussi constituer des sources du droit international. Il faudra par conséquent la compléter et aller au delà de son énumération. C'est ce que nous ferons dans les différents titres qui suivront.