

DÉTERMINATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

[Point 9 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/672

Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial*

[Original: anglais]
[22 mai 2014]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	171
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	172
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-11 177
<i>Chapitres</i>	
I. DÉLIMITATION DU SUJET ET FORME DES RÉSULTATS DES TRAVAUX DE LA COMMISSION.....	12-15 178
II. EMPLOI DES TERMES.....	16-20 179
III. APPROCHE FONDAMENTALE : DEUX ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS.....	21-31 180
IV. PRATIQUE GÉNÉRALE.....	32-59 184
V. «ACCEPTÉE COMME ÉTANT LE DROIT».....	60-80 198
VI. FUTUR PROGRAMME DE TRAVAIL.....	81-84 211
ANNEXE Projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier.....	212

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

	<i>Sources</i>
Accord bolivarien sur l'extradition (Caracas, 18 juillet 1911)	Organisation des États américains, <i>Official Records</i> (OEA/SER.X.1), p. 19.
Convention sur le plateau continental (Genève, 29 avril 1958)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 499, n° 7302, p. 311.
Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 18 mars 1965)	Ibid., vol. 575, n° 8359, p. 159.
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 21 décembre 1965). Ouverte à la signature à New York le 7 mars 1966.	Ibid., vol. 660, n° 9464, p. 195.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.

* Le Rapporteur spécial tient à remercier Omri Sender pour le concours inestimable qu'il a bien voulu lui apporter à l'occasion de l'établissement du présent rapport.

Sources

- Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975)
- Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, Vienne, 4 février-14 mars 1975, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.V.12).*
- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, n° 31363, p. 3.
- Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) [Vienne, 21 mars 1986]
- A/CONF.129/15.
- Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens (New York, 2 décembre 2004)
- Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 49 (A/59/49), vol. I, résolution 59/38, annexe.*

Ouvrages cités dans le présent rapport

- ACEVES, William J.
«The economic analysis of international law: transaction cost economics and the concept of State practice», *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17 (1996), p. 995 à 1068.
- AKEHURST, Michael
«Custom as a source of international law», *The British Year Book of International Law 1974-1975*, vol. 47 (1977), p. 1 à 53.
- ALVAREZ, Jose E.
International Organizations as Law-makers, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- AMERICAN LAW INSTITUTE
Restatement of the Law (Third): the Foreign Relations Law of the United States, vol. 1, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1987.
- ARANGIO-RUIZ, Gaetano
«Customary law: a few more thoughts about the theory of "spontaneous" international custom», dans N. Angelet (dir. publ.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*. Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 93 et suiv.
- AREND, Anthony Clark
Legal Rules and International Society, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- AZNAR, Mariano J.
«The contiguous zone as an archaeological maritime zone», *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 29 (2014), p. 1-51.
- BARBOZA, Julio
«The customary rule: from chrysalis to butterfly», dans C. A. Armas Barea *et al.* (dir. publ.), *Liber Amicorum "In Memoriam" of Judge José María Ruda*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, p. 1 à 14.
- BAXTER, R. R.
«Multilateral treaties as evidence of customary international law», *The British Year Book of International Law 1965-66*, vol. 41 (1968), p. 275 à 300.
«Treaties and custom», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-I*, t. 129, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers Group, 1993, p. 25 et suiv.
- BELLINGER, John B., et William J. HAYNES
«A US Government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*», *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n° 866 (2007), p. 443 à 471.
- BERNHARDT, R.
«Custom and treaty in the law of the sea», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1987-V*, t. 205, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1989, p. 247 à 330.
- BIRNIE, P. W., et A. E. BOYLE
International Law and the Environment, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BODANSKY, Daniel
«Customary (and not so customary) international environmental law», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 3 (1995), p. 105 à 119.
- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, Yuefen LI, et Marie SUDREAU
«Emerging customary international law in sovereign debt governance?», *Capital Markets Law Journal*, vol. 9 (2014), p. 55 à 72.
- BOS, Maarten
«The identification of custom in international law», *German Yearbook of International Law*, Berlin, Duncker and Humblot, 1982, p. 9 et suiv.
A Methodology of International Law, Amsterdam, North-Holland, 1984.
- BOYLE, Alan, et Christine CHINKIN
The Making of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BRIGGS, Herbert W.
«Colombian-Peruvian asylum case and proof of customary international law», *AJIL*, vol. 45 (1951), p. 728 à 731.
- BROWNLIE, Sir Ian
The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
«Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom», *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, vol. I., Naples, Editoriale Scientifica, 2004, p. 313 à 318.
- BUERGENTHAL, Thomas, et Sean D. MURPHY
Public International Law in a Nutshell, 5^e éd., St. Paul, West, 2013.
- BYERS, Michael
Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

- CAHIN, Gérard
La coutume internationale et les organisations internationales, Paris, Pedone, 2001.
- CAI, Congyan
 «International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law rules», *Chinese Journal of International Law*, vol. 7 (2008), p. 659 à 679.
- CARTY, Anthony
 «Doctrine versus State practice», dans B. Fassbender et A. Peters (dir. publ.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 972 à 996.
- CASELLA, Paulo Borba
 «Contemporary trends on *opinio juris* and the material evidence of customary international law», conférence commémorative Gilberto Amado donnée en 2013 à la Commission (le texte de la conférence peut être obtenu auprès du Rapporteur spécial).
- CASSESE, Antonio
International Law, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2005.
- CHARNEY, Jonathan
 «Universal international law», *AJIL*, vol. 87 (1993), p. 529 à 551.
 «The contemporary role of customary international law», dans W. P. Heere (dir. publ.), *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence – Proceedings of the Third Joint Conference held in The Hague, The Netherlands, July 13-15, 1995*, La Haye, T.M.C. Asser Instituut, 1996, p. 20 à 24.
- CHEN, Lung-Chu
An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-oriented Perspective, 2^e éd., New Haven, Yale University Press, 2000.
- CHENG, Bin
 «Custom: the future of general State practice in a divided world», dans R. St. John Macdonald et D. M. Johnston (dir. publ.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p. 513 à 554.
 «On the nature and sources of international law», dans B. Cheng (dir. publ.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens and Sons, 1988, p. 203 à 233.
- CLAPHAM, Andrew
Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations, 7^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- CONFORTI, Benedetto, et Angelo LABELLA
An Introduction to International Law, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- CORTEN, Olivier
The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law, Oxford, Hart Publishing, 2010.
Le droit contre la guerre, 2^e éd., Paris, Pedone, 2014.
Méthodologie du droit international public, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009.
- CRAWFORD, James
Brownlie's Principles of Public International Law, 8^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.
State Responsibility: The General Part, Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2013.
- CROOTOF, Rebecca
 «Constitutional convergence and customary international law», *Harvard International Law Journal*, vol. 54 (2013), p. 195 à 203.
- CRYER, Robert
 «Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the international criminal tribunals on the ICRC customary law study», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 11 (2006), p. 239 à 263.
- D'AMATO, Anthony
The Concept of Custom in International Law, Ithaca, Cornell University Press, 1971.
 «Custom and treaty: a response to Professor Weisburd», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, 1988, p. 459 et suiv.
- D'ASPREMONT, Jean
 «Inclusive law-making and law-enforcement processes for an exclusive international legal system», dans J. D'Aspremont (dir. publ.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Londres, Routledge, 2013, p. 425 à 439.
- DAHLMAN, Christian
 «The function of *opinio juris* in customary international law», *Nordic Journal of International Law*, vol. 81 (2012), p. 327 à 339.
- DAILLER, Patrick, Mathias FORTEAU, et Alain PELLET
Droit international public, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2009.
- DAMROSCH, Lori, et al.
International Law: Cases and Materials, 5^e éd., St. Paul, West, 2009.
- DANILENKO, Gennady M.
Law-making in the International Community, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
 «The theory of international customary law», *German Yearbook of International Law*, Berlin, Duncker and Humblot, 1988, p. 9 et suiv.
- DE VISSCHER, Charles
Théories et réalités en droit international public, 3^e éd., Paris, Pedone, 1960.
- DEGAN, V. D.
Sources of International Law, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997.
- DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel
Instituciones de Derecho Internacional Público, 18^e éd., coordonné par Concepción Escobar Hernández, Madrid, Tecnos, 2013.
- DINSTEIN, Yoram
 «The interaction between customary law and treaties», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 322, Leyde, Martinus Nijhoff, 2006, p. 242 à 428.
- DUGARD, John
International Law: A South African Perspective, 4^e éd., Le Cap, Juta, 2012.
- DUPUY, Pierre-Marie, et Yann KERBRAT
Droit international public, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2010.
- ELIAS, Olufemi
 «The nature of the subjective element in customary international law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44 (1995), p. 501 à 520.
- ELIAS, Olufemi, et C. L. LIM
The Paradox of Consensualism in International Law, La Haye, Kluwer Law International, 1998.
- FERRARI BRAVO, Luigi
 «Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1985-III*, t. 192, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, p. 233 à 330.
- FIDLER, David. P.
 «Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law», *German Yearbook of International Law*, vol. 39 (1996), p. 198 à 248.

