

## CHAPITRE X LA COUTUME

**Bibliographie sommaire** : (ABI-SAAB, « La coutume dans tous ses états », dans *Mélanges R. Ago*, 1987, t.I, p.55 ; G. ARANGIO-RUIZ, « Customary Law : a few more thoughts about the Theory of « Spontaneous International Custom », *Mélanges J. Salmon*, 2007, p.93 ; M. AKEHURST, « Custom as a Source of International Law », *B.Y.B.I.L.*, vol. 47, 1974/5, pp. 1-53 ; J.A. BARBERIS, « Réflexions sur la coutume internationale », *A.F.D.I.*, 1990, 9 et ID., « La coutume est-elle une source formelle du droit international ? », *Mélanges M. Virally*, 1991, p.43 ; BAXTER, « Treaties and Custom », *R.C.A.D.I.*, 1970-I, t.129, p.25 ; I. BROWNLIE, « Some Problems in the Evolution of the Practice of States as an Element of Custom », *Mélanges Arangio-Ruiz*, t.I, 2004, p.313 ; A. CASSESE, J.H. WEILER (eds.), *Change and Stability in International Law Making*, Berlin-New York, De Gruyter, 1988 ; J. CHARNEY, « Universal International Law », *A.J.I.L.*, 1993.529 ; J. CHARPENTIER, « Tendances de l'élaboration du droit international public coutumier », in *L'élaboration du droit international public*, Paris, Pedone, 1975, p.105 ; Y. DINSTEIN, « The interaction between Customary International Law and Treaties », *R.C.A.D.I.*, 2006, t.322, p.243 ; R.J. DUPUY, « Coutume sage et coutume sauvage », in *Mélanges Rousseau*, 1974, p. 75 ; ID., « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la « soft law », in *L'élaboration du droit international public, op. cit.*, 132 et s. ; FERRARI-BRAVO, « Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats », *R.C.A.D.I.*, 1985-III, t.192, p.233 ; P. GUGGENHEIM, « Les deux éléments de la coutume en droit international », *Mélanges Scelle*, 1950, 1, 275 et s. ; ID., « L'origine de l'*opinio juris sive necessitatis* comme deuxième élément de la coutume dans l'histoire du droit des gens », in *Mélanges Basdevant*, 1960, 258 et s. ; P. HAGGENMACHER, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *R.G.D.I.P.*, 1986.5 ; E. JIMENEZ DE ARECHAGA, « La costumbre como fuente del derecho internacional », *Homenaje al pr. Miaja de la Muella*, Madrid, Tecnos, 1979, t.1, p. 375 ; J. KAMMERHOFER, « Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems », *E.J.I.L.*, 2004.523 ; M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument. Reissue with New Epilogue*, Cambridge, CUP, 2005, chap. 6 ; M. MENDELSON, « The Formation of Customary International Law », *R.C.A.D.I.*, 1998, v.272, p.155 ; PERRAU-SAUSINNE, MURPHY (eds.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge, CUP, 2007 ; A. ROBERTS, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation », *A.J.I.L.*, 2001.757 ; O. SCHACHTER, « New Custom, Power, *Opinio Juris* and Contrary Practice », in *Mélanges Skubiszewski*, 1996, p.531 ; L. SOHN, « Unratified Treaties as source of Customary International Law », *Mélanges W. Riphagen*, 1986, p.231 ; B. STERN, « La coutume au cœur du droit international : quelques réflexions », in *Mélanges Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 479 et s. Voir aussi les actes du colloque de Genève de la S.F.D.I. (*La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004) ainsi que les rapports du

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](mailto:librairie@apedone.net) - site : [www.pedone.info](http://www.pedone.info)

## LES NORMES NON ÉCRITES

Comité Spécial sur la Formation de la Règle coutumière présentés aux conférences d'Helsinki (1996) et Taipei (1998) de l'International Law Association.)

### INTRODUCTION

#### i — Définition

**1. Terminologie imprécise** — 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 », et cela dans un système juridique donné.

