

PRINCIPE D'ÉGALITÉ ENTRE LE TRAITÉ ET LA COUTUME EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC*

*Zeynep KIVILCIM-FORSMAN***

INTRODUCTION

L'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice (CIJ), en stipulant les normes applicables par le juge, se contente d'une énumération qui ne mentionne ni hiérarchie, ni absence de hiérarchie entre le traité et la coutume. Cet article 38 qui s'abstient de toute allusion à une quelconque hiérarchie était le même pour le Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI).¹

Cependant le projet primitif de cet article qui a été préparé par le Comité de Juristes en 1920 comportait une différence importante:

Les règles à appliquer par le juge pour la solution des différends internationaux sont les suivant, "dans l'ordre successif" où elles s'imposent à son examen.

- I. Le droit international conventionnel
- II. La coutume internationale
- III. Les règles de droit international
- IV. La jurisprudence internationale

Les mots "dans l'ordre successif" ont soulevé des critiques. D'après M. Ricci Busatti, membre italien du Comité, "non seule-

* Cette dissertation est préparée pour le DEA du droit international public à l'Université de Paris II, sous la direction de M. le Prof. Pierre-Marie DUPUY.

** Arařtırma Görevlisi, Adnan Menderes Üniversitesi.

1. Tandis que l'article 7 de la Convention de la Haye de 1907 qui créait la Cour Internationale des prises stipulait la primauté du traité sur la coutume.

ment ces mots sont superflus, ils pourraient aussi suggérer l'idée que le juge ne serait autorisé à puiser à une source mentionnée, par exemple dans le numéro 3, avant d'avoir appliqué les conventions et les coutumes, mentionnés respectivement dans les numéros 1 et 2, ce qui serait méconnaître les intentions du Comité"; "Si, par l'expression "ordre successif", on veut dire seulement qu'une convention prime par exemple le droit coutumier: elle est inutile. C'est par un principe fondamental du droit que la loi spéciale prime la loi générale; mais elle semble méconnaître l'application simultanée qui peut être faite de ces catégories, ainsi que le caractère différent des unes et des autres."²

Les mots "dans l'ordre successif" sont supprimés à la 3^{ème} Sous-Commission de l'Assemblée de la Société des Nations. Est-ce parce qu'on avait trouvé que l'idée qu'ils contenaient était fausse ou bien au contraire parce qu'elle était si évidente et incontestable qu'elle ne nécessitait pas d'être déclarée? La cause de cette suppression n'est pas claire.³

Néanmoins, le principe d'égalité juridique entre la coutume et le traité qui, un temps discuté en doctrine⁴ semble aujourd'hui très largement accepté. Cependant cette égalité de principe comporte des modalités très variées de réalisation. En cas de conflit entre un traité et une coutume, en fonction des instruments, des circonstances et des parties, elle peut conduire soit à la primauté du traité, soit à celle de la règle coutumière.

I. PRIORITÉ EN FAVEUR DU TRAITÉ

Malgré l'absence de hiérarchie en principe, la pratique juridique internationale conduit fréquemment à une priorité en faveur des traités.

2. Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juin 1920, p. 337.
3. V. AKEHURST (M), "The hierarchy of the sources of international law", BYBIL, 1974-1975, p.274.
4. M. Strupp, en faveur de la supériorité du traité, en refusant la coutume en tant que "répétition d'actes licites" pense que "les actes répétés exercés par un État, donc, juridiquement parlant, par un être doué de volonté, ne peuvent être qualifiés de réactions instinctives comparables à celle des animaux". D'après lui, il n'y a qu'une source de droit international: le traité. (V. RCADI, 1934 (I), pp. 302 et 315) En revanche M.Scelle, en faveur de la supériorité de la coutume, pense que le placement du droit conventionnel en tête de l'énumération des sources formelles de droit international est la conséquence de la dictature de la doctrine volontariste. (V. "Essai sur les sources formelles de droit international", in Mélanges Gény, 1934, tome 3, pp. 412-421).

