

RETOUR SUR LA DISTINCTION ENTRE SOURCES MATÉRIELLES  
ET FORMELLES DU DROIT INTERNATIONAL  
CHEZ GEORGES SCELLE, LAZARE KOPELMANAS  
ET SIR GERALD FITZMAURICE

David RICHÉ  
*Doctorant à l'IHEI*

Georges SCELLE,  
« Essai sur les sources formelles du droit international »  
(1934)

Lazare KOPELMANAS,  
« Essai d'une théorie des sources formelles  
du droit international »  
(1938)

Sir Gerald FITZMAURICE,  
« Some Problems Regarding the Formal  
Sources of International Law »  
(1958)

**La problématique des sources a toujours occupé une place centrale dans la doctrine internationaliste, et cette dernière ne semble d'ailleurs pas se lasser de les repenser<sup>1</sup>, les réévaluer<sup>2</sup>, les revisiter<sup>3</sup>, ou de les déconstruire<sup>4</sup>. Cependant, tous les aspects de cette question**

<sup>1</sup> G. J. H. VAN HOOFF, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer, Kluwer, 1983, xiv-324 p.

<sup>2</sup> C. PARRY, *The sources and evidences of international law*, Manchester, Manchester University Press, 1965, vii-122 p., spéc. p. 14.

<sup>3</sup> I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisités. Vol. 1 : Normes internationales et constitutionnelles*, Limal/ Bruxelles, Anthemis/Université Saint-Louis, 2012, XIV-687 p. ; I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisités. Vol. 4 : Théorie des sources du droit*, Limal/Bruxelles, Anthemis/Université Saint-Louis, 2012, 1030 p.

<sup>4</sup> G. ABI-SAAB, « Les sources du droit international : Essai de déconstruction », in *Le droit international dans un monde en mutation. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo*

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire  
et auprès des éditions A.Pedone  
13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

sans fond ne bénéficient pas du même intérêt dans la doctrine contemporaine, certains ne semblent même plus étudiés. Ainsi, les écrits récents sur la distinction entre sources formelles et matérielles du droit international se font rares, et ce vocabulaire semble même disparaître des manuels de droit international public les plus récents. Cela veut-il pour autant dire que ces notions et cette distinction sont aujourd'hui dépassées voire désuètes ? Afin de tenter de trouver une réponse à cette question, il convient de revenir à la teneur de cette distinction et pour cela de se tourner vers les grandes pages du droit international, en particulier vers les contributions de Georges Scelle<sup>5</sup>, Lazare Kopelmanas<sup>6</sup> et Sir Gerald Fitzmaurice<sup>7</sup> sur ce point.

Il n'est sans doute pas nécessaire de s'attarder longuement sur la présentation de Georges Scelle (1878-1961), sa réputation le précédant largement. Celui qui fût professeur à Dijon, Genève puis à la Faculté de Paris jusqu'à la fin de sa carrière en 1948, est considéré comme le fondateur de la théorie de l'objectivisme sociologique en droit international. Loin de se satisfaire de son rôle d'universitaire, il fût également un membre actif des nombreuses institutions et organisations internationales (Organisation internationale du travail, Cour permanente d'Arbitrage, Commission du droit international...) et conseil de la France devant la Cour internationale de Justice. Auteur prolifique dont certains ouvrages sont désormais des classiques incontournables<sup>8</sup>, la question de la distinction entre sources formelles et matérielles n'occupe pourtant pas une place très importante dans ses écrits. En dehors de l'article qui intéresse notre étude et dont l'objet fût dicté par le thème général des *Mélanges* auxquels il appartient, Georges Scelle n'est revenu que succinctement sur cette question dans ses ouvrages généraux.

Lazare Kopelmanas (1907-1980) est certainement l'auteur le plus méconnu des trois mais il n'est cependant pas le moins intéressant. Docteur de la Faculté de Paris, il y fût ensuite maître de conférences

---

*Jiménez de Arechaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, 2 vol., xii-1358 p., vol. I, spéc. pp. 29-49.