FITZMAURICE, Sir Gerald

«The law and procedure of the International Court of Justice, 1951–54: general principles and sources of law», *The British Year Book of International Law* 1953, vol. 30 (1954), p. 1 à 70.

FUMAGALLI, Luigi

«Evidence before the International Court of Justice: issues of fact and questions of law in the determination of international custom», dans N. Boschiero *et al.* (dir. publ.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 137 à 146.

GÉNY, François

Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris, LGDJ, 1919.

GUNNING, Isabelle

«Modernizing customary international law: the challenge of human rights», *Virginia Journal of International Law*, vol. 31 (1991), p. 211 à 247.

GUZMAN, Andrew T., et Timothy L. MEYER,

«Customary international law in the 21st century», dans R. A. Miller et R. M. Bratpies (dir. publ.), *Progress in International Law*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

HANNIKAINEN, Lauri

«The collective factor as a promoter of customary international law», *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 6 (2006), p. 125 à 141.

HIGGINS, Rosalyn

The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations, Londres, Oxford University Press, 1963.

Problems and Process: International Law and How We Use It, Oxford, Clarendon Press, 1994.

HOFFMEISTER, Frank

«The contribution of EU practice to international law», dans M. Cremona (dir. publ.), *Developments in EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 37 à 127.

HUDSON, Manley O.

The Permanent Court of International Justice, 1920–1942 — A Treatise, New York, Macmillan, 1943.

HUESA VINAIXA, Rosario

El nuevo alcance de la «opinio iuris» en el derecho internacional contemporáneo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1991.

JENNINGS, Sir Robert

«What is international law and how do we tell it when we see it?», *Annuaire suisse de droit international*, vol. 37 (1981), p. 59 et suiv.

«The identification of international law», dans B. Cheng (dir. publ.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens and Sons, 1982, p. 3 à 9.

JENNINGS, Sir Robert, et Sir Arthur WATTS (dir. publ.)

Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace*, 9^e éd., Harlow, Longman, 1992.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo

«International law in the past third of a century», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978-I*, vol. 159, Alphen-sur-le-Rhin, Sijthoff & Noordhoff, 1979, p. 2 à 343.

JOHNSTONE, Ian

«Law-making through the operational activities of international organizations», *George Washington International Law Review*, vol. 40 (2008), p. 87 à 122.

KADENS, Emily, et Ernest A. YOUNG

«How customary is customary international law?», *William & Mary Law Review*, vol. 54 (2013), p. 885 à 920.

KAMMERHOFER, Jörg

Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective, Londres, Routledge, 2011.

«Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship», dans M. Happold (dir. publ.), *International Law in a Multipolar World*, Londres, Routledge, 2012, p. 138 à 157.

«Law-making by scholars», dans C. Brölmann et Y. Radi (dir. publ.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Cheltenham, Edward Elgar (à paraître).

KELSEN, Hans

«Théorie du droit international coutumier», dans C. Leben, *Hans Kelsen. Écrits français de droit international*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 61 à 84.

KIRGIS, Jr., Frederic L.

«Custom on a sliding scale», *AJIL*, vol. 81 (1987), p. 146 à 151.

KLABBERS, Jan

«International organizations in the formation of customary international law», dans E. Cannizzaro et P. Palchetti (dir. publ.), *Customary International Law on the Use of Force*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

KOLB, Robert

«Selected problems in the theory of customary international law», *Netherlands International Law Review*, vol. 50, n° 2 (2003), p. 119 à 150.

KOPELMANAS, Lazare

«Custom as a means of the creation of international law», *The British Year Book of International Law* 1937, vol. 18 (1937), p. 127 à 151.

KOSKENNIEMI, Martti

«Theory: implications for the practitioner», dans *Theory and International Law: An Introduction*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1991, p. 1 à 45.

From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

KUNZ, Joseph L.

«The nature of customary international law», *AJIL*, vol. 47, n° 4 (1953), p. 662 à 669.

LAUTERPACHT, Sir Hersch

«Decisions of municipal courts as a source of international law», *The British Year Book of International Law* 1929, vol. 10 (1929), p. 65 à 95.

«Sovereignty over submarine areas», *The British Year Book of International Law* 1950, vol. 27 (1951), p. 376 à 433.

The Development of International Law by the International Court, Londres, Stevens and Sons, 1958.

LEFKOWITZ, David

«(Dis)solving the chronological paradox in customary international law: a Hartian approach», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 21 (2008), p. 129 à 148.

LEPARD, Brian D.

Customary International Law: A New Theory with Practical Implications, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

LOWE, Vaughan

International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007.

MACGIBBON, Iain

«Customary international law and acquiescence», *The British Year Book of International Law* 1957, vol. 33 (1958), p. 115 à 145.

«Means for the identification of international law: General Assembly resolutions – custom, practice and mistaken identity», dans B. Cheng (dir. publ.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens and Sons, 1982, p. 10 à 26.

MALUWA, Tiyanjana

«Custom, authority and law: some jurisprudential perspectives on the theory of customary international law», *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 6 (1994), p. 387 à 410.

MEIJERS, Herman

«How is international law made?—The stages of growth of international law and the use of its customary rules», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 9 (1978), p. 3 à 26.

«On international customary law in the Netherlands», dans I. F. Dekker et Harry H. G. Post (dir. publ.), *On the Foundations and Sources of International Law*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2003, p. 77 à 128.

MENDELSON, Maurice

«The subjective element in customary international law», *The British Year Book of International Law* 1995, vol. 66 (1996), p. 177 à 208.

«The formation of customary international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1998, vol. 272, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, p. 155 à 410.

MILLÁN MORO, Lucia

La "opinio iuris" en el derecho internacional contemporáneo, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

MOREMEN, Philip M.

«National court decisions as state practice: a transnational judicial dialogue?», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 32 (2006), p. 259 et suiv.

MÜLLERSON, Rein

«On the nature and scope of customary international law», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2 (1997), p. 341 à 360.

«The interplay of objective and subjective elements in customary law», dans K. Wellens (dir. publ.), *International Law: Theory and Practice—Essays in Honour of Eric Suy*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 161 à 178.

MURPHY, Sean D.

Principles of International Law, 2^e éd., St. Paul, West, 2012.

ORAKHELASHVILI, Alexander

The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law, Oxford, Oxford University Press, 2008.