Ainsi, dans son avis consultatif de 4 février 1932, lors de l'examen des sources de droit applicables, la CPJI estime que les autres sources de droit international s'appliquent sous réserves des dispositions conventionnelles.⁵ Tandis que dans l'arrêt concernant l'affaire des phares, sa préférence pour le traité provient plutôt de la commodité de la source conventionnelle. En effet, en l'espèce, concernant le problème de savoir si d'après les règles coutumières du droit international, le souverain territorial a le droit d'accorder des concessions sur un territoire occupé, la Cour n'estime pas nécessaire de se prononcer sur cette question, car elle se trouve en présence d'un texte conventionnel, à savoir le Protocole 12 de Lausanne.⁶

Dans l'affaire des ressortissants des États-Unis au Maroc "en l'absence de toute autre disposition conventionnelle en la matière", la CIJ rejette la coutume et l'usage en tant que fondement d'un droit d'assentiment.⁷

Si on suit l'idée de M. Quintana dans son opinion dissidente concernant l'affaire du droit de passage sur le territoire indien; "Dans l'ordre international, le moyen normal d'acquérir des droits ou de contracter des obligations est l'accord que l'on dénomme "le traité". Il se peut aussi que lesdits droits et obligations soient la conséquence d'une coutume établie entre les parties avec la conviction qu'elles appliquent le droit." Toutefois selon lui, la coutume, ainsi que les principes généraux est un élément supplétif et "cette manière de procéder (...) évite de marcher sur un terrain glissant."⁸

Il est certes vrai que, pour le juge international, en présence d'un litige, le traité est un instrument qui présente beaucoup plus de commodité que la coutume. Il est indubitablement plus précis et plus spécifique. Il est en outre "adapté au procédé naturel de développement du droit entre États qui (...) n'acceptent d'être engagés que par une manifestation réfléchie et irrécusable de leur volonté."⁹

5. CPJI. Arrêts, ordonnances et avis consultatifs, 1932, Série A/B, No: 44, pp. 23-24.

6. Ibid, 1934, Série A/B, No: 62, pp. 24-25.

7. CIJ, Recueil, 1952, pp.200 et 202.

8. CIJ, Recueil, 1960, p.90.

9. DE VISSCHER (Ch), "Coutume et traité en droit international public", RGDIP, 1955, p.354.

L'intensité et la complexité croissantes des rapports internationaux imposent des solutions nouvelles et souvent urgentes, détaillées et précises. À ce besoin s'accommode difficilement le processus lent et trop incertain du développement coutumier. Les faiblesses de la coutume proviennent des incertitudes inhérentes à son mode d'expression. En tant que "pratique générale acceptée comme étant le droit", il est assez difficile pour le juriste de savoir à partir de quelle date exacte elle existe.¹⁰

M.Le Fur a certainement raison en observant que les traités sont plus faciles à prouver que la coutume et la coutume est plus facile à prouver que les principes généraux. Et c'est peut-être une des raisons que l'article 38 les stipule dans cet ordre.¹¹ Les maximes classiques "lex posterior derogat" et "lex specialis derogat" s'ajoutent au caractère incertain de la coutume. Car, le traité est souvent plus récent et plus spécifique par rapport à la règle coutumière.¹²

Mais il faut relativiser cette supériorité et se garder d'en conclure que les traités soient une source de droit hiérarchiquement supérieure à la coutume. Car un traité ne peut abroger une coutume que concernant les rapports entre les parties et non les rapports avec les tiers qui demeurent soumis à la coutume.

Si on reprend l'exemple de M.Scelle, "un traité entre A et B peut fort bien abroger une règle coutumière dans les rapports de l'ordre étatique AB sans que cette règle cesse de régir l'ordre juridique AC. Bien plus, il se peut fort bien, qu'un traité entre A et B soit impuissant à abroger, même dans l'ordre juridique des États signataires, une règle coutumière, si celle-ci régit une communauté internationale plus étendue dont ils font partie. À titre d'exemple, il est impossible qu'un traité abroge la règle coutumière de la liberté de la haute mer ou des immunités diplomatiques."¹³

Cette relativisation de la primauté du traité n'est que de la pure théorie ou bien le principe d'égalité entre ces deux sources est réalisable en pratique? Est-ce qu'une coutume peut abroger un traité?

