

# FORMATION ET IDENTIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

[Point 7 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/653

Note de Sir Michael Wood, Rapporteur spécial

[Original: anglais]  
[30 mai 2012]

## TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
INTRODUCTION .....	1-10	57
A. Inscription du sujet au programme de travail de la Commission .....	1-7	57
B. Objet de la présente note .....	8-10	58
<i>Chapitres</i>		
I. POINTS PRÉLIMINAIRES .....	11-19	58
A. Travaux antérieurs de la Commission relatifs au sujet .....	12	58
B. Travaux de l'Association de droit international relatifs à la formation du droit international coutumier .....	13	58
C. Le droit international coutumier comme source du droit international public et sa relation avec les autres sources .....	14	59
D. Terminologie/définition .....	15	59
E. Importance et rôle du droit international coutumier dans l'ordre juridique international .....	16	59
F. Théories relatives à la coutume et méthodes d'identification des règles du droit international coutumier .....	17	59
G. Méthodologie .....	18-19	59
II. DÉLIMITATION DU SUJET ET RÉSULTATS ÉVENTUELS DES TRAVAUX DE LA COMMISSION .....	20-25	59
III. PROPOSITION DE CALENDRIER DES TRAVAUX .....	26-27	60

## Introduction

### A. Inscription du sujet au programme de travail de la Commission

1. En 2010 et 2011, lors des soixante-deuxième et soixante-troisième sessions de la Commission du droit international, la proposition d'inscrire un nouveau sujet intitulé «Formation et identification du droit international coutumier» a été débattue au sein du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme<sup>1</sup>. Il faut lire la présente note en même temps que l'annexe I du rapport de la Commission de 2011, qui contient une liste détaillée de documents de référence. L'annexe I commence ainsi: «La question des sources est au cœur du droit international. Les travaux entrepris par

la Commission dans ce domaine ont été parmi les plus importants et fructueux mais ils sont restés limités, pour l'essentiel, au droit des traités<sup>2</sup>.»

2. À sa soixante-troisième session, la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail à long terme le sujet de la formation et de l'identification du droit international coutumier, sur la base du plan de travail exposé dans l'annexe I<sup>3</sup>.

3. En 2011, durant la soixante-sixième session de l'Assemblée générale, plusieurs délégations ont soutenu l'examen de ce sujet au sein de la Sixième Commission. Il a été estimé que les travaux devraient déboucher sur un guide pratique, commenté à l'intention des juges, juristes

<sup>1</sup> Voir *Annuaire... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 32 et 365. Durant le dernier quinquennat, le Groupe de planification de la Commission a reconstitué, chaque année, le Groupe de travail, dont M. Enrique Candioti a assuré la présidence.

<sup>2</sup> Ibid., annexe I, par. 1.

<sup>3</sup> Ibid., par. 365.

de la fonction publique et praticiens. Tout en soulignant que l'objectif n'était pas de procéder à la codification de la matière, on a toutefois fait observer qu'il serait difficile de systématiser le processus de formation du droit sans remettre en cause l'essence même de la coutume, sa souplesse et son évolution constante. Pour ce qui était de la méthodologie, il importait de distinguer entre, d'une part, la pratique des États et la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux, et, d'autre part, la pratique et la jurisprudence des juridictions internes. L'on a en outre exhorté la Commission à agir en toute prudence lorsqu'elle examinerait le rôle des actes unilatéraux dans l'identification du droit international coutumier<sup>4</sup>.

4. Au paragraphe 7 de sa résolution 66/98 du 9 décembre 2011, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » à son programme de travail à long terme, ainsi que des observations faites à la Sixième Commission par les États Membres.

5. À sa soixante-quatrième session, en 2012, la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » à son programme de travail en cours et a nommé Sir Michael Wood Rapporteur spécial sur le sujet<sup>5</sup>.

6. Dans la présente note, le Rapporteur spécial fait part de ses premières réflexions, s'agissant notamment de la délimitation du sujet. Il y trace aussi les contours d'un programme de travail provisoire concernant l'examen du sujet et la présentation des conclusions du Groupe de travail au cours de l'actuel quinquennat (2012-2016).

7. Le chapitre I de la présente note contient une liste de points préliminaires qui devront être examinés. Au

<sup>4</sup> Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-sixième session, par. 65.

<sup>5</sup> *Annuaire... 2012*, vol. I, 3132<sup>e</sup> séance.

chapitre II, le Rapporteur spécial délimite le sujet et donne ses premières impressions sur les résultats éventuels des travaux de la Commission. Au chapitre III, il propose un programme de travail provisoire.