PAASIVIRTA, Esa, et Pieter Jan KUIJPER

«Does one size fit all? The European Community and the responsibility of international organizations», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 36 (2005), p. 169 à 226.

PALCHETTI, Paolo

«De facto organs of a State», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1048 à 1052.

PARRY, Clive

«The practice of States», *The Grotius Society, Problems of Public and Private International Law*, vol. 44, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1958, p. 145 à 186.

PAUST, Jordan J.

«Nonstate actor participation in international law and the pretense of exclusion», *Virginia Journal of International Law*, vol. 51 (2011), p. 977 à 1004.

PELLET, Alain

«Article 38», dans A. Zimmermann *et al.*, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 731 et suiv.

PETRIČ, Ernest

«Customary international law in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia» (à paraître).

REISMAN, W. Michael

«The democratization of contemporary international law-making processes and the differentiation of their application», dans R. Wolfrum et V. Röben (dir. publ.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, p. 15 à 30.

ROBERTS, Anthea

«Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60 (2011), p. 57 à 92.

ROBERTS, Anthea, et Sandesh SIVAKUMARAN

«Lawmaking by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law», *Yale Journal of International Law*, vol. 37 (2012), p. 107 à 152.

ROSENNE, Shabtai

Practice and Methods of International Law, Londres, Oceana Publications, 1984.

SANTULLI, Carlo

Introduction au droit international, Paris, Pedone, 2013.

SCHACHTER, Oscar

«Entangled treaty and custom», dans Y. Dinstein et M. Tabory (dir. publ.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 717 à 738.

SCHARF, Michael P.

Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

SÉFÉRIADÈS, S.

«Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement», *RGDIP*, vol. 43, n^o 2 (1936), p. 129 à 196.

SENDER, Omri, et Sir Michael WOOD

«The emergence of customary international law: between theory and practice», dans C. Brölmann et Yannick Radi (dir. publ.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Cheltenham, Edward Elgar (à paraître), p. 133 et suiv.

SHAW, Malcolm N.

International Law, 6^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

SINCLAIR, Sir Ian

«The impact of the unratified codification convention», dans A. Bos et H. Siblesz (dir. publ.), *Realism in Law-Making: Essays on International Law in Honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 211 à 229.

SKUBISZEWSKI, Krzysztof

«Elements of custom and the Hague Court», *Zeitschrift für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31 (1971), p. 810 à 854.

SLAMA, Jo Lynn

«Opinio juris in customary international law», *Oklahoma City University Law Review*, vol. 15 (1990), p. 603 à 656.

- SOHN, L. B.
«Unratified treaties as a source of customary international law», dans A. Bos et H. Siblesz (dir. publ.), *Realism in Law-making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 231 à 246.
- STEER, Cassandra
«Non-State actors in international criminal law», dans J. D'Aspremont (dir. publ.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Londres, Routledge, 2011, p. 295 à 310.
- STERN, Brigitte
«Custom at the heart of international law», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, n° 1 (2001), p. 89 à 108.
- STRUPP, Karl
«Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1934*, vol. 47, Leyde, A. W. Sijthoff, 1968, p. 259 et suiv.
- SUY, Eric
«Innovations in international law-making processes», dans R. St. John Macdonald, D. M. Johnston et G. L. Morris (dir. publ.), *The International Law and Policy of Human Welfare*, Alphen-sur-le-Rhin, Sijthoff & Noordhoff, 1978, p. 187 à 200.
- TAKI, Hiroshi
«*Opinio juris* and the formation of customary international law: a theoretical analysis», *German Yearbook of International Law*, vol. 51 (2008), p. 447 à 466.
- TASIOULAS, John
«*Opinio juris* and the genesis of custom: a solution to the "paradox"», *Australian Yearbook of International Law*, vol. 26 (2007), p. 199 à 205.
- THIRLWAY, Hugh
International Customary Law and Codification, Leyde, Sijthoff, 1972.
«The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989 (Part Two)», *The British Year Book of International Law 1990*, vol. 61 (1991), p. 1 à 133.
The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2013.
The Sources of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- TOMKA, PETER
«Custom and the International Court of Justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, n° 2 (2013), p. 195 à 216.
- TREVES, Tullio
«Customary international law», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 937 à 957.
- TUNKIN, G. I.
«Remarks on the juridical nature of customary norms of international law», *California Law Review*, vol. 49 (1961), p. 419 à 430.
- VAN HOOF, G. J. H.
Rethinking the Sources of International Law, Anvers, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983.
- VANHAMME, Jan
«Formation and enforcement of customary international law: The European Union's contribution», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 39 (2008), p. 127 à 154.
- VERDROSS, Alfred
«Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts», *Zeitschrift für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 29 (1969), p. 635 à 653.
- VILLIGER, Mark E.
Customary International Law and Treaties, 2° éd., La Haye, Kluwer Law International, 1997.
- WALDOCK, Sir Humphrey
«General course on public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1962-II*, t. 106, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers Group, 1993, p. 247 à 330.
- WALTER, C
«Subjects of international law», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 636 et suiv.
- WEISBURD, Arthur M.
«Customary international Law: the problem of treaties», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21 (1988), p. 1 et suiv.
«The International Court of Justice and the concept of State practice», *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 31 (2009), p. 295 et suiv.
- WOLFKE, Karol
Custom in Present International Law, 2° éd., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
«Some persistent controversies regarding customary international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24 (1993), La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, p. 1 à 16.
«Treaties and custom: aspects of interrelation», dans J. Klabbers et R. Lefeber (dir. publ.), *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998, p. 31 à 39.
- WOLFRUM, Rüdiger
«Sources of international law», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9 (2012), Oxford, Oxford University Press, p. 299 à 313.
- WOOD, Sir Michael, et Omri SENDER
«State practice», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9 (2012), Oxford, Oxford University Press, p. 509 à 517.
- WORSTER, William Thomas
«The transformation of quantity into quality: critical mass in the formation of customary international law», *Boston University International Law Journal*, vol. 31 (2013), p. 1 à 73.
- WOUTERS, Jan, et Philip DE MAN
«International organizations as law-makers», dans J. Klabbers et A. Wallendahl (dir. publ.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 190 à 224.
- WUERTH, Ingrid
«International law in domestic courts and the *Jurisdictional Immunities of the State* case», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, n° 12 (2012), p. 819 à 837.
- YEE, Sienho
«The news that *opinio juris* "is not a necessary element of customary [international] law" is greatly exaggerated», *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), p. 227 à 238.
- ZEMANEK, Karl
«What is "State practice" and who makes it?», dans U. Beyerlin et al. (dir. publ.), *Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer-Verlag, 1995, p. 289 à 306.

Introduction

1. Ayant inscrit le sujet «Formation et identification du droit international coutumier» à son programme de travail en 2012, la Commission du droit international a organisé un débat préliminaire sur la base d'un rapport du Rapporteur spécial, Sir Michael Wood¹. Toujours en 2012, à l'issue du débat à la Sixième Commission, l'Assemblée générale a noté avec satisfaction la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail².

2. À sa soixante-cinquième session, en 2013, la Commission a tenu un débat général³ sur la base du premier rapport du Rapporteur spécial⁴, qui avait essentiellement valeur d'introduction, et d'une étude du Secrétariat sur les éléments des travaux antérieurs de la Commission pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet⁵. À la lumière du débat et à la suite de consultations officieuses, la Commission a décidé de changer l'intitulé du sujet comme suit : «Détermination du droit international coutumier». Il s'agissait ainsi en partie d'éviter les difficultés de traduction du mot *evidence* dans les autres langues officielles des Nations Unies et de souligner que le sujet avait pour finalité première de fournir des orientations à ceux qui sont appelés à déterminer l'existence de telle ou telle règle de droit international coutumier et ce, étant entendu que les questions relatives à ce qu'un membre de la Commission a appelé «éléments de la formation» et celles relatives à la preuve du droit international coutumier demeuraient dans le champ du sujet⁶.