10. V. STRUPP, *op.cit.*, p. 316; AKEHURST, *op.cit.*, p.273.

11. LE FUR (L), RCADI, 1935 (V), p.209.

12. Ce n'est toutefois toujours pas le cas et dans l'affaire de Nicaragua, la Cour a constaté que la coutume comportait une réglementation plus complète de la légitime défense que la Charte des Nations Unies. (CIJ, Recueil, 1986, §176)

13. V.SCELLE, *op.cit.*, pp.413 et 414.

II. PRIORITÉ EN FAVEUR DE LA COUTUME

Les États ne veulent pas facilement admettre la possibilité de modification des traités par la coutume. Car cela entraînera les déviations unilatérales des traités et la violation du principe "pacta sunt servanda." D'autre part elle créera des difficultés dans le cadre du droit interne. Parce qu'à la fin, la volonté exprimée dans le traité par l'agent responsable de l'Etat sera modifiée par les actes des organes hiérarchiquement inférieurs à celui-ci. D'après les principes constitutionnels, la modification d'un traité doit être établie par même organe législatif à qui était confié la responsabilité de la ratification de ce traité.

En effet la Convention de Vienne sur le droit des traités a rejeté un projet d'article 38 qui prévoyait la modification d'un traité par la pratique ultérieure suivie par les parties "lorsque celle-ci établit leur accord pour modifier les dispositions de ce traité." Mais selon M.Akerhurst ce rejet ne montre pas forcément que l'idée exprimée dans cet article était en contradiction avec le droit international en général, il traduit plutôt l'intension des États de ne pas codifier les relations entre le traité et la coutume dans cette convention.¹⁴

Cette interprétation est conforme à la pratique, car la jurisprudence a reconnu plusieurs fois la possibilité de la modification du traité par la pratique ultérieure.

À titre d'exemple, on peut citer la sentence arbitrale du 22.12.1963 concernant l'interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien où le tribunal arbitral a déclaré: "Une conduite peut, en effet entrer en ligne de compte non pas simplement comme un moyen utile aux fins de l'interprétation de l'accord¹⁵ mais comme quelque chose de plus: à savoir comme source possible d'une modification postérieure découlant des certains actes ou de certaines attitudes et touchant la situation juridique des parties et les droits que chacune d'entre elles pourrait légitimement faire valoir."¹⁶

14. V.AKERHURST, op. cit, p.277.

15. La Convention de Vienne stipule dans son article 31§3 comme règle générale d'interprétation qu'"il sera tenu compte en même temps que le texte ...b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité."

16. AKERHURST remarque que les critiques de cette sentence arbitrale ont largement inspiré le rejet susmentionné du projet d'article 38 de la Convention de Vienne.

Ainsi, dans son avis consultatif concernant l'affaire de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, la CIJ souligne que le texte est susceptible d'évoluer en même temps que l'ensemble du système juridique et que pour interpréter les notions se trouvant dans le texte en l'espèce, il faut "prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle et l'interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce (...) à la coutume."¹⁷

La modification du traité peut être aussi, le résultat d'une coutume générale postérieure détachée de la pratique propre des parties dans le cadre du traité. Ainsi les modifications des dispositions de la Convention de 1958 sur le droit de la mer par l'évolution de la coutume conduisant l'absorption de la zone contiguë par la mer territoriale.

Il est certes remarquable que dans le domaine de droit de la mer le processus coutumier l'emporte sur le processus conventionnel sur son propre terrain, à savoir celui de la vitesse d'élaboration du droit: la troisième conférence sur le droit de la mer de 1982 a été notamment convoquée pour faire reconnaître l'existence juridique de la zone économique exclusive, mais s'est achevée en consacrant cette règle devenue coutumière entre-temps.¹⁸

Ainsi le 24 février 1982, avant la conclusion de la Convention, la CIJ a estimé que l'on peut considérer la zone économique exclusive comme "faisant partie du droit international moderne."¹⁹

En étudiant la coutume en tant que source du droit de la mer, il faut absolument citer l'important arrêt de la CIJ dans les affaires du plateau continental de la Mer du Nord. Dans son arrêt du 22 février 1969, la Cour rompt avec ses traditions antérieures concernant la conception de la coutume, notamment avec l'arrêt de Lotus de 1927 où la CPJI proclamait la théorie de la coutume comme accord tacite, en rétrécissant donc sa force obligatoire. Cette vision qui conçoit le droit international tout entier comme produit des volon-

17. CIJ, Recueil, 1971, p.31.

18. La Conférence de Montago Bay qui s'est réunie en 1973 s'est achevée ses travaux, avec une extrême lenteur, en décembre 1982.