<sup>5</sup> G. SCELLE, « Essai sur les sources formelles du droit international », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, Paris, Sirey, 1934, vol. III, xviii-546 p., spéc. pp. 400-430.

<sup>6</sup> L. KOPELMANAS, « Essai d'une théorie des sources formelles du droit international », *Revue de droit international*, t. XXI, 1938, n° 1, pp. 101-150.

<sup>7</sup> Sir G. FITZMAURICE, « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law », in *Symbolae Verzijl : présentées au Professeur J.H.W. Verzijl à l'occasion de son 70<sup>e</sup> anniversaire*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1958, viii-453 p., spéc. pp. 153-176.

<sup>8</sup> G. SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématiques*, Paris, Sirey, 1932-34, 2 vol., xv-312-5-5 p., 558-5 p.

SOURCES MATÉRIELLES ET FORMELLES (SCELLE, KOPELMANAS ET FITZMAURICE)

puis professeur au sein de l'Institut des Hautes Études Internationales (IHEI). En parallèle, il fût également conseil de la France devant la Cour internationale de Justice. Élève de G. Scelle qui dirigea sa thèse<sup>9</sup>, on retrouve les traces de son amitié pour lui dans la contribution qu'il rédige dans ses *Mélanges* et dans les articles qu'il lui consacre<sup>10</sup>. Cela ne le conduit pas pour autant à adhérer aveuglement à la pensée scellienne, allant même jusqu'à la critiquer, parfois. L. Kopelmanas montre un intérêt particulier pour la question des sources du droit international à laquelle il va consacrer plusieurs écrits successifs : l'article qui intéresse particulièrement notre étude constitue l'aboutissement d'une réflexion générale entamée plus tôt par des articles consacrés aux principes généraux et à la coutume<sup>11</sup>.

A la différence des deux précédents, Sir Gerald Fitzmaurice (1901-1982) n'est pas un universitaire mais un praticien du droit international, il reste néanmoins reconnu comme « *one of the great masters of international law* »<sup>12</sup>. Formé au *Foreign Office* britannique, il fût notamment le représentant du Royaume-Uni pour la rédaction du Statut de la Cour internationale de Justice avant d'être son conseil dans plusieurs affaires. Reconnu pour son expertise, il fût notamment Rapporteur spécial sur le droit des traités pendant son passage à la Commission du droit international (1955-1960), qu'il quitta ensuite pour siéger à la Cour internationale de Justice (1960-1973) puis à la Cour européenne des droits de l'homme (1974-1980)<sup>13</sup>. Egalement auteur de plusieurs contributions doctrinales, son parcours et son expérience influent largement sur ses travaux. Ces derniers portent naturellement plutôt sur des aspects pratiques et procéduraux du droit international laissant majoritairement de côté des considéra-

<sup>9</sup> L. KOPELMANAS, *De l'ordre juridique déterminant les autorités compétentes pour conclure les traités internationaux*, thèse de doctorat, Faculté de droit de Paris, 1945, 156 p.

<sup>10</sup> L. KOPELMANAS, « La théorie du dédoublement fonctionnel et son utilisation pour la solution du problème dit des conflits de lois », in *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, 2 vol., VIII-913 p., spéc. pp. 753-803 ; L. KOPELMANAS, « La pensée de Georges Scelle et ses possibilités d'application à quelques problèmes récents du droit international », *JDI*, vol. 88, 1960, pp. 350-375 ; L. KOPELMANAS, « In Memoriam : Georges Scelle », *Tribune de Genève*, 10 janvier 1961.

<sup>11</sup> L. KOPELMANAS, « Quelques réflexions au sujet de l'article 38, 3° du Statut de la Cour permanente de Justice internationale », *RGDIP*, vol. 43, 1936, pp. 285-308 ; L. KOPELMANAS, « Custom as a Means of the Creation of International Law », *BYBIL*, vol. 18, 1937, pp. 127-151.