## B. Objet de la présente note

8. Les débats qui ont eu lieu au sein du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme au cours du dernier quinquennat ont été très utiles pour dresser la liste des questions énumérées dans l'annexe I du rapport de la Commission à l'Assemblée générale<sup>6</sup>. Cette annexe se veut le reflet des opinions exprimées au sein du Groupe de travail. Mais, pour des raisons évidentes, beaucoup des membres actuels de la Commission n'ont pas participé à ces débats.

9. La présente note a été élaborée pour qu'un débat puisse être engagé sur le sujet lors de la seconde partie de la soixante-quatrième session de la Commission, en 2012. Plutôt que d'entrer dans les détails, le Rapporteur spécial y recense les points essentiels afin de fournir une vue d'ensemble du sujet et une ligne directrice (ou une orientation) en vue de ce débat.

10. L'objectif principal que le Rapporteur spécial s'est fixé pour la seconde partie de la session de 2012 est de recueillir les premières réflexions des membres de la Commission quant à l'étendue du sujet à traiter, la méthodologie à retenir et les résultats éventuels. Il serait très utile au Rapporteur spécial que les membres de la Commission lui fassent part de leurs premières observations générales sur ce sujet, compte tenu des réflexions préliminaires qui figurent dans les sections suivantes de la présente note. Ces observations contribueront à faire avancer l'élaboration du premier rapport (préliminaire), qui devrait être présenté en 2013 lors de la soixante-cinquième session de la Commission.

<sup>6</sup> *Annuaire... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), annexe I.

## CHAPITRE I

### Points préliminaires

11. Les points ci-après pourraient être abordés dans le premier rapport préliminaire, qui sera présenté en 2013.

#### A. Travaux antérieurs de la Commission relatifs au sujet

12. L'identification du droit international coutumier figure en bonne place dans les travaux de la Commission, bien que celle-ci se soit souvent gardée d'établir une distinction entre la codification du droit international et son évolution progressive. La Commission s'est directement intéressée à la formation du droit international coutumier, par exemple, en élaborant ce qui est devenu l'article 38 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités<sup>7</sup>. Et, à ses débuts, la Commission avait à son ordre du jour le sujet intitulé

<sup>7</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 331.

« Moyens permettant de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier<sup>8</sup> ».

#### B. Travaux de l'Association de droit international relatifs à la formation du droit international coutumier

13. Les travaux que l'Association de droit international a menés de 1984 à 2000 ont abouti, en 2000, à l'adoption de la Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général

<sup>8</sup> À ses première et deuxième sessions, en 1949 et 1950, la Commission, conformément à l'article 24 de son statut, a examiné le sujet intitulé « Moyens permettant de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier ». Il en est résulté un rapport faisant autorité, qui a donné lieu à d'importantes publications à l'échelon national et international (voir *Annuaire... 1950*, vol. II, document A/1316, par. 24 à 94).

(assortie de commentaires)<sup>9</sup>. Les 33 principes de la Déclaration et les commentaires qui s'y rapportent ont donné lieu à des réactions partagées, tant favorables que défavorables, qui pourront aussi être examinées.

### C. Le droit international coutumier comme source du droit international public et sa relation avec les autres sources

14. Pour établir le contexte de l'examen, il pourrait être intéressant de se pencher sur les travaux préparatoires de l'article 38.1 du Statut de la Cour internationale de Justice, souvent considéré comme « mal rédigé<sup>10</sup> ». La question de la relation entre le droit international coutumier et les traités est un volet important du sujet et devra être examinée dans un rapport ultérieur. Il faudra aussi s'intéresser à la relation entre le « droit international coutumier » et le « droit international général », les « principes généraux du droit » et les « principes généraux du droit international ». (Actuellement, on trouve souvent l'expression « droit international général », qui semble ne pas signifier la même chose que « droit international coutumier ».) Il est important d'établir une distinction entre les règles du droit international coutumier et le simple usage, entre le droit coutumier et le « droit souple » (*soft law*) et entre la *lex lata* et la *lex ferenda*.

### D. Terminologie/définition

15. Pour préciser le cadre général des travaux, il faudrait se pencher sur l'utilisation et la signification des expressions « droit international coutumier » et « règles du droit international coutumier », qui semblent être les plus couramment employées (on trouve aussi « droit coutumier international », « coutume » et « coutume internationale »). Il pourrait être utile d'établir un bref lexique des termes pertinents dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies.