En droit international, la terminologie employée n'est pas toujours exempte d'imprécision. Si la doctrine n'a aucune réticence à qualifier de coutume une règle particulière du droit international, il n'en va de même de la C.I.J. La Cour en effet emploie fort rarement le mot coutume ou l'adjectif coutumier ; elle préfère souvent utiliser des expressions analogiques du type « droit commun », « droit international général » voire « principes du droit international », au risque ici d'entraîner une confusion avec les principes généraux du droit.

**2. Consécration par l'article 38 du statut de la C.I.J.** — La coutume est expressément consacrée comme étant une source du droit international par le célèbre article 38 du Statut de la Cour internationale de justice qui la définit « comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ».

#### ii — Une source de droit commune à l'ordre interne et à l'ordre international

**3. La source première du droit** — La coutume comme règle de droit existe aussi bien dans l'ordre interne que dans l'ordre international. Initialement, avant la naissance de l'Etat moderne ou même d'un pouvoir organisé, la coutume a constitué la *seule* source de droit. Dans l'ordre interne, la coutume, sans doute, a été battue en brèche par la création d'Etats organisés se caractérisant par la présence d'un *législateur* prétendant avoir le monopole de l'édition des règles juridiques. Dans l'ordre international, le même phénomène, toutes proportions gardées bien sûr, s'est produit avec l'apparition et la multiplication des *traités bi- et multilatéraux*, notamment de ceux d'entre eux *codifiant* les normes coutumières antérieures ; dans le même sens, l'apparition et le développement des *organisations internationales* en tant qu'institutions « normatives » semblent de nature à restreindre le rôle des règles coutumières.

**4. Une source battue en brèche** — En bref, en droit interne, la coutume recule devant la loi, tandis qu'en droit international elle plie devant *le traité, l'accord, voire l'acte unilatéral*. Entre sujets du droit des gens, on peut se demander s'il n'y a pas là un mouvement général qui caractérise l'histoire contemporaine, à savoir le recul du droit non écrit devant l'offensive du droit écrit. Autrement dit, la coutume ne serait-elle pas ainsi condamnée comme étant une source *désuète et grossière* du droit ? Dans la réalité rien n'est moins sûr.

**5. Une source subsidiaire** — Il convient de noter que la coutume a toujours eu un rôle subsidiaire, ou, du moins, relativement marginal depuis les temps modernes. Sans doute a-t-elle une importance plus grande dans les pays de *common law* que

## CHAP. X. LA COUTUME

dans ceux de *droit écrit*. Encore, là aussi, convient-il d'introduire des nuances. Ainsi un pays comme les Etats-Unis, appartenant initialement à la famille de la *common law*, voit la part coutumière se rétrécir progressivement au profit d'un droit législatif et réglementaire.

**6. Une source utile par sa souplesse** — Toutefois, on rencontre encore la coutume dans des domaines où le droit a besoin de souplesse car le droit écrit ne peut être en permanence adapté pour suivre toutes les nécessités du moment ; en outre, il est toujours difficile de le modifier. La coutume est susceptible d'introduire un élément de souplesse. C'est ainsi qu'on la rencontre dans l'ordre interne, dans le domaine du droit commercial, qui consacre des *pratiques*, des *usages*, des *coutumes*. C'est ainsi encore qu'en raison de sa souplesse on la rencontre dans le domaine du droit constitutionnel dans la mesure où la *loi fondamentale* est toujours un texte qu'il n'est pas simple d'amender.

### iii — Une place privilégiée en droit international

7. — En droit international, la coutume a toujours tenu *une place plus importante* qu'en droit interne. La raison en est simple et elle s'explique par le fait que, dans l'ordre international il n'existe pas, comme dans l'ordre interne, de législateur centralisé. Pendant longtemps, l'essentiel du droit international a été de type coutumier. Maintenant 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*. C'est ainsi que beaucoup de 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) ; dans cette optique, certains ont cru pouvoir affirmer avec le juge BEDJAOUI que la « coutume, par nature avait toujours été antidémocratique » (*Pour un nouvel ordre économique international*, U.N.E.S.C.O., 1979, p. 137). Autrement dit, la coutume, élaborée par les nations fortes, ne servait que les intérêts de ces dernières. Cependant, ces pays ne sont pas pour autant hostiles au phénomène coutumier lui-même dans la mesure où celui-ci a maintenant principalement pour cadre des organisations internationales où ils l'emportent en raison de leur nombre : dès lors, par le biais de résolutions appropriées, ces pays ont le sentiment d'influer directement sur la naissance et le contenu des règles coutumières qui leur seraient favorables (sur ce débat, voir G. DE LACHARRIÈRE, « La politique juridique extérieure », *op. cit.*, pp. 27-48). En revanche, le phénomène coutumier va se trouver *facilité* par l'existence d'organisations internationales qui peuvent contribuer à la création de coutumes – régionales ou universelles – qui leur sont propres en fonction de l'aire géographique de ces institutions.

Dans le même sens, *l'émergence de nouveaux sujets du droit international*, notamment les *entreprises multinationales*, est favorable au développement du processus coutumier ; ainsi – et nous l'avons déjà signalé –, en matière financière et monétaire internationale, des *règles coutumières* ont été créées par « le pouvoir bancaire international privé » ; et ces règles coutumières régissent le fonctionnement de marchés aussi importants que ceux des euro-devises et des euro-obligations (voir *supra*, Chapitre V). A cela il suffit de rajouter les usages du commerce

#### LES NORMES NON ÉCRITES

international et la modelisation contractuelle à l'échelle transnationale, expressions d'un droit global des marchés qui était presque inconnu à la majorité des internationalistes du siècle passé (v. par ex. E. LOQUIN, L. RAVILLON, « La volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé », in *La mondialisation du droit*, E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN (dir.), Paris, 2000, p.19).

En bref le *droit transnational* actuel contient de nombreux éléments coutumiers.

#### iv — Coutume et traité

**8. — Coutume et traité possèdent une égale autorité : un traité peut modifier une coutume et inversement.** En la matière, la règle normale de règlement des conflits de lois dans le temps – la *lex posterior* – trouve pleinement à s'appliquer. En outre, coutume et traité apparaissent comme deux normes juridiques complémentaires et non antinomiques. Telle est la situation générale. Ainsi que le reconnaît clairement la Convention de Vienne de 1969, un traité de codification ne porte pas atteinte au caractère obligatoire d'une coutume préexistante (article 43), tandis qu'une règle conventionnelle est susceptible de donner ultérieurement naissance à une norme coutumière (article 38). Mais il y a plus. En effet, phénomène contemporain frappant, la coutume arrive à porter ombrage au traité, dans la mesure où il est admis qu'elle peut naître plus facilement. Ainsi les Etats peuvent être tentés de ne pas ratifier un traité de codification s'ils considèrent que certaines de ses dispositions possèdent déjà une valeur coutumière. De ce fait, ils évitent d'être liés par les dispositions du traité qui apparaissent ne pas correspondre à leurs intérêts, pour n'être obligés que par les règles de nature coutumière. Tel fut le sort de la Convention de Montego-Bay du 10 décembre sur le droit de la mer qui, bien qu'entrée en vigueur le 16 novembre 1994, ne fut ratifiée par aucun pays maritime majeur.

#### v — Les difficultés propres à la coutume

**9. Une difficile démonstration** — La coutume présente, à l'évidence, deux difficultés particulières. Il s'agit, en effet, d'abord d'arriver à en prouver *l'existence et ensuite d'en délimiter les contours précis.*

A ces fins *d'identification* et de *détermination* du contenu de la règle coutumière, il convient d'insister sur l'importance des « sources auxiliaires du droit international » que sont la *doctrine* et surtout la *jurisprudence*. Sur ce point, il faut noter l'importance fondamentale du juge ou de l'arbitre. 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. Il y a là des éléments d'incertitude et d'imprécision qui expliquent les réticences des juristes, surtout ceux de droit écrit, devant le phénomène coutumier.

**10. Plan** — Ces remarques générales étant faites, il convient d'examiner les problèmes classiques que sont le fondement (Section I) et les éléments constitutifs (Section II) de la coutume avant d'en apprécier le rôle (Section III) dans le droit international contemporain.