<sup>12</sup> Sir R. Y. JENNINGS, « Foreword », in J. G. MERRILLS, *Judge Sir Gerald Fitzmaurice and the Discipline of International Law*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, xvi-340 p., spéc. p. ix.

<sup>13</sup> Pour une biographie plus complète et une analyse de sa contribution au droit international, v. J. G. MERRILLS, *ibid.*

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

tions théoriques<sup>14</sup>. Son article publié dans *Symbolae Verzijl* est en cela remarquable qu'il est l'un des rares écrits qu'il consacre à une question *a priori* purement théorique – bien que son analyse, nous le verrons, s'enrichisse de son expérience de praticien.

La contribution de ces trois auteurs à la théorie des sources du droit international est fondamentale. Leurs articles, maintes fois cités, analysés ou commentés par leurs successeurs<sup>15</sup>, y font figure de références incontournables. Ils contribuent en particulier à éclairer la distinction entre les notions de sources matérielles et de sources formelles du droit international. Leurs analyses permettent de comprendre que si la distinction entre sources formelles et matérielles a fait les grandes heures de la théorie classique des sources, elle n'a cependant jamais échappé aux difficultés liées à l'imprécision de ces notions (I) et aux controverses pouvant naître des tentatives d'identification des sources formelles (II). Ainsi, les limites inhérentes à la distinction et l'évolution du droit international conduisent aujourd'hui à conclure que cette construction théorique ne paraît plus adaptée à décrire les phénomènes normatifs internationaux contemporains (III).

I. LES IMPRÉCISIONS  
DES NOTIONS DE SOURCE MATÉRIELLE ET FORMELLE

A titre préliminaire, il convient de noter que nos trois auteurs ont des approches différentes du sujet qui nous intéresse, différences qui auront une influence sur leur façon de traiter le sujet et sur les réponses apportées. Tout d'abord, G. Scelle et L. Kopelmanas proposent de

<sup>14</sup> Son Cours général fait à l'Académie de La Haye fait figure d'exception sur ce point car il en consacre une grande partie à des considérations « *mainly philosophical* » : Sir G. FITZMAURICE, « The General Principles of International Law Considered From the Standpoint of the Rule of Law », *RCADI*, vol. 92, 1957, pp. 1-227, spéc. pp. 5-128. Pour une liste de ses principales publications, v. J.G. MERRILLS, *ibid.*, pp. 103-105.

<sup>15</sup> V. par exemple : M. SØRENSEN, *Les sources du droit international : Etude sur la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale*, Copenhague, E. Munksgaard, 1946, 274 p., spéc. pp. 13-27 ; C. PARRY, *The sources and evidences of international law*, Manchester, Manchester University Press, 1965, vii-122 p. ; G. MORELLI, *Nizioni di diritto internazionale pubblico*, Padova, CEDAM, 1967, 7<sup>a</sup> ed., XX-385 p. (trad. R. KOLB, Paris, Pedone, 2013, 295 p.) ; Ch. ROUSSEAU, *Droit international public. Tome I, Introduction et sources*, Paris, Sirey, 1970, 464 p. ; G. ABI-SAAB, « Les sources du droit international : Essai de déconstruction », in *Le droit international dans un monde en mutation. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Arechaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, 2 vol., xii-1358 p., pp. 29-49 ; P.-M. DUPUY, « Théorie des sources et coutume en droit international contemporain », in *ibid.*, pp. 51-68 ; P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international : Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 297, 2002, pp. 1-489, spéc. pp. 187-199 ; F. HORCHANI, *Les sources du droit international public*, Paris, LGDJ, 2008, 2<sup>e</sup> éd., 344 p. ; A. PELLET, « Article 38 », in A. ZIMMERMANN, C. TOMUSCHAT, K. OLLERS-FRAM *et al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice : a Commentary*, Oxford, OUP, 2012, lii-1745 p., spéc. pp. 731-870.