
Les sources du droit international public

par Kristin Bartenstein

Le droit international public régit les relations internationales. Il s'applique aux sujets du droit international public, soit principalement les États et les organisations intergouvernementales. Comme dans les ordres juridiques internes, les États contrôlent dans une large mesure la production normative dans l'ordre international. Les sources du droit international public présentent néanmoins des caractéristiques propres. Beaucoup d'aspects des relations internationales ne sont pas réglés de manière détaillée, si bien que la densité normative du droit international public n'est pas comparable à celle du droit interne. Le droit international public se distingue aussi par la relativité de bon nombre de ses règles, car tous les sujets ne sont pas soumis aux mêmes règles.

L'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice* énumère les sources du droit applicable par la Cour dans le règlement des différends qui lui sont soumis¹:

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :
 - a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États 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 des règles de droit.

¹ *Statut de la Cour internationale de Justice* (annexé à la *Charte des Nations Unies*), 26 juin 1945, 15 CNUCIO 365.

Les trois premiers sous-paragraphes énumèrent des sources dites formelles du droit international, tandis que le dernier sous-paragraph mentionne des sources appelées informelles ou auxiliaires. À noter qu'il ne s'agit pas d'une liste exhaustive.

La présente capsule donne un aperçu des sources reconnues du droit international public (1) et des éléments situés à la marge (2), puis elle aborde les conflits qui peuvent survenir entre ses normes (3).

1 Les sources du droit international public

1.1 Le traité

La source la plus importante en pratique est la convention internationale, appelée aussi traité. Selon la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, elle-même un traité, il s'agit « d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international »². Ses règles s'appliquent par analogie aux traités des organisations intergouvernementales. La forme que prend le traité importe peu : il peut s'agir d'un instrument unique ou d'instruments multiples. Sa dénomination n'a pas d'importance non plus : traité, convention, accord, entente, protocole, pacte, charte, compromis, etc. Le traité crée une relation conventionnelle, analogue à un contrat, entre des sujets du droit international. Le formalisme, parfois très important, caractérise ce procédé de production normative.

Les traités se comptent par dizaines de milliers, allant des textes structurant les relations internationales, comme la *Charte des Nations Unies*³, aux textes plus techniques, comme le *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*⁴. Le traité déploie ses effets à partir de son entrée en vigueur⁵. En principe, il ne lie que les sujets qui ont exprimé leur consentement à être liés⁶, soit les « parties » ou les « États parties »⁷. Un traité ne crée pas de droits et d'obligations pour les « tiers » ou les

² *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 354, art 2(1)(a).

³ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, 15 CNUCIO 365.

⁴ *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, 16 septembre 1987, 1522 RTNU 41.

⁵ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 2, arts 24 et s.

⁶ Sur les modes d'expression du consentement, voir *ibid*, arts 11 et s.

⁷ *Ibid*, art 2(1)(g) : dans le cas d'un État, il devient un État partie.

« États tiers »⁸, sauf de manière exceptionnelle⁹. Ce principe, qui trouve son fondement dans la souveraineté des États, engendre la relativité des traités.

1.2 La coutume internationale

Contrairement aux traités, la coutume internationale naît d'un processus spontané de formation du droit. Elle requiert la rencontre de deux éléments : la pratique étatique (*consuetudo* ou élément matériel) et la conviction des États de se conformer à une obligation juridique (*opinio juris* ou élément mental)¹⁰. La pratique étatique est attestée par un usage constant, général et uniforme. Sa confirmation découle d'une observation empirique du comportement des États.

L'*opinio juris* correspond à l'état d'esprit dans lequel l'État adopte une pratique donnée. Il doit agir non pas par simple opportunité politique, mais par conviction de devoir agir ainsi. Cette conviction constitue l'élément véritablement normatif de la coutume, celui qui lui donne son caractère de source du droit. Elle est établie à l'aide d'éléments très divers, qui éclairent la motivation derrière le comportement étatique. Il peut s'agir, par exemple, de déclarations d'États agissant individuellement, collectivement ou par l'intermédiaire d'organisations intergouvernementales. Il peut s'agir aussi de travaux parlementaires ou de décisions jurisprudentielles internes.

L'existence d'une coutume donnée est généralement constatée par la jurisprudence, notamment internationale, et parfois par la doctrine ou les États eux-mêmes. À noter que les organisations intergouvernementales peuvent aussi faire naître des coutumes ou contribuer à leur formation.

La coutume internationale est une source de droit dont le contenu est souvent général. Son rôle est celui de « réservoir », mais aussi de « catalyseur » de normes¹¹. Réservoir, car même en l'absence de règles conventionnelles, il est rare que l'on conclue à un *vide juridique*: une règle coutumière est susceptible de régir la question, du moins dans

⁸ *Ibid*, art 2(1)(h).

⁹ *Ibid*, arts 34 et s.

¹⁰ Voir : *Plateau continental (Jarnahiriya arabelibyenne/Malte)*, arrêt, [1985] CIJ Rec 13 à la p 29, para 27.

¹¹ Patrick Daillier *et al*, *Droit international public*, 8^e éd, Paris, LGDJ, 2009 à la p 373, para 218.

les grandes lignes. Catalyseur, car il n'est pas rare qu'une règle coutumière émerge de comportements éclatés. Il arrive qu'elle soit ensuite codifiée dans un traité, ce qui lui confère une double existence, coutumière et conventionnelle.

Il existe des coutumes bilatérales, régionales et internationales. Dans les deux derniers cas se pose la question de l'opposabilité de la coutume. Étant donné sa formation décentralisée, tous les États n'y ont pas nécessairement contribué. Or, la coutume est opposable aux États restés passifs (effet *erga omnes*). Toutefois, l'objection persistante permet à un État qui n'arrive pas à empêcher la formation de la coutume d'échapper à son application (coutume inopposable).

1.3 Les principes généraux du droit

Les principes généraux du droit sont une autre source dont la formation échappe à un procédé formel. Ce sont des principes issus des ordres juridiques internes et transposables dans l'ordre juridique international. Un principe est général s'il est présent dans la plupart des systèmes juridiques internes, ce qui se vérifie grâce au droit comparé. Il est transposable si son application est compatible avec les spécificités de l'ordre juridique international et s'il peut être adapté au besoin. Le travail d'identification des principes généraux du droit est essentiellement accompli par la jurisprudence et la doctrine.

La caractéristique principale de cette source est la généralité des principes qui la composent. En font partie, entre autres, la bonne foi, la force majeure, le principe que nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ou celui qu'on ne peut être juge et partie. Ce sont des principes structurants du droit, qui servent à soutenir des arguments fondés par ailleurs sur des règles conventionnelles ou coutumières. Ils fournissent aussi un bassin de règles générales sur lesquelles le juge international peut appuyer sa décision en cas de lacune pour éviter le *non liquet*, c'est-à-dire l'impossibilité de statuer, faute de règle spécifique.

1.4 L'acte unilatéral

Bien que passés sous silence dans l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice*, les actes unilatéraux sont une source de droit, comme l'a reconnu la Cour

internationale de Justice¹². Les États et les organisations intergouvernementales posent sans cesse des gestes unilatéraux et certains les engagent internationalement. Pour avoir un effet obligatoire, l'acte unilatéral doit être imputable au sujet de droit international concerné, être adopté à l'intérieur de sa compétence et exprimer sa volonté. Or, en raison de la souveraineté des États, il faut distinguer l'acte autonormateur, qui vise à engager son auteur, et l'acte hétéronormateur, qui vise à engager un tiers. Le premier déploie son effet sans plus; c'est le cas de la notification, la promesse, la reconnaissance, la protestation et la renonciation, entre autres. Le second ne déploie son effet généralement que si le tiers y consent.

Les organisations intergouvernementales agissent également au moyen d'actes unilatéraux tels la recommandation, la résolution, l'avis consultatif ou la décision. Les actes autonormateurs visant la gestion interne de l'organisation ou l'engagement de l'organisation vis-à-vis des tiers ont généralement un effet obligatoire. Les actes hétéronormateurs visant des membres de l'organisation ou des sujets de droit international non membres ont généralement un effet obligatoire seulement s'ils sont acceptés par ces tiers. Seule la décision du Conseil de Sécurité des Nations Unies lie les membres de l'organisation (et probablement même les non membres de l'ONU) dans tous les cas, même contre leur gré¹³. Les actes qui n'ont pas de force obligatoire font partie de la *soft law*, dont il sera question ci-dessous.

1.5 La jurisprudence

La jurisprudence comprend les décisions juridictionnelles (ou judiciaires), les avis consultatifs et les décisions arbitrales. La Cour internationale de Justice est la seule juridiction universelle et générale. Il existe par ailleurs de nombreux tribunaux régionaux, tels que la Cour de l'Union européenne, ou spécialisés, tels que le Tribunal international du droit de la mer. Certains sont à la fois régionaux et spécialisés, comme c'est le cas de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. À cela s'ajoutent les tribunaux d'arbitrage constitués de manière *ad hoc* par les États.

¹² *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, [1974] CJI Rec 253 aux pp 267 et s.

¹³ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 3, art 25.

Les décisions ont force obligatoire pour les parties au litige et constituent donc une source de droit qui régit leurs relations. Les précisions que la jurisprudence apporte quant à la détermination et à l'interprétation du droit ont aussi une autorité normative plus large. L'argumentation juridique s'appuie régulièrement sur des « précédents » tirés de la jurisprudence.

1.6 La doctrine

La « doctrine des publicistes les plus qualifiés », pour reprendre la formule de l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice*, renvoie aux écrits des auteurs, sociétés savantes et organes ou organisations internationaux qui se livrent à des réflexions en droit basées sur une expertise juridique reconnue. Comme la jurisprudence, la doctrine a une fonction d'élucidation du droit qu'elle remplit à travers des descriptions et des explications, la théorisation et la critique.

2 À la marge des sources du droit international public

2.1 La *soft law*

La *soft law* (ou droit mou) représente un cas particulier. En dépit de son nom, il ne s'agit pas d'une source juridique. L'expression renvoie plutôt à un ensemble d'actes sans force obligatoire en droit, mais dont les effets sur le comportement des sujets du droit international sont bien perceptibles. Le corpus de la *soft law* est constitué notamment des recommandations faites par les organes d'organisations intergouvernementales, dont les Nations Unies, et des déclarations faites par des États, individuellement ou collectivement.

Les débats animés qui entourent la formulation et l'interprétation de certaines recommandations ou déclarations sont le signe d'un effet certain de la *soft law*. Le comportement qui s'en réclame et la justification accompagnant la conduite qui s'en écarte le sont également. Or, cet effet est politique ou moral, mais pas juridique. Le rôle de la *soft law* dans la conduite des relations internationales ne doit pas être sous-estimé puisque la sanction politique est parfois plus persuasive que la force obligatoire d'une règle juridique.

Il n'est pas rare que la *soft law* soit invoquée au soutien d'une argumentation juridique. Parfois, elle donne naissance à une règle conventionnelle ou se cristallise dans une règle coutumière.

2.2 Les autres documents

Les États, les organisations intergouvernementales et les organisations non gouvernementales produisent un grand nombre de documents qui n'ont pas d'effet juridique direct en droit international public, mais qui jouent néanmoins un rôle important dans l'encadrement des rapports juridiques entre les sujets de droit. Il peut s'agir de documents produits dans le cadre d'une négociation. Ils forment les travaux préparatoires du traité, considérés comme un moyen complémentaire d'interprétation¹⁴. D'autres documents servent à informer les organes internes touchés par une question de droit international public. Les organisations non gouvernementales, alors qu'elles ne sont pas considérées comme des sujets du droit international, produisent également des documents pertinents pour le droit, notamment lorsqu'elles fournissent des avis d'expert soutenant des négociations internationales ou le travail d'organisations intergouvernementales.

Même s'ils n'ont pas d'effet juridique en tant que tels, ces documents peuvent apporter un éclairage sur l'interprétation du droit par l'un de ses sujets ou influencer la façon dont une question est appréhendée par le droit.

3 Les conflits de normes

Étant donné le caractère décentralisé du droit international, les conflits de normes ne sont pas rares. Deux principes entrent alors en jeu.

3.1 L'absence de hiérarchie entre les sources

Les conflits peuvent survenir entre des régimes juridiques issus de la même source, soit deux régimes conventionnels ou deux régimes coutumiers. Ils peuvent aussi résulter d'une contradiction entre une norme issue d'une source et une norme issue d'une autre

¹⁴ Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 2, art 32.

source, tel un conflit entre une règle conventionnelle et une règle coutumière. Il est souvent possible de réduire la contradiction grâce à l'interprétation.

En cas de conflit irréductible entre des normes issues d'une même source, les règles de conflit peuvent s'avérer utiles. Selon la maxime *lex posterior derogat legi priori*, la règle la plus récente l'emporte et selon la maxime *lex specialis derogat legi generali*, la règle spéciale l'emporte sur la règle générale.

Si le conflit oppose des règles issues de sources différentes, il faut savoir qu'il n'existe aucune hiérarchie entre elles. Ainsi, une règle conventionnelle ne l'emporte pas sur une règle coutumière pour la seule raison qu'elle est issue d'un traité. Or, ce résultat peut être obtenu s'il ressort des circonstances, notamment grâce au recours aux règles de conflit mentionnées plus haut, que le traité devait, dans la relation donnée, déroger à la coutume.

3.2 La hiérarchie entre les normes

Le *jus cogens*, soit l'ensemble des règles impératives du droit international, occupe une place particulière en droit international public. Aucune dérogation n'est admise à ces règles. Par conséquent, en dépit de l'absence de hiérarchie entre les sources du droit, il existe une hiérarchie entre les normes : la norme appartenant au *jus cogens* l'emporte toujours sur toute autre norme. Le *jus cogens* émerge le plus souvent comme coutume, mais il peut être codifié, comme ce fut le cas pour l'interdiction d'agression¹⁵. En droit des traités, le principe de supériorité du *jus cogens* signifie qu'un traité est nul s'il contrevient à une règle impérative¹⁶, que celle-ci soit coutumière ou conventionnelle.

Références

Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, 15 CNUCIO 365 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 RTNU 354 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

¹⁵ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 3, art 2 no 4 et *Définition de l'agression*, Rés AG 3314 (XXIX), A/RES/3314 (1974), 148.

¹⁶ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 2, arts 53 et 64.

Convention de Vienne sur le droit des traités des organisations internationales, 21 mars 1986, A/CONF.129/15 (non en vigueur).

Statut de la Cour internationale de Justice (annexé à la *Charte des Nations Unies*), 26 juin 1945, 15 CNUCIO 365.

Jean-Maurice Arbour et Geneviève Parent, *Droit international public*, 7^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2017.

Patrick Daillier *et al*, *Droit international public*, 8^e éd, Paris, LGDJ, 2009.

Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon

Faculté de droit, Université Laval
Pavillon Charles-De Koninck, local 6257
1030, avenue des Sciences-Humaines
Québec (Québec) G1V 0A6
CANADA

Courriel : crj@fd.ulaval.ca

Twitter : [@CRJ_LP_Pigeon](https://twitter.com/CRJ_LP_Pigeon)

*Capsule mise à jour le 14 avril 2020