3. En outre, le Rapporteur spécial a dégagé du débat et des consultations officieuses les conclusions suivantes⁷ :

a) les membres de la Commission ont été généralement favorables à l'approche binaire dite «des deux éléments», c'est-à-dire à l'idée que, pour déterminer telle ou telle règle de droit international coutumier, on interrogera à la fois la pratique générale et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit. Presque tous ceux qui ont pris la parole ont expressément souscrit à cette approche, qui est par ailleurs étayée par la grande diversité des matériaux examinés dans le premier rapport, et aucun participant ne

l'a mise en doute. Cependant, on a reconnu que les deux éléments peuvent parfois être «étroitement imbriqués» et que l'importance relative à accorder à chacun peut varier selon les circonstances ;

b) les membres de la Commission se sont accordés à dire que les sources principales d'indications sur le sujet seraient certainement la démarche des États ainsi que la jurisprudence des juridictions internationales, au premier rang desquelles la Cour internationale de Justice ;

c) les membres de la Commission se sont accordés à considérer que les résultats des travaux sur le sujet devraient revêtir un caractère pratique et la forme d'un ensemble de «conclusions» assorties de commentaires, ces conclusions ne devant pas être revêtues d'un caractère par trop impératif ;

d) de l'avis général, la Commission devrait, dans une certaine mesure, s'intéresser aux liens entre le droit international coutumier et d'autres sources de droit international, en particulier les traités et les principes généraux du droit, mais également au droit international coutumier «spécial» ou «régional» ;

e) la plupart des membres de la Commission étaient d'avis que le *jus cogens* ne devrait pas être envisagé dans le cadre du présent sujet.

4. Au cours du débat à la Sixième Commission en 2013, les délégations ont souscrit à l'approche binaire dite «des deux éléments» tout en insistant sur la nécessité d'étudier la question de l'importance relative à accorder à la pratique des États et à l'*opinio juris*. Les avis ont divergé quant à l'opportunité d'envisager le *jus cogens* à l'occasion du présent sujet. On s'est largement félicité que la Commission se propose d'examiner les rapports entre le droit international coutumier et d'autres sources du droit international, même si l'on a fait observer qu'il fallait traiter séparément la question de la hiérarchie des sources. On a souligné l'intérêt d'examiner le droit international coutumier «spécial» ou «régional», y compris la coutume bilatérale⁸.

5. Les délégations ont à nouveau souligné qu'il importait d'interroger, autant que possible, la pratique des États de toutes les régions du monde pour déterminer le droit international coutumier, tout en notant cependant que les États sont relativement peu nombreux à recueillir et publier systématiquement leur pratique. On a suggéré de procéder en toute prudence à l'analyse de la pratique des États, en particulier s'agissant des décisions des tribunaux internes et régionaux. On a en outre suggéré d'examiner la pratique des organisations internationales⁹.

6. Une ou deux délégations ont suggéré à la Commission de surseoir à se prononcer sur la forme à donner au résultat final des travaux. Néanmoins, la solution de

¹ Voir *Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/653, par. 1.

² Résolution 67/92 de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 2012, par. 7.

³ *Annuaire... 2013*, vol. I, 3181^e à 3186^e séance, 17 au 19 juillet et 23 au 25 juillet ; voir également *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 69 à 73, par. 66 à 107.

⁴ Voir *ibid.*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663.

⁵ Voir *ibid.*, document A/CN.4/659.

⁶ *Ibid.*, vol. I, 3186^e séance, 25 juillet 2013. Il n'est pas inutile de rappeler à cet égard l'observation de Jennings selon laquelle «en droit international, savoir si une règle du droit coutumier existe et comment le droit coutumier se forme sont des questions qui tendent à se confondre en pratique» (Jennings, «What is international law and how do we tell it when we see it?», p. 60) ; voir également Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 116 : «La détermination et la formation du droit international coutumier sont par nécessité étroitement liées puisque, d'une part, le processus de formation détermine les moyens d'identification des règles coutumières et, de l'autre, la constatation de l'existence d'une coutume ou de ses éléments influence son développement futur. Cette interdépendance ressort déjà de la teneur de l'alinéa b) de l'Article 38, paragraphe 1 du Statut de la Cour [internationale].»

⁷ *Annuaire... 2013*, vol. I, 3186^e séance, 25 juillet, p. 112 et suiv.

⁸ Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-huitième session (A/CN.4/666), par. 43 et 44.

⁹ *Ibid.*, par. 45 et 46.

« conclusions » assorties de commentaires a recueilli une large adhésion. On a souligné qu'il importait de ne pas donner une forme par trop impérative au résultat de ses travaux et de conserver sa souplesse au droit international coutumier¹⁰.

7. À sa soixante-cinquième session, en 2013, la Commission a demandé aux États

de lui donner, avant le 31 janvier 2014, des informations sur leur pratique relative à la formation du droit international coutumier et aux types d'éléments pouvant servir à identifier ce droit dans une situation donnée. Cette pratique pourrait être reflétée dans :

a) des déclarations officielles faites devant des corps législatifs, des juridictions ou des organisations internationales ; et

b) des décisions de juridictions nationales, régionales ou sous-régionales¹¹.

Le Rapporteur spécial sait gré aux neuf États¹² qui, à la date de la rédaction du présent rapport, ont apporté leurs contributions écrites. Des contributions supplémentaires seraient à tout moment les bienvenues.

8. Le Rapporteur spécial pense que toutes contributions d'institutions universitaires seraient utiles à la réflexion sur le sujet. Ces deux dernières années, plusieurs institutions ont organisé des réunions, à la fois enrichissantes et stimulantes, sur divers aspects du sujet. Depuis la soixante-cinquième session de la Commission, il y a également de nouveaux ouvrages de doctrine, de même qu'une jurisprudence internationale nouvelle dignes d'intérêt évoqués dans le présent rapport.

9. Le premier rapport¹³ traitait des principaux documents à consulter aux fins du présent sujet et de certaines questions préliminaires. Ce deuxième rapport s'intéresse

¹⁰ Ibid., par. 47.

¹¹ *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 16, par. 26.

¹² Allemagne, Belgique, Botswana, Cuba, El Salvador, Fédération de Russie, Irlande, République tchèque et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

¹³ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663.

aux questions centrales ayant trait à la démarche à retenir pour déterminer les règles du droit international coutumier « général », en particulier les deux éléments constitutifs de la coutume et la manière d'en apprécier l'existence. Le chapitre I du rapport, consacré à la portée des travaux et à la forme des résultats, s'attache à expliquer que les projets de conclusion traitent de la méthode de détermination des règles du droit international coutumier sans s'intéresser au contenu de ces règles. Au chapitre II, consacré à la terminologie, est proposée une définition du droit international coutumier qui s'inspire du libellé du paragraphe 1 b de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, sans s'y référer directement. Dans le chapitre III est décrite en termes généraux l'approche de base dite « des deux éléments » que sont « une pratique générale » qui soit « acceptée comme étant le droit » (communément appelés « la pratique des États » et « *opinio juris* », respectivement) et dont il sera fait, dans les chapitres IV et V, une analyse plus détaillée, analyse qui sera poursuivie dans le troisième rapport (comme cela est expliqué dans le chapitre VI sur le programme de travail futur).

10. Il semble souhaitable de traiter dans le même rapport de la pratique et de l'*opinio juris*, étant donné le lien étroit qui les unit, même si cela conduit à explorer tout un terrain sans le bénéfice de débats approfondis à la Commission et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Les chapitres IV et V revêtant ainsi forcément un caractère préliminaire, le Rapporteur spécial sera sans doute amené à revoir et à affiner le texte et les projets de conclusion dans son prochain rapport.

11. Le présent rapport contient 11 projets de conclusion, dont le texte figure à l'annexe. Comme cela y est indiqué, il est proposé de les articuler en quatre parties : introduction ; deux éléments constitutifs ; pratique générale ; et acceptée comme étant le droit. Cette articulation reflète l'économie générale envisagée. Le Rapporteur spécial proposera d'autres projets de conclusion dans son prochain rapport, mais – toujours sous réserve des vues des membres de la Commission – ceux-ci seront sans doute sans incidence sur l'économie générale du projet.

CHAPITRE I

Délimitation du sujet et forme des résultats des travaux de la Commission

12. Les débats à la Commission et à la Sixième Commission en 2013 sont venus confirmer l'intérêt du présent sujet, dont la finalité est de fournir des orientations pratiques à ceux qui sont appelés en quelque qualité à déterminer l'existence de telles ou telles règles de droit international coutumier, singulièrement ceux qui ne sont pas forcément des spécialistes du droit international public général. Une certaine clarté s'impose dans l'application pratique de cet aspect fondamental du droit international, même s'il faut reconnaître que le processus coutumier est souple par définition. De l'aveu général,

la question des sources est éminemment importante ; et les vives controverses jurisprudentielles et doctrinales ne sont pas d'intérêt purement théorique. S'il est naturel de les trouver passionnantes et de s'y livrer,

on n'oubliera cependant pas que l'intérêt de ces controverses est la preuve, s'il en est, des lacunes du système juridique considéré¹⁴.

13. Bien entendu, le présent sujet a pour objet non pas tant de se prononcer sur la substance des règles de droit international coutumier, ou de répondre à l'importante question de savoir qui est lié par telle ou telle règle (États, organisations internationales, autres sujets du droit international) que de traiter de la seule question méthodologique de la détermination du droit international coutumier.

14. Le présent sujet et toutes conclusions qui en découleraient sont sans préjudice des travaux en cours sur

¹⁴ Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, p. 17.

d'autres sujets. Le Rapporteur spécial se gardera donc d'évoquer à cette occasion les questions relatives aux autres sources du droit international, notamment les principes généraux du droit (Art. 38, par. 1 *c*, du Statut de la Cour internationale de Justice). Les travaux seront également sans préjudice des questions relatives au *jus cogens*, qui pourraient être envisagées séparément.

15. Vu ce qui précède, le projet de conclusion suivant est proposé :

« *Projet de conclusion 1. Portée*

« 1. Les présents projets de conclusion intéressent la méthodologie à suivre pour déterminer l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier.

« 2. Les présents projets de conclusion sont sans préjudice de la méthodologie concernant d'autres sources du droit international et les questions relatives aux normes impératives de droit international (*jus cogens*). »

CHAPITRE II

Emploi des termes

16. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial proposait une définition du « droit international coutumier » sous forme de simple renvoi au paragraphe 1 *b* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice¹⁵. Certains membres de la Commission ont estimé qu'un renvoi n'était pas entièrement satisfaisant, tant parce que le texte n'était pas autonome que parce que l'on pourrait considérer qu'il repose trop sur le Statut, qui s'applique en principe à la seule Cour¹⁶.

17. Le Rapporteur spécial propose donc à la Commission d'adopter une définition du droit international coutumier qui s'inspire du texte du Statut de la Cour internationale de Justice sans le viser expressément, cette solution présentant l'intérêt de conserver les concepts clefs (« une pratique générale », « acceptée comme étant le droit ») qui forment le socle de l'approche suivie non seulement par la Cour internationale de Justice elle-même mais aussi par d'autres cours et tribunaux ainsi que par les États¹⁷. Le texte du paragraphe 1 *b* de l'Article 38, aujourd'hui presque centenaire, reste une source très largement invoquée et n'a pris aucune ride. En fait, comparée aux expressions (« pratique des États » et « *opinio juris* ») sans doute d'usage plus courant de nos jours, la formulation du Statut semble moins problématique et plus moderne. Quoiqu'il en soit, le dédoublement résultant du Statut « constitue un outil extrêmement utile pour “découvrir” les règles coutumières¹⁸ ».

18. L'autre expression qu'il serait peut-être utile de définir est celle d'« organisation internationale ». Il serait bon d'adopter la définition résultant de l'article 1, paragraphe 1, de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel et de l'article 2, paragraphe 1 *i*, de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986), où l'expression « organisation internationale » s'entend de l'« organisation intergouvernementale ». Comme il ressort du commentaire de la Commission, la définition plus élaborée figurant au projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales a été dégagée dans le contexte particulier dudit sujet¹⁹. Dans le présent contexte, la définition plus générale et plus large semblerait préférable.

19. L'opportunité de définir d'autres termes sera appréciée en cours de travaux. Si l'on retenait l'idée de consacrer une disposition à l'« emploi des termes », sans doute y aurait-il lieu d'y insérer une clause de sauvegarde semblable à celles envisagées dans des textes antérieurs issus de projets de la Commission, comme l'article 2, paragraphe 3, de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens²⁰.

20. Vu ce qui précède, le projet de conclusion suivant est proposé :

« *Projet de conclusion 2. Emploi des termes*

« Aux fins des présents projets de conclusion :

« *a*) l'expression « droit international coutumier » s'entend des règles de droit international qui découlent et sont l'expression d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;

« *b*) l'expression « organisation internationale » s'entend de toute organisation intergouvernementale ;

« *c*) ... »

¹⁵ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663, par. 45.

¹⁶ Mais voir *ibid.*, par. 32 : « Le paragraphe 1 de l'Article 38 a fréquemment été mentionné ou reproduit dans des instruments ultérieurs. Même si sa formulation ne s'applique qu'à la Cour internationale de Justice, les sources qui y sont définies sont généralement considérées comme valables pour les autres juridictions internationales, sous réserve de toutes règles expressément énoncées dans les statuts respectifs de ces dernières. » Il ressort clairement du chapeau de l'Article 38, paragraphe 1, tel qu'adopté en 1945 (« La Cour, dont la mission est de régler *conformément au droit international* les différends qui lui sont soumis, applique »), que cette disposition vient énumérer les sources du droit international.

¹⁷ Voir par. 24 et 25 ci-après.

¹⁸ Pellet, « Article 38 », p. 813 ; voir également Danilenko, « The theory of international customary law », p. 10 et 11 : « la définition de la coutume figurant à l'Article 38 du Statut est extrêmement importante pour la théorie et la pratique du droit international coutumier. En premier lieu, l'Article 38 confirme que la reconnaissance de la coutume internationale par tous les États est l'une des principales sources du droit international [...]. Deuxièmement, l'Article 38 traduit l'accord de tous les membres de la communauté internationale quant aux éléments qui doivent exister pour que des règles du droit international coutumier se forment et s'appliquent, à savoir, d'une part, une pratique, et, de

l'autre, l'acceptation de cette pratique comme étant le droit » ; Arango-Ruiz, « Customary law: a few more thoughts about the theory of “spontaneous” international custom », p. 105.

¹⁹ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 47 à 50, paragraphes 1 à 15 du commentaire relatif au projet d'article 2.

²⁰ Aux termes de cet article, « [I]es dispositions des paragraphes 1 et 2 concernant l'emploi des termes dans la présente Convention n'affectent pas l'emploi de ces termes ni le sens qui peut leur être donné dans d'autres instruments internationaux ou dans le droit interne d'un État ».

CHAPITRE III

Approche fondamentale : deux éléments constitutifs

21. Le présent rapport part du principe que, pour déterminer l'existence de telle ou telle règle de droit international coutumier, il faut interroger la pratique et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (approche binaire dite «des deux éléments»)²¹. Cette approche a recueilli une large adhésion pendant les débats tenus en 2013 au sein de la Commission et à la Sixième Commission²². Comme on le verra ci-après, on la retrouve de fait généralement dans la pratique des États et la jurisprudence des juridictions internationales, dont la Cour internationale de Justice, et elle jouit de la faveur de la doctrine.

22. Selon cette approche, il existerait une règle de droit international coutumier dès lors qu'on est en présence d'une «pratique générale» qui est «acceptée comme étant le droit», ces deux éléments, «les critères, [que la Cour internationale de Justice] a maintes fois énoncés, permettant d'identifier une règle de droit international coutumier²³», devant être réunis en toutes circonstances pour autoriser à conclure à l'existence d'une règle de droit coutumier international. Par suite, pour conclure en toute certitude à l'existence de telle ou telle règle de droit coutumier, «il faudrait avoir l'assurance qu'une telle règle répond aux conditions requises pour que prenne naissance une coutume internationale²⁴».

23. Ces deux éléments sont en effet indispensables à toute règle de droit international coutumier à proprement parler. Comme l'a dit un auteur,

en l'absence de toute pratique (*consuetudo*), l'expression «droit international coutumier» serait impropre dans la mesure où la pratique constitue précisément la principale *differentia specifica* de cette branche du droit international. En revanche, en l'absence de l'élément subjectif de l'acceptation de la pratique comme étant le droit, la coutume

internationale ne se distinguerait pas du simple usage (*usus*) ou d'autres règles de conduite non juridiques²⁵.

24. L'approche des deux éléments est largement consacrée par la pratique des États. Pour ne citer que quelques exemples récents, les États-Unis d'Amérique, le Rwanda et l'Uruguay sont convenus, dans des traités d'investissement bilatéraux, que le droit international coutumier «résulte d'une pratique générale et constante des États, que ceux-ci suivent comme y étant juridiquement tenus²⁶». De même, selon les Pays-Bas et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, «les deux éléments constitutifs du droit international coutumier sont la pratique généralisée et constante des États (pratique des États) et le sentiment que le respect de la règle de droit est obligatoire (*opinio juris*)²⁷». L'ensemble des États membres de l'Union européenne ont adopté la même position dans les Lignes directrices de l'Union européenne concernant la promotion du droit humanitaire international, qui voient dans le droit international coutumier une source du droit international qui «découle de la pratique des États à laquelle ceux-ci reconnaissent un caractère contraignant²⁸». La Cour suprême singapourienne a jugé que «la pratique fréquente et pratiquement uniforme des États associée à l'*opinio juris* était requise pour conférer à une règle donnée valeur de règle de droit international coutumier²⁹», et la Cour constitutionnelle slovène a également considéré que telle norme «peut revêtir le caractère de règle contraignante de droit international coutumier dès lors qu'elle est appliquée par un grand nombre d'États comme étant une règle de droit international coutumier à respecter³⁰». La Cour constitutionnelle et la Cour suprême tchèques ont également considéré que les deux éléments étaient essentiels³¹, de même que la Cour d'appel néo-zélandaise, qui a observé que «le droit international coutumier, les règles (non écrites) du droit international liant tous les États,

²¹ Voir également *supra* le paragraphe 3 a.

²² Voir également *infra* le paragraphe 24.

²³ *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la p. 122, par. 55; dans le même paragraphe, la Cour internationale de Justice a précisé qu'«une «pratique effective» assortie d'une *opinio juris* est en particulier requise pour qu'existe une telle règle»; voir également *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la p. 44, par. 77: «deux conditions doivent être remplies. Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit»; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 13, à la page 29, par. 27: «Il est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États»; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 97, par. 183: «la Cour doit maintenant identifier les règles du droit international coutumier applicables au présent différend. Pour cela, elle doit examiner la pratique et l'*opinio juris* des États»; Tomka, «Custom and the International Court of Justice», p. 197: «En fait, la Cour n'a jamais répudié son opinion, solidement fondée sur le texte de son statut, selon laquelle le droit international coutumier est «une pratique générale acceptée comme étant le droit».»

²⁴ *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 47, par. 9 (opinion individuelle collective de MM. Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda).

²⁵ Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 40 et 41.

²⁶ Voir annexe A du Traité entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République du Rwanda concernant la promotion et la protection réciproque de l'investissement (Kigali, 19 février 2008, *Treaties and Other International Acts Series* 12-0101); et annexe A du Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République orientale d'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproque de l'investissement (Montevideo, 4 novembre 2005, *ibid.*, 06-1101), dans lesquelles les parties sont convenues que le droit international coutumier en général et tel que défini à l'article 5 et à l'annexe B résulte d'une pratique générale et constante des États, qu'ils suivent comme y étant juridiquement tenus.

²⁷ Mémoire des Gouvernements du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et du Royaume des Pays-Bas en qualité d'*amici curiae* à l'appui des défendeurs dans l'affaire *Esther Kiobel* et al. v. *Royal Dutch Petroleum Co.* et al. (3 février 2012), Cour suprême des États-Unis, p. 8.

²⁸ *Journal officiel de l'Union européenne*, n° C 303, 15 décembre 2009, p. 13, par. 7.

²⁹ Cour suprême singapourienne, *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, Cour d'appel, 14 mai 2010, par. 96, ILR, vol. 143, p. 374.

³⁰ Décision n° U-I-146/07, 13 novembre 2008, par. 19, note de bas de page xix; voir également affaire n° Up-13/99-24, décision du 8 mars 2001, par. 14.

³¹ *Succession of States and Individuals*, dossier n° II. US 214/98 (30 janvier 2001); et *Diplomatic Privileges and Immunities of a Visiting Prince Case*, dossier n° 11 Tcu 167/2004 (16 décembre 2004).

apparaissent quand les États suivent certaines pratiques, généralement et constamment, comme y étant juridiquement tenus³²». Le fait qu'une pratique générale et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit soient requises pour la formation et la détermination du droit international coutumier a en outre été reconnu notamment par l'Afrique du Sud, l'Autriche, la Fédération de Russie, l'Inde, Israël, la Malaisie, les pays nordiques, le Portugal, la République islamique d'Iran et le Viet Nam dans leurs interventions lors des débats consacrés par la Sixième Commission aux rapports de la Commission de 2012 et de 2013³³. Dans des conclusions déposées récemment devant la Cour internationale de Justice, des États ont continué de fonder leur argumentation sur l'approche dite des deux éléments³⁴.

25. D'autres juridictions internationales ont également admis que, pour déterminer l'existence de telle ou telle règle de droit international coutumier, il fallait s'attacher aux deux éléments. Comme le Rapporteur spécial l'a fait observer dans son premier rapport, quel que soit le contexte dans lequel ces autres juridictions travaillent, elles s'appuient généralement sur l'approche et la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, notamment sur le rôle constitutif attribué aux deux éléments que sont la pratique des États et l'*opinio juris*³⁵.

26. La plupart des auteurs souscrivent également à l'approche des deux éléments, comme il ressort d'ouvrages et traités de droit international public³⁶ et mono-

graphiques consacrées à la coutume ou s'y rapportant, que ces ouvrages traitent spécialement des sources du droit international³⁷ ou de toute autre question ayant trait à celui-ci³⁸. À titre d'exemple, dans *Oppenheim's International Law*, aux termes de l'alinéa b du paragraphe 1 de l'Article 38, la coutume est constituée de deux éléments essentiels, à savoir la pratique et l'*opinio juris*³⁹. Il résulte de la dernière édition de l'ouvrage intitulé *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations* que

la coutume, au sens juridique, signifie davantage que la simple habitude ou l'usage, que c'est un usage considéré comme obligatoire par ceux qui le suivent et, qu'aux termes de l'alinéa b du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut, il convient d'examiner si la coutume supposée est le fruit d'une «pratique générale acceptée comme étant le droit»⁴⁰.

fondamentaux constituant la coutume: une pratique des États (*usus* ou *diuturnitas*) et l'opinion correspondante des États (*opinio juris* ou *opinio necessitatis*)»; Dupuy et Kerbrat, *Droit international public*, p. 364, par. 324: «La bivalence du phénomène coutumier trouve un écho direct dans la représentation qu'en donnent les différents courants de la doctrine, aussi bien objectiviste que volontariste. Pour les uns comme pour les autres, confortés par le texte précité de l'Article 38 b du Statut de la Cour de La Haye ([Cour permanente de Justice internationale] puis [Cour internationale de Justice]), la réunion de deux éléments est nécessaire pour que naisse la coutume en tant que règle de droit»; Bos, *A Methodology of International Law*, p. 109: «pour qu'une coutume existe, il suffit de constater l'existence des aspects factuels de celle-ci, c'est-à-dire ses éléments matériel et psychologique, et de les évaluer au regard de la définition de la coutume»; Lowe, *International Law*, p. 36 à 63; Shaw, *International Law*, p. 74: «on peut distinguer deux éléments fondamentaux dans la constitution d'une coutume. D'une part, l'élément matériel, c'est-à-dire le comportement effectif des États, d'autre part l'élément psychologique ou subjectif, à savoir la conviction que ce comportement est dicté par le droit»; voir Damrosch *et al.*, *International Law: Cases and Materials*, p. 59: «Ce qui est clair est que la définition de la coutume comprend deux éléments distincts»; Daillier, Forteau et Pellet, *Droit international public*, p. 353: «Il est certes admis par tous que le processus coutumier n'est parfait que par la réunion de deux éléments»; Murphy, *Principles of International Law*, p. 92 et 93: «Les États, de par leur pratique, et les publicistes, dans le cadre de la doctrine et de la jurisprudence, sont convenus qu'une règle du droit international coutumier se forme lorsque deux conditions sont remplies: 1) il existe une pratique relativement uniforme et cohérente en ce qui concerne une question particulière; et 2) les États ont la conviction que cette pratique est juridiquement obligatoire»; Clapham, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, 7^e éd. (Oxford University Press, 2012), p. 57 à 63; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 23: «une coutume existe lorsque [...] quelqu'un (un conseiller juridique, un tribunal, un gouvernement, un commentateur) répond par l'affirmative à deux questions connexes: a) existe-t-il une pratique générale; b) cette pratique est-elle acceptée comme étant le droit international?»; Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Publico*, p. 136: «une pratique suivie par les sujets internationaux et généralement acceptée par ceux-ci comme étant le droit»; Klabbers, *International Law*, p. 26: «deux conditions principales: il doit exister une pratique générale, et cette pratique générale doit être acceptée comme étant le droit [...]»; Santulli, *Introduction au droit international*, p. 45: «la doctrine classique des deux éléments de la coutume: la pratique, qui constitue l'élément matériel [...], et l'acceptation ou *opinio iuris*, qui constitue l'élément volontaire (ou "psychologique")».

³⁷ Voir, par exemple, Millán Moro, *La "opinio iuris" en el derecho internacional contemporáneo*; Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 56 et 57: «En droit international classique, les critères de la reconnaissance d'une règle coutumière sont les suivants: il doit exister une pratique suffisante des États [...] et cette pratique doit s'accompagner de preuves de ce que l'on appelle traditionnellement l'*opinio juris* ou l'*opinio juris sive necessitatis* ou être étayée par de telles preuves.»

³⁸ Par exemple, Corten, *Le droit contre la guerre*, chap. 1; pour une édition antérieure, en anglais, voir Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, chap. 1.

³⁹ Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 27.

⁴⁰ Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 57.

³² *Zaouvi v. Attorney General*, CA20/04, Cour d'appel, Wellington, 30 septembre 2004, par. 34.

³³ *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie); et *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie). Les déclarations faites par les différents États sont disponibles dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18^e à 25^e séance (A/C.6/67/SR.18 à SR.25); et *ibid.*, *soixante-huitième session, Sixième Commission*, 17^e à 26^e séance et 29^e séance (A/C.6/68/SR.17 à SR.26 et A/C.6/68/SR.29).

³⁴ À titre d'exemple, dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, l'Allemagne a considéré qu'«[i]l n'exist[ait] pas de pratique générale, soutenue par l'*opinio juris*, élargissant la dérogation au principe de l'immunité des États aux cas de violations du droit humanitaire commises par des forces militaires pendant un conflit armé» [mémoire de la République fédérale d'Allemagne, 12 juin 2009, p. 33, par. 55] et l'Italie, qui n'invoquait pas le droit international coutumier, a considéré dans son contre-mémoire que «[l]a question qui se pos[ait] en l'espèce n'[était] pas de savoir s'il exist[ait] une pratique générale et constante, confirmée par l'*opinio juris*, faisant ressortir l'existence d'une règle internationale de nature coutumière autorisant d'une manière générale le refus de l'immunité en présence de violations graves du droit international humanitaire ou des droits de l'homme» (contre-mémoire de l'Italie, 22 décembre 2009, p. 82, par. 4.108). Pour un autre exemple récent, voir l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, en particulier, dans les questions posées par des membres de la Cour au terme de l'audience tenue le 16 mars 2012, la question posée à la Belgique – le Sénégal étant invité à faire des observations – par le juge Greenwood au terme de l'audience du 16 mars 2012. De même, dans d'autres affaires, si des États n'ont pas cherché à démontrer l'existence d'une règle de droit international coutumier en invoquant l'existence soit de la seule pratique soit de la seule *opinio juris*, ils n'ont pas cherché à mettre en doute l'existence d'une prétendue règle de droit international coutumier en faisant valoir que l'approche des deux éléments était erronée d'un point de vue théorique.

³⁵ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663, par. 66 à 82.

³⁶ Voir, par exemple, Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 25 à 31; Cassese, *International Law*, p. 157: «les éléments

27. Ainsi qu'il est dit dans le premier rapport, certains auteurs ont tenté de dégager d'autres approches, généralement axées sur un élément constitutif au détriment de l'autre, que ce soit la pratique ou l'*opinio juris*, voire en excluant complètement un élément⁴¹. De même, dans une certaine mesure, dans ses travaux, qui ont abouti en 2000 à la Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général (Déclaration de Londres)⁴², l'Association de droit international tend à minimiser le rôle de l'élément subjectif⁴³. Si tous ces écrits présentent un intérêt, qu'ils ne sauraient laisser indifférent et qu'ils sont (et doivent être) dûment pris en compte, il n'en demeure pas moins qu'ils ne semblent pas avoir véritablement influencé l'approche adoptée par les États et les juridictions. L'approche des deux éléments demeure prédominante⁴⁴.

28. Dans le premier rapport, le Rapporteur spécial a recherché s'il existait différentes approches permettant de déterminer des règles de droit international coutumier dans les différentes branches du droit⁴⁵. À titre d'exemple, on a fait valoir en doctrine⁴⁶ – thèse adossée çà et là à la pratique⁴⁷ – dans les branches du droit international dont,

⁴¹ Voir *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663, par. 97 à 101.

⁴² «London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law», et commentaire, *Report of the Sixty-ninth Conference held in London, 25-29th July 2000*, p. 712 à 777; résolution 16/2000, «Formation of general customary international law» («Formation du droit international coutumier général»), *ibid.*, p. 39; voir également *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663, par. 89 à 91.

⁴³ La Déclaration de Londres parle de la présumée nécessité de l'«élément subjectif» [Déclaration de Londres (voir la note précédente), p. 718, par. 10].

⁴⁴ Voir également Sender et Wood, «The emergence of customary international law: between theory and practice»: «l'approche des deux éléments a [...] permis la formation et l'identification de règles du droit international ayant pour la plupart été largement acceptées, tout en conservant au droit international coutumier la souplesse qui le caractérise. Elle s'est révélée à la fois utile et stable, et elle continue à faire autorité par le biais du Statut de la [Cour internationale de Justice], qui lie 193 États. Les autres approches de la formation des règles du droit international coutumier sont pour l'essentiel politiques; elles peuvent en tant que telles être instructives, mais elles demeurent politiques et ne relèvent pas du droit».

⁴⁵ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663, par. 19.

⁴⁶ *Ibid.*, notes de bas de page 31 à 33; voir également Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 128: «le moment est venu de mettre la théorie de la coutume à plat et d'en articuler les différents types (et donc les éléments) en relation avec différentes matières et différents domaines. Il n'y a pas une coutume internationale; il en existe de nombreuses dont la caractéristique commune n'a pas encore été établie. Il convient donc, au lieu d'essayer de faire entrer artificiellement la diversité croissante de l'expérience concrète dans le lit de Procuste de l'*opinio juris* traditionnelle, de dresser, du droit international coutumier, une nouvelle carte qui rende compte des divers aspects de la vie internationale»; Cassese, *International Law*, p. 160 et 161: «L'*usus* et l'*opinio* en tant qu'éléments du droit coutumier jouent un rôle différent dans une branche particulière du droit international, à savoir le droit humanitaire des conflits armés [...]. Eu égard [au libellé de la clause de Martens], on peut logiquement inférer (ce que la pratique confirme) que l'existence d'une pratique des États n'est peut-être pas nécessaire pour la formation d'un principe ou d'une règle reposant sur les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique [...]».

⁴⁷ Voir, par exemple, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et consorts*, affaire n° IT-95-16-T, jugement, 14 janvier 2000, *Recueils judiciaires 2000*, p. 1740 et 1742, par. 527: «les principes du droit international humanitaire peuvent, par processus coutumier, naître de la pression des exigences de l'humanité ou de celles de la conscience publique, même lorsque la

notamment, le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international pénal, qu'un seul élément, à savoir l'*opinio juris*, suffirait pour qu'il y ait règle de droit international coutumier⁴⁸. Il est toutefois plus juste de dire qu'il n'existe pas différentes approches⁴⁹, mais des variations dans la mise en œuvre de l'approche des deux éléments, selon la branche du droit (ou, peut-être plus précisément, selon le type de règle): par exemple, il se peut que, «aux fins de [telle ou telle] affaire donnée, la pratique [des États] la plus pertinente⁵⁰» serait constatée dans telle ou telle forme, à laquelle on conférerait «un rôle essentiel⁵¹». Mais, au fond, l'ap-

pratique des États est rare ou contradictoire. L'autre élément, l'*opinio necessitatis*, qui se cristallise sous l'effet des impératifs de l'humanité ou de la conscience publique, pourrait bien se révéler être l'élément décisif annonciateur de l'émergence d'une règle ou d'un principe général du droit humanitaire»; voir également Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, affaire n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, Chambre de la Cour suprême, arrêt, 3 février 2012, par. 93: «En ce qui concerne le droit international coutumier, la Chambre de la Cour suprême considère que, pour vérifier la survenance d'un principe ou d'une règle générale selon lesquels un fait contrevient aux lois de l'humanité ou aux injonctions de la conscience publique, le critère traditionnel, au regard duquel il faut rapporter la preuve d'une pratique des États largement répandue et pratiquement uniforme, est peut-être en réalité moins strict que dans d'autres branches du droit international et, pour démontrer l'existence d'une règle coutumière, la preuve de la conviction des sujets de droit que l'accomplissement d'un acte est obligatoire parce que le droit l'exige (élément psychologique ou *opinio juris*) peut primer sur celle de l'accomplissement effectif de cet acte.»

⁴⁸ De même, on a fait valoir que l'on pourrait recourir à une échelle mobile pour établir l'existence de telle règle de droit international coutumier à partir d'une pratique constante des États, en l'absence même de toute preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit, et ou de l'acceptation clairement établie de telle règle comme étant le droit, en l'absence même de toute preuve d'une pratique établie, par référence à l'activité considérée et au caractère raisonnable de la règle coutumière supposée: voir Kirgis, «Custom on a sliding scale», p. 149 (le modèle vise également les cas de figure où l'un ou l'autre élément n'a guère d'existence).

⁴⁹ Voir également les interventions faites au nom de l'Afrique du Sud, de la Chine, de la Fédération de Russie, de la République islamique d'Iran, d'Israël, de la Pologne et de Singapour pendant les débats que la Sixième Commission a consacrés en 2013 aux travaux de la Commission (voir *supra* la note 33), à l'occasion desquelles les délégations ont préconisé l'adoption d'une approche unifiée; Treves, «Customary international law», p. 938, par. 3: «La caractéristique essentielle commune des règles du droit international coutumier tient à la manière dont elles voient le jour et dont leur existence peut être établie»; Kammerhofer, «Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship».

⁵⁰ *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la p. 132, par. 73.

⁵¹ *Ibid.*, p. 162, par. 4 (opinion individuelle de M. le juge Keith); voir, par exemple, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 582, aux p. 614 et 615, par. 88: «en droit international contemporain, la protection des droits des sociétés et des droits de leurs actionnaires, et le règlement des différends y afférents sont essentiellement régis par des accords bilatéraux ou multilatéraux en matière de protection des investissements étrangers, tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers, et la convention de Washington du 18 mars 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États investisseurs, qui a créé un Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), ainsi que par des contrats entre les États et les investisseurs étrangers. Dans ce contexte, le rôle de la protection diplomatique s'est estompé, celle-ci n'étant en pratique appelée à intervenir que dans les rares cas où les régimes conventionnels n'existent pas ou se sont révélés inopérants»; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Dusko Tadić, alias «Dule»*, affaire n° IT-94-1-AR72, Chambre d'appel, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, *Recueils judiciaires 1994-1995*, vol. I, p. 464, par. 99: «Avant de relever certains des principes et règles du droit coutumier

proche est la même : les deux éléments sont requis. Procéder autrement, ce serait risquer de diviser artificiellement le droit international en plusieurs branches distinctes, ce qui le remettrait en cause en tant que système⁵². En tout état de cause, comme on le verra ci-après, il est souvent malaisé d'envisager les deux éléments séparément⁵³.

29. Il faut replacer tous les éléments de preuve dans leur contexte⁵⁴. Il convient de procéder avec le plus

qui sont apparus dans la communauté internationale pour régler la guerre civile, il convient d'élever une mise en garde sur le processus d'adoption des lois dans le domaine du droit des conflits armés. Quand on s'efforce d'évaluer la pratique des États en vue d'établir l'existence d'une règle coutumière ou d'un principe général, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de préciser le comportement effectif des troupes sur le terrain dans le but d'établir si elles respectent ou ignorent en fait certaines normes de conduite. Cet examen est considérablement compliqué par le fait que non seulement l'accès au théâtre des opérations militaires est normalement refusé aux observateurs indépendants (souvent même au CICR) mais aussi parce que les renseignements sur la conduite effective des hostilités sont dissimulés par les parties au conflit ; pis encore, il est souvent recouru à la désinformation dans le but de tromper l'ennemi ainsi que l'opinion publique et les gouvernements étrangers. Lorsqu'on évalue la formation de règles coutumières ou de principes généraux, il convient par conséquent d'être conscient que, du fait du caractère intrinsèque de ