

# **Droit international public**

Nguyen Quoc Din †

**Patrick Daillier  
Mathias Forteau  
Alain Pellet**

**avec la collaboration de Daniel Müller**

Formation du droit, Sujets  
Relations diplomatiques et consulaires  
Responsabilité, Règlement des différends  
Maintien de la paix  
Espaces internationaux  
Relations économiques, Environnement

8<sup>e</sup> édition

**L.G.D.J**

**lextenso éditions**

J. KAMMERHOFER, « Uncertainty in the Formal Sources of International Law : Customary International Law and Some of its Problems », *EJIL* 2004, p. 523-553.

V. aussi la bibliographie citée *supra* sur le n° 58.

**207. La coutume, source formelle du droit international.** — La coutume, en tant que mode ou processus d'élaboration du droit (et non en tant que norme juridique : v. *supra*, n° 60), est-elle une source formelle du droit ? Une réponse positive s'impose car il s'agit bien d'un procédé, régi par le droit international, et autonome par rapport à d'autres modes tel le mode conventionnel, qui autorise à exprimer des règles de droit (v. *supra*, n° 59). Ce que confirme l'article 38 du Statut de la CIJ, en parlant de « preuve » d'une pratique générale, acceptée « comme étant le droit ». Il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une source d'une nature particulière et même controversée.

Il est certes admis par tous que le processus coutumier n'est parfait que par la réunion de deux éléments. « Ainsi que la Cour [internationale de Justice] l'a déclaré, la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États (*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, CIJ Recueil 1985, p. 29, § 27) » (avis du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace et de l'emploi des armes nucléaires*, Rec. p. 253 ; v. aussi sentence sur la compétence, *United Parcel Service of America c. Canada* [CNUDCI], § 84).

Un premier élément consiste dans l'accomplissement répété d'actes dénommés « précédents » : c'est l'élément *matériel* ou *consuetudo*, qui peut n'être au départ du processus qu'un simple usage. Le second est constitué par le sentiment, la conviction des sujets de droit, que l'accomplissement de tels actes est obligatoire parce que le droit l'exige : d'où la qualification d'élément *psychologique* ou le recours à la formule latine de *l'opinio juris sive necessitatis*.

Le débat contemporain porte surtout sur le déroulement de ce processus. Faut-il nécessairement, comme le soutient la doctrine « classique », qu'une certaine pratique se soit développée avant que l'on puisse s'interroger sur l'existence de *l'opinio juris* et en chercher la preuve, ou bien peut-on écarter toute antériorité d'un élément par rapport à l'autre ? Alors que l'on affirmait traditionnellement que l'élément psychologique était l'aboutissement de l'accumulation des précédents, la pratique contemporaine permet de reconnaître dans *l'opinio juris* le point de départ du processus coutumier : aux coutumes « sages » du passé s'ajouteraient ainsi des coutumes « sauvages », à partir de « tendances » progressivement cristallisées. Cette incertitude sur l'enchaînement des étapes prouve la souplesse de ce mode de formation ; elle n'en altère pas l'unité.

Il n'est pas moins vrai que le processus coutumier diffère à bien des égards du processus conventionnel, ce qui explique certaines hésitations de la doctrine volontariste :

— la source coutumière ne bénéficie pas de l'expression d'une volonté mais s'appuie sur la conviction qu'une règle existe ;

— elle ne résulte pas d'un acte juridique mais de comportements émanant des sujets de droit ;

— le processus est particulièrement « décentralisé », sa chronologie est moins claire que celle du processus conventionnel.