19. Affaire du plateau continental Tunisie/Libye, CIJ, Recueil, 1982, p.74.

tés étatiques uniquement et exclusivement est complètement quittée en 1969 où la CIJ déclare que les règles coutumières "par nature, (...) doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un quelconque des membres de la communauté et à son propre avantage."²⁰

Cette consécration de la "coutume sauvage dont la formation est extrêmement accélérée, qui "buissonne (...) comme une plante tropicale"²¹ et déborde largement le cercle limité des "contractants tacites", consacre "une supériorité de qualité au droit coutumier"²². Elle affirme la force obligatoire "erga omnes" de la coutume. "Les États peuvent dénoncer un traité; on voit mal comment ils pourraient dénoncer une coutume."²²

En ce qui concerne l'abrogation du traité par la coutume, elle peut également provenir de la pratique ultérieure des parties. En effet, l'article 54(b) de la Convention de Vienne indique que l'extinction d'un traité peut avoir lieu "à tout moment par consentement de toutes les parties" ce qui permet la disparition du traité par désuétude.

La disparition de l'Acte Général d'Arbitrage de 1928 a ainsi été invoquée par la France dans l'affaire des essais nucléaires sans que la Cour se prononce à ce sujet.²³ Plus tard le même pays invoque, dans l'affaire du Plateau Continental de 1977 que la Convention de 1958 sur le plateau continental n'était plus applicable en l'espèce, puisqu'elle était devenue obsolète par l'évolution récente de la coutume internationale accélérée par les travaux de 3^{ème} Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. Le Tribunal arbitral rejette cet argument pour l'affaire en l'espèce, toutefois il

20. CIJ, Recueil, 1969, pp.38-39.

21. V.DUPUY (R.J.), "Coutume sage et coutume sauvage", in Mélanges Rousseau, pp.75-87.

22. MAREK(K), "Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord", RBDI, 1970, pp.75-76.

23. MM.Onyeama, Dilliard, Jimenez de Aréchaga et Wardock estiment, dans leur opinion dissidente commune que "la désuétude n'est pas mentionnée dans la Convention de Vienne sur le droit des traités comme l'un des motifs d'extinction des traités et cette omission est voulue" (V.CIJ, Recueil, 1974, p.338).

déclare que l'évolution du droit coutumier, dans certaines conditions peut modifier, voire mettre fin des droits et obligations découlant d'un traité.

CONCLUSION

À la fin de notre étude où on était à la recherche d'une hiérarchie entre les deux sources essentielles de droit international, à savoir le traité et la coutume, on arrive à constater qu'elles sont fondamentalement non hiérarchiques.

Si un traité abroge une coutume ou une coutume abroge un traité, ce n'est pas parce que l'un des deux est hiérarchiquement supérieur, mais simplement parce qu'il est plus spécifique ou plus récent que l'autre. Il est certes vrai que les maximes "lex specialis derogat" et "lex posterior derogat" créent souvent la primauté du traité. Mais le contraire est tout à fait possible; la coutume peut modifier voire abroger un traité, on en a cité plusieurs exemples de la jurisprudence lors de notre étude.

La coutume peut être lente et incertaine. Mais elle peut quelques fois être sauvage et précise, comme elle l'était dans les affaires du Plateau continental de la Mer du Nord et de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie. Sa plus grande qualité est qu'elle "expirime une éthique communément partagée"²⁴ et "garantit une adéquation de la réglementation juridique aux réalités sociales."²⁵

Les relations entre ces deux sources doivent être déterminées analytiquement et cas par cas. Les deux types de règles pouvant co-exister peuvent aussi s'abroger et se substituer réciproquement. "Une disposition précise d'un traité dérogera ainsi la coutume, tandis que d'autres s'y référeront, ne feront que le rappeler ou devront être interprétées dans son contexte. Une coutume subséquente modifiera ou fera disparaître une disposition donnée, tandis que le traité dans son ensemble ne sera pas affecté."²⁶

24. DUPUY (R.J.) *op.cit.*, p.80.

25. DE VISSCHER, *op.cit.*, p.355.

26. SUR (S), "La coutume internationale", Sources de droit international, fas.13, 1990, p.16.