### E. Importance et rôle du droit international coutumier dans l'ordre juridique international

16. Il pourrait être utile d'examiner brièvement le droit international coutumier en tant que « droit » et les remises

<sup>9</sup> Résolution 16/2000 (Formation du droit international coutumier général), adoptée le 29 juillet 2000 par l'Association de droit international. Voir Association de droit international, *Rapport de la soixante-neuvième Conférence, tenue à Londres, 25-29 juillet 2000*, p. 39. Voir, pour le débat en séance plénière, *ibid.*, p. 922 à 926. Concernant la Déclaration de Londres, voir p. 712 à 777, et concernant le rapport de la session de travail de la Commission sur la formation du droit international coutumier (général), tenue en 2000, voir p. 778 à 790. Les six rapports intérimaires de la Commission contiennent des informations plus détaillées.

<sup>10</sup> *Ibid.*, rapport final de la Commission sur la formation du droit international coutumier (général), p. 716, par. 6.

en cause de son rôle au sein de l'ordre juridique international qui ont occasionnellement été formulées.

### F. Théories relatives à la coutume et méthodes d'identification des règles du droit international coutumier

17. Une présentation succincte des principales théories relatives à la coutume, telles qu'elles ressortent d'écrits sur le sujet, pourrait aider à déterminer la méthode qu'adoptera la Commission. Il ne faut pas négliger les fondements théoriques du sujet (par exemple, ceux qui concernent le rôle de la pratique et de l'*opinio juris*), même si l'objectif final est d'offrir une aide concrète à ceux qui sont appelés à s'interroger sur les règles du droit international coutumier.

### G. Méthodologie

18. De prime abord, le Rapporteur spécial estime que la jurisprudence des cours et des tribunaux internationaux, particulièrement de la Cour internationale de Justice et de la Cour permanente de Justice internationale, fournit les indications les plus fiables sur le sujet. L'approche que les juridictions internationales ont du droit international coutumier pourrait être détaillée dans le rapport préliminaire, au premier chef celle qui ressort de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice<sup>11</sup>. La jurisprudence des cours nationales, les efforts de codification engagés par les organisations non gouvernementales et les publications des publicistes peuvent aussi fournir d'utiles renseignements.

19. Il faudra aborder les questions générales de méthodologie, comme celle de l'importance à donner à la pratique des États d'un côté et aux développements plus théoriques de l'autre. Les difficultés et les différentes possibilités qui se présentent sont clairement présentées dans l'introduction du rapport final de la Commission sur la formation du droit international coutumier (général) de l'Association de droit international<sup>12</sup>. Si certaines considérations pratiques peuvent faire obstacle au respect de la méthodologie, particulièrement dans un monde qui compte près de 200 États, il ne s'agit pas là d'un problème vraiment nouveau. En outre, la pratique d'autres acteurs internationaux, en particulier celle des organisations internationales, ne doit pas être négligée.

<sup>11</sup> Pour un arrêt récent, voir *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, par. 55, dans lequel la Cour précise qu'elle appliquera « les critères, qu'elle a maintes fois énoncés, permettant d'identifier une règle de droit international coutumier ».

<sup>12</sup> Association de droit international, *Rapport de la soixante-neuvième Conférence* (voir *supra* la note 9), rapport final de la Commission sur la formation du droit international coutumier (général), p. 712, par. 1 à 10.

## CHAPITRE II

### Délimitation du sujet et résultats éventuels des travaux de la Commission

20. D'un point de vue pratique, il est important, dès le début, de délimiter le sujet et d'envisager les résultats possibles. Ce chapitre de la présente note a pour objet d'aider la Commission dans cette tâche. Au premier

paragraphe de l'annexe I du rapport de la Commission de 2011, on peut lire: « [L]e titre proposé n'empêcherait pas la Commission d'examiner, le cas échéant, d'autres aspects connexes, mais l'accent serait mis sur la formation

(processus par lequel les règles du droit international coutumier s'élaborent) et sur le recensement des éléments du droit international coutumier (identification de ces règles)<sup>13</sup>». Le Rapporteur spécial estime que cette affirmation délimite précisément le sujet.

21. Le sujet doit être clairement délimité afin d'éviter tout empiètement sur d'autres sujets qui ont figuré ou figurent à l'ordre du jour de la Commission, tels que : «Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international<sup>14</sup>» et «Les traités dans le temps<sup>15</sup>». En réalité, cela ne devrait pas poser de difficultés, les frontières entre les sujets paraissant assez évidentes. Par exemple, les effets des traités sur la formation du droit international coutumier font certes partie du sujet, mais ce n'est pas le cas du rôle que joue le droit international coutumier dans l'interprétation des traités.

22. Le sujet concernera le droit international coutumier dans son ensemble. Le Rapporteur spécial estime que, le droit international étant un «système juridique<sup>16</sup>», il n'est ni utile ni justifié en principe de diviser le droit en différents champs d'étude spécialisés aux fins de traiter le présent sujet. Cette même approche fondamentale de la formation et de l'identification du droit international coutumier s'applique quel que soit le domaine juridique considéré. Les travaux de la Commission concernent donc de la même façon tous les secteurs du droit international, qu'il s'agisse, par exemple, du «droit des droits de l'homme coutumier», du «droit humanitaire international coutumier» ou du «droit pénal international coutumier». Il faudra toutefois déterminer si il serait, ou non, pertinent, et, si oui, dans quelle mesure, de recourir à des méthodes spéciales pour identifier des règles particulières du droit international coutumier<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> *Annuaire... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), annexe I, par. 1.

<sup>14</sup> Pour consulter les résultats des travaux menés par la Commission sur ce sujet, voir *Annuaire... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 251, et le rapport du Groupe d'étude établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1).

<sup>15</sup> Pour consulter un résumé des travaux menés par la Commission sur ce sujet de 2008 à 2011, voir *Annuaire... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 333 à 344.

<sup>16</sup> *Annuaire... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 251 1).

<sup>17</sup> Voir *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, par. 73 («aux fins de la

23. Il faudra déterminer si la survenance de nouvelles normes impératives du droit international général (*ius cogens*)<sup>18</sup> entre, ou non, dans le sujet. Le Rapporteur spécial estime pour l'instant qu'il s'agit d'une autre question, qui n'entre pas dans le présent sujet, les normes impératives trouvant, par exemple, leur source aussi bien dans les traités que dans le droit international coutumier<sup>19</sup>.

24. Il ne faut pas s'attendre à ce que les résultats se présentent sous la forme d'une série de règles immuables, qui permettraient d'identifier les règles du droit international coutumier<sup>20</sup>. L'objectif est plutôt de proposer des directives et des conseils pratiques qui permettent de comprendre le processus de formation et d'identification des règles du droit international coutumier. L'annexe I peut servir de point de départ aux discussions relatives à la délimitation du sujet qui seront organisées au sein de la Commission :

L'objectif n'est pas de chercher à codifier des «règles» relatives à la formation du droit international coutumier mais d'élaborer des directives faisant autorité à l'intention de ceux qui sont appelés à identifier le droit international coutumier, notamment les juges nationaux et internationaux. Il faudra veiller à ne pas être exagérément prescriptif. La souplesse demeure une caractéristique essentielle de la formation du droit international coutumier. C'est pourquoi le résultat final des travaux de la Commission dans ce domaine pourrait prendre plusieurs formes. Une possibilité serait d'établir une série de propositions assorties de commentaires<sup>21</sup>.

25. Le Rapporteur spécial propose que les résultats des travaux de la Commission se présentent sous la forme de «conclusions» assorties de commentaires<sup>22</sup>.

présente affaire, la pratique la plus pertinente réside dans les décisions rendues par les juridictions internes»).

<sup>18</sup> Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, art. 64.

<sup>19</sup> La Commission de l'Association de droit international en est venue à la même conclusion : voir Association de droit international, *Rapport de la soixante-neuvième Conférence* (note 9 *supra*), rapport final de la Commission sur la formation du droit international coutumier (général), introduction, par. 8.

<sup>20</sup> L'Association de droit international a dressé une liste des règles et principes qui constituent un guide pratique pour ceux qui doivent appliquer le droit ou formuler des conseils et pour les élèves et les étudiants. Elle précise que nombreux sont ceux qui ont besoin d'informations relativement concises et claires sur ce sujet qui en déroutent plus d'un (*ibid.*, par. 4).

<sup>21</sup> *Annuaire... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), annexe I, par. 4.

<sup>22</sup> L'Association de droit international avait fait ce choix (voir *supra* la note 4).

## CHAPITRE III

### Proposition de calendrier des travaux

26. Dans son rapport à l'Assemblée générale de 2011, la Commission donne de brèves indications sur le rôle des rapporteurs spéciaux<sup>23</sup>. On s'attend notamment à ce qu'ils présentent chaque année un rapport de fond, qui n'excède pas 50 pages dans la mesure du possible. S'agissant du Groupe de planification, la Commission a précisé qu'il devait

collaborer avec les rapporteurs spéciaux et les coordonnateurs des groupes d'étude afin de définir au moment où un nouveau sujet est

entamé un programme d'étude étalé sur le nombre d'années nécessaires ; réviser périodiquement les objectifs annuels inscrits à ce programme, en actualisant celui-ci au besoin<sup>24</sup>.

27. Dans le même rapport, il était proposé, pour des raisons de commodité, que le sujet soit examiné en plusieurs étapes : «questions sous-jacentes et collecte de la documentation ; examen de quelques questions centrales soulevées par l'identification de la pratique des États et de l'*opinio juris* ; questions particulières ; conclusions<sup>25</sup>».

<sup>24</sup> *Ibid.*, par. 378 c).

<sup>25</sup> *Ibid.*, annexe I, par. 6.

<sup>23</sup> *Annuaire... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 372.

Les travaux portant sur le sujet «Formation et identification du droit international coutumier» font donc l'objet de la proposition de calendrier suivante :

- 2012 : Note préliminaire et engagement des débats au sein de la Commission. L'objectif principal est de permettre au Rapporteur spécial de prendre connaissance des premières réflexions des membres de la Commission quant au champ, à la méthodologie et aux éventuels résultats des travaux à entreprendre sur le sujet, et d'examiner les éléments d'information qui seraient obtenus des États<sup>26</sup>.
- 2013 : Premier rapport du Rapporteur spécial (portant sur certains points préliminaires, notamment ceux qui sont mentionnés au chapitre I ci-dessus), et continuation de la collecte de documents de référence.
- 2014 : Deuxième rapport du Rapporteur spécial (portant sur la pratique des États et l'*opinio juris*)<sup>27</sup>. Certaines «conclusions» figureraient dans ce rapport.
- 2015 : Troisième rapport du Rapporteur spécial (portant sur certaines questions particulières)<sup>28</sup>. D'autres «conclusions» figureraient dans ce rapport.
- 2016 : Quatrième rapport du Rapporteur spécial (version consolidée et revue de l'ensemble des «conclusions»), présenté à la Commission pour examen et adoption.

<sup>26</sup> Il pourrait s'agir : a de toute déclaration officielle (figurant, par exemple, dans une décision de justice) relative à la formation du droit international coutumier ; b de toute affaire, jugée par une juridiction nationale ou régionale, fournissant des éclaircissements ; c de toute publication ou de tous travaux d'instituts nationaux [autres que ceux figurant sur la liste de l'annexe I, *Annuaire... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie)].

<sup>27</sup> Il est proposé qu'une deuxième étape soit consacrée à l'examen de certaines questions essentielles liées à la méthode classique d'identification des règles du droit international coutumier, notamment la pratique des États et l'*opinio juris* :

«i) Identification de la pratique des États. Quels sont les éléments susceptibles de constituer la "pratique des États"? Actions et omissions, actes verbaux et physiques. Comment les États peuvent-ils changer de position à l'égard d'une règle de droit international? Décisions des cours et tribunaux nationaux (et réactions de l'exécutif). Au-delà des actes de l'État, quels actes? Les actes de certaines organisations internationales comme l'Union européenne? "Représentativité" de la pratique des États (diversité régionale, notamment).

ii) Nature, fonction et identification de l'*opinio juris sive necessitatis*.

iii) Relation entre deux éléments : pratique des États et *opinio juris sive necessitatis*; leurs rôles respectifs dans l'identification du droit international coutumier.

iv) La manière dont se constituent les nouvelles règles du droit international coutumier; la manière dont les mesures unilatérales des États peuvent aboutir à la formation de nouvelles règles; les critères permettant de déterminer dans quelle mesure les écarts par rapport à une règle coutumière modifient le droit coutumier; le rôle éventuel du silence et de l'acquiescement.

v) Rôle des "États particulièrement touchés".

vi) Facteur temps et densité de la pratique; droit international coutumier "instantané".

vii) Question de savoir si les critères d'identification d'une règle de droit coutumier peuvent varier selon la nature de celle-ci ou le domaine dont elle relève» (ibid., par. 8).

<sup>28</sup> Il est proposé qu'une troisième étape soit consacrée à l'examen de questions particulières comme :

«i) la théorie de "l'objecteur persistant".

ii) Les traités et la formation du droit international coutumier; traités en tant qu'expression possible du droit international coutumier; "influence réciproque"/interdépendance des traités et du droit international coutumier.

iii) Les résolutions des organes des organisations internationales, y compris l'Assemblée générale des Nations Unies, et des conférences internationales, et la formation du droit international coutumier; leur importance en tant qu'expression possible du droit international coutumier.

iv) Formation et identification des règles spéciales du droit international coutumier qui régissent les relations entre certains États (au niveau régional, sous régional, local ou bilatéral – règles "individualisées" du droit international coutumier). Le consentement joue-t-il un rôle particulier dans la formation des règles spéciales du droit international coutumier?» (ibid., par. 9).