

COURS DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

PARTIE I : LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL

INTRODUCTION & LA COUTUME

Prof HZAINE EL HASSANE

INTRODUCTION LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Distinctions entre sources matérielles – sources formelles

Les sources matérielles sont les causes profondes de la formation d'une règle. Des causes sociales, historiques, politiques ou encore idéologiques expliquent pourquoi une règle a dû être établie.

Ex : L'émergence d'infractions sur le web et les média sociaux a incité à la révision du code pénal
Internet a également obligé les états à réviser leur droit des affaires (signature et contrat électronique etc ...)

Les sources formelles sont les procédés d'élaboration du droit. Ils sont le mode par lequel est établie ou constatée une règle applicable. Elles vont permettre d'introduire le contenu au droit positif. Les traités sont des sources formelles

INTRODUCTION LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Article 38 du statut de la CIJ met en lumière les différentes sources applicables au règlement des différends.

L'article les énumère comme suit :

- A- Les conventions internationales (traités)
- B- La coutume internationale
- C- Les principes généraux de droit
- D- La doctrine et les décisions judiciaires (comme moyen auxiliaire de détermination; elles ne constituent donc pas des sources)

Cette liste a été reprise des statuts de la CPJI (créeée par la Société des Nations en 1920). Depuis lors, une série de nouvelles sources à importance croissante sont apparues :

- les actes des organisations internationales ; - les actes unilatéraux des Etats : déclarations d'un Etat qui peuvent avoir des effets d'un point de vue international.

INTRODUCTION LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

1- **En droit international, il n'y pas de hiérarchie entre les sources.** Le système est décentralisé, il n'y a pas d'autorité qui va produire des normes de façon autoritaire qui vont s'imposer à l'ensemble des Etats.

Les destinataires des normes sont aussi les producteurs des normes (et vice-versa).

On ne peut pas privilégier une norme selon sa source, mais nous pouvons la préférer en raison d'autres facteurs. Par exemple, la règle la plus récente l'emporte sur la plus vieille, la norme la plus précise l'emporte et le traité spécialisé l'emporte sur le traité général.

2- **La doctrine et les décisions judiciaires** sont des « moyens auxiliaires » donc ne constituent pas une source, néanmoins, en pratique, la jurisprudence est fondamentale.

3- **il y a omission des actes unilatéraux.**

***LA HIÉRARCHIE DES NORMES EN DROIT INTERNATIONAL:
JUS COGENS, OBLIGATIONS ERGA OMNES, ARTICLE 103 DE LA CHARTE DES
NATIONS UNIES***

Il n'y a pas non plus de hiérarchie des normes internationales mais certaines règles de droit international sont plus importantes que d'autres, du fait de l'importance de leur contenu ainsi que de l'acceptation universelle de leur supériorité.

I- Le jus cogens les normes impératives du droit international (jus cogens, art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) :

toute norme «acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise»

Le contenu du jus cogens. Les exemples les plus fréquemment cités de normes de *jus cogens* sont l'interdiction de l'agression, de l'esclavage et de la traite des êtres humains, du génocide, de la discrimination raciale, de l'apartheid et de la torture, ainsi que les règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés,

***LA HIÉRARCHIE DES NORMES EN DROIT INTERNATIONAL:
JUS COGENS, OBLIGATIONS ERGA OMNES, ARTICLE 103 DE LA CHARTE DES NATIONS UNIES***

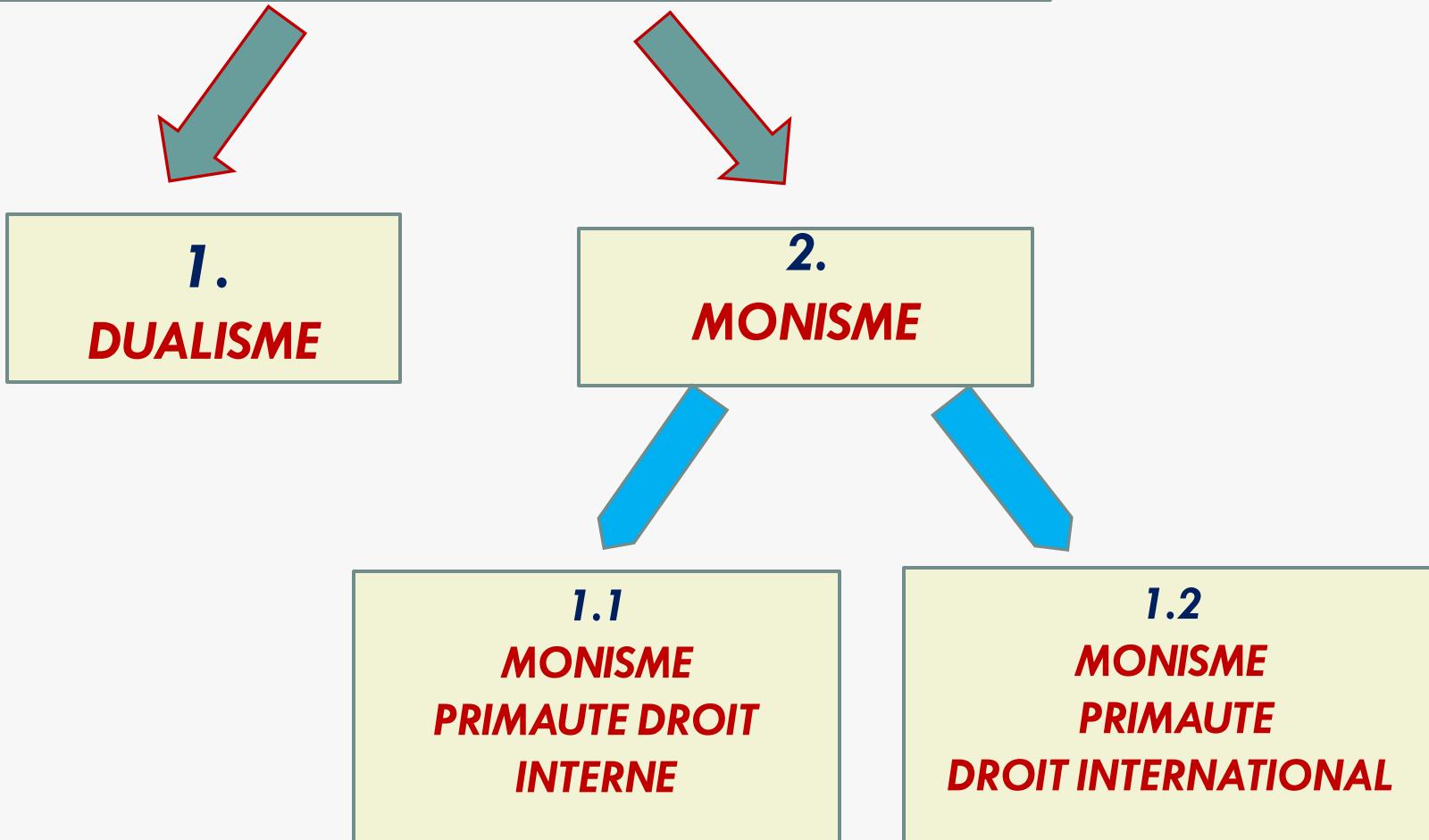
II- Une règle de droit international peut être également supérieure à d'autres en vertu d'une disposition conventionnelle.

Ainsi, [l'Article 103](#) de la Charte des Nations Unies dispose: «En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la [...] Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront.».

III- Les Obligations Erga Omnes.

une obligation erga omnes (qui s'impose à tous) est: «... une obligation relevant du droit international général à laquelle un État est tenu en toutes circonstances envers la communauté internationale, en raison de ses valeurs communes et de son intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous les États à réagir»(Institut de droit international)

Rapports du droit international public et du droit interne



- RAPPORTS DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ET DU DROIT INTERNE

Deux théories s'affrontent : le « **dualisme** » et le « **monisme** ».

A/ le « **dualisme** » :

- ❖ *le droit international et le droit interne sont deux disciplines indépendantes l'une de l'autre*
- ❖ *la validité d'une règle d'un ordre juridique n'est pas fonction de sa validité dans l'autre ordre. Si une loi interne est en contradiction avec un traité international, la loi interne et le traité seront tous deux obligatoires, chacun dans leur ordre juridique respectif.*
- ❖ *Une norme de droit international n'est valable dans l'ordre interne que si elle a été reçue dans cet ordre : un tribunal interne n'applique une règle de droit international que si elle a été transformée en règle de droit interne. Ce que les auteurs dualistes appellent « **réception** » ou « **renvoi** ».*

- RAPPORTS DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ET DU DROIT INTERNE

B/ « Le monisme » Deux écoles se réclament de la théorie « moniste ».

La première école Le « monisme » avec primauté du droit interne

- ❖ le droit interne est supérieur au droit international parce qu'il n'y a pas d'autorité au-dessus des Etats pour assurer l'application du droit international.
- ❖ le juge de droit interne appliquera les règles internationales, à l'exception de celles qui sont contraires au droit interne.

La seconde école le monisme avec supériorité du droit international sur le droit interne.

- ❖ Le droit International est supérieur au droit interne, est nulle de plein droit toute loi qui n'est pas conforme au droit international.
- ❖ Un traité ou une coutume qui sont obligatoires dans l'ordre international le sont aussi dans l'ordre interne et le juge doit les appliquer

Le principe d'une primauté du droit international sur le droit interne est aujourd'hui largement reconnu.

RAPPORTS DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ET DU DROIT INTERNE CAS DU MAROC

La constitution de Juillet 2011 se prononce pour la 1^{ère} fois sur la place des normes internationales dans l'ordre juridique

LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION de Juillet 2011 stipule ce qui suit:

«accorder aux conventions internationales dûment ratifiées par lui, dans le cadre des dispositions de la Constitution et des lois du Royaume, dans le respect de son identité nationale immuable, et dès la publication de ces conventions, la primauté sur le droit interne du pays, et harmoniser en conséquence les dispositions pertinentes de sa législation nationale. »

Le Royaume du Maroc exprime ainsi sa volonté de rejoindre l'approche moniste internationaliste

Cependant plusieurs éléments nous permettent en effet de considérer que la Constitution demeure au sommet de l'édifice normatif marocain

RAPPORTS DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ET DU DROIT INTERNE CAS DU MAROC

la primauté du droit international conventionnel est accordée par le Maroc « dans le respect de son identité nationale immuable », au sein de laquelle prédomine la religion musulmane (David Melloni revue Pouvoirs 2013)

Le droit International a un rang supra législatif, il est situé dans la hiérarchie des normes à un niveau inférieur à la Constitution et supérieur à la loi, pourtant si une convention de DIP est contraire à une loi marocaine, c'est la loi qui prévaut (ex des conventions des droits de la personne qui ne peuvent enfreindre les valeurs musulmanes du Royaume du Maroc (ex l'héritage qui découle directement de l'application stricte des préceptes de la Charia).

Dans la pratique marocaine les traités l'emportent généralement sur la loi.

A. LA COUTUME

Historique:

Pendant longtemps, l'essentiel du droit international a été de type coutumier (ex droit de la mer, droit de la guerre, droit diplomatique et consulaire etc....)

Au 20^{ème} et 21^{ème} Siècles le phénomène coutumier est beaucoup plus difficile à saisir. En effet, le milieu international semble moins favorable à l'éclosion de coutumes en raison du plus grand nombre d'Etats et surtout de leur hétérogénéité.

Les pays du tiers-monde contestent nombre de règles coutumières nées avant leur accession à l'indépendance estimant qu'elles s'étaient élaborées en dehors d'eux (ce qui est historiquement incontestable) et parfois contre eux (ce qui est plus que discutable). Autrement dit, la coutume, élaborée par les nations fortes, ne servait que les intérêts de ces dernières.

A. LA COUTUME

Définition :

D.Carreau & Marrella « D'une façon très large, la coutume peut être définie comme étant une « règle non écrite mais de caractère obligatoire pour les sujets de droit »

L'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice qui la définit « comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ».

La coutume est définie au paragraphe 71 de l'Affaire du plateau continental de la mer du Nord comme une « pratique générale acceptée comme étant le droit »

A. LA COUTUME

Caractères particuliers de la coutume

La coutume présente deux difficultés majeures :

1. ***Il faudrait prouver son existence***

1. ***délimiter les contours précis de son contenu***

La doctrine et surtout la jurisprudence jouent un rôle important dans l'identification et la détermination du contenu de la règle coutumière.

En effet, quand le juge ou l'arbitre va reconnaître l'existence d'une coutume, il la crée par la même occasion ; et on peut se demander ici où finit la reconnaissance et où commence la création de la règle coutumière.

A. LA COUTUME

LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA COUTUME



1.
**L'ÉLÉMENT
MATÉRIEL**
Consuetudo



2.
**L'ÉLÉMENT
PSYCHOLOGIQUE :**
L'OPINIO JURIS
NECESSITATIS

A. LA COUTUME

a) Élément matériel (objectif) Consuetudo

La pratique doit être constante, générale et uniforme.

(i) **La constance de la pratique**

La pratique qui doit être prolongée et continue et suivie par les États pendant longtemps. Un acte isolé ne peut pas donner naissance à une règle coutumière.

Cependant, on accepte aussi que les caractères peu anciens d'une pratique. Il faut s'assurer qu'il a eu intensité et fréquence pour accepter la brièveté de la pratique. (Arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord)

(ii) **La généralité de la pratique**

Faut que la généralité des États suive la pratique. Universalité. Il ne faut pas que ça soit une unanimité des États, mais suffisamment généralisée. Il existe des coutumes régionales/continentales qui lient les États de ces régions. Il existe aussi des coutumes bilatérales.

(iii) **L'uniformité de la pratique**

Elle doit être concordante. Le comportement des États doit être identique.

A. LA COUTUME

B) L'élément psychologique : L'opinio juris

L'élément matériel n'est pas suffisant pour constituer une règle générale de droit international; l'élément psychologique est aussi un élément essentiel.

En plus de devoir exercer une pratique générale, constante et uniforme, les États doivent avoir le sentiment d'être obligés d'exercer ladite pratique, et non seulement par courtoisie ou tradition; ces dernières ne constituent pas l'opinio juris sive necessitatis.

Dans l'Affaire du plateau continental, au paragraphe 77, la Cour a souligné

« Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils 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. » car beaucoup d'actes sont « motivés par des considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition »

l'inclusion de l' élément subjectif dans la définition de la coutume sert principalement à distinguer entre les pratiques que les États reconnaissent comme obligatoires et les pratiques qui sont dénuées de la reconnaissance de la force obligatoire.

A. LA COUTUME

la CIJ Affaire du plateau continental de la mer du Nord Entre L'Allemagne de l'Ouest, le Danemark et les Pays-Bas, des États limitrophes, cherchaient à délimiter le plateau continental qu'ils partageaient et ils ont demandé à la Cour d'identifier les règles de délimitation applicables.

La Cour devait notamment déterminer si la règle de l'équidistance, prévue à l'article 6 de la Convention sur le plateau continental de 1958, était une règle coutumière qui a été codifiée par la Convention ou qui s'était cristallisée en règle coutumière après l'adoption de la Convention. Après avoir rejeté la première possibilité, la Cour a examiné des cas d'application antérieurs de la règle de l'équidistance dans la délimitation d'un plateau continental. Elle a **noté qu'il n'y avait pas une pratique suffisamment générale et fréquente** de la part des États d'appliquer cette règle pour délimiter le plateau continental qu'ils partageaient.

De plus, la Cour n'aurait pas pu conclure que la règle de l'équidistance s'était cristallisée en règle coutumière parce que **l'existence de l'opinio juris n'avait pas été prouvée**.

Affaire Lotus la Cour n'aurait pas pu conclure que la règle de la compétence de l'Etat du pavillon s'était cristallisée en règle coutumière

A. LA COUTUME

L'opposabilité de la Coutume

L'opposabilité de la coutume est *erga omnes*, c'est-à-dire qu'elle s'applique à tous, sauf à ceux qui s'y sont opposés.

Il est important de rappeler qu'un État ne peut seulement s'opposer qu'à une règle coutumière en formation, une fois que la règle est établie, cette dernière devient opposable à tous, sauf, encore une fois, ceux qui s'y seraient opposés durant sa formation.

Théorie de l'Objecteur Persistant: Dans l'Affaire des pêcheries norvégienne (1951), la Norvège s'était toujours opposée à la règle des 10 milles marins, règle qui était en processus de formation. La cour a donc jugé cette règle inopposable à la Norvège.

A. LA COUTUME

Codification de la coutume internationale

La notion de codification

c'est « une opération consistant essentiellement à remplacer un droit de nature coutumière, formé d'une manière spontanée au cours des siècles [...], par un droit de formation volontaire consacré dans des textes écrits»

Il existe deux acceptations possibles de la notion de codification (l'une *stricto sensu* et l'autre *lato sensu*), la différence résultant de l'intégration ou non du concept de développement progressif du droit dans la notion de codification.

l'expression 'développement progressif du droit international vise les cas où il s'agit de rédiger des conventions sur des sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international ou relativement auxquels le droit n'est pas encore suffisamment développé dans la pratique des États.

L'article 13/1/a) de la Charte de l'ONU nous dit que l'Assemblée générale a pour but de « provoquer le développement progressif du droit international et sa codification »

- La codification est généralement effectuée par la Commission du Droit International.

A. LA COUTUME

Les effets de la codification

Effet déclaratoire :

« Un effet déclaratoire d'une coutume déjà existante, simple transcription qui lui apporte une expression écrite, sans ajouter à son contenu normatif ni à son statut de règle de droit. C'est l'effet d'une codification stricto sensu »

Effet cristallisant :

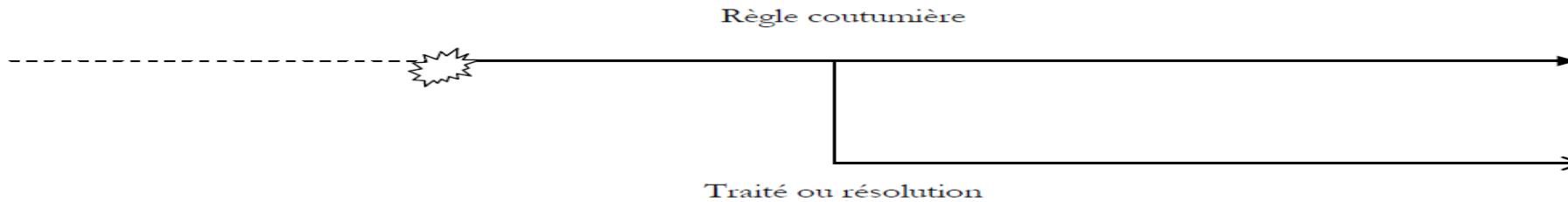
« [U]n effet cristallisant une coutume naissante, dont le processus de maturation en tant que règle coutumière est mené à travers l'élaboration, la négociation et l'adoption du traité de codification ; de sorte que la norme coutumière et son reflet codifié achèvent leur parcours en même temps, l'un portant l'autre dans sa lancée au point d'aboutissement [...] »

Effet générateur :

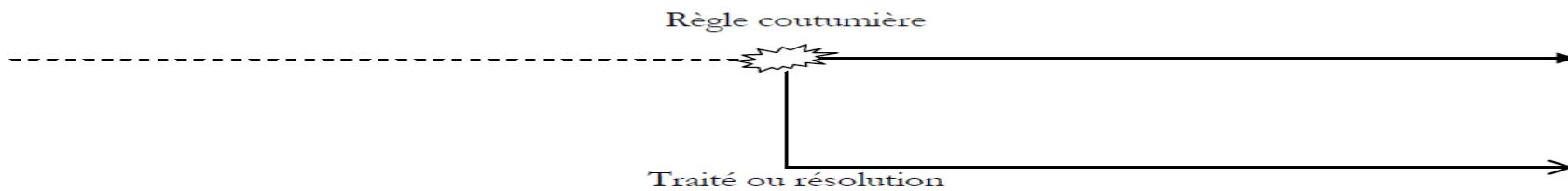
« [U]n effet générateur d'une nouvelle coutume, partant du texte et à son image. La convention propose à la communauté internationale une solution commode à un certain problème ; la pratique internationale la suit, la règle conventionnelle finit par se doubler d'une règle coutumière. Contrairement à l'effet déclaratoire, où la coutume est à la base du texte (son input), la coutume est ici le produit du texte (son output) »

Les effets des résolutions ou traités de codification sur la coutume

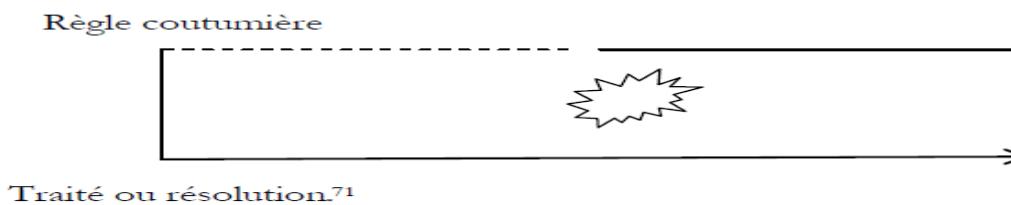
i) Effet déclaratoire



ii) Effet cristallisant



iii) Effet générateur



Légende :

« ----- » : processus de formation de la règle coutumière

« » : émergence de la règle coutumière

« » : existence de la règle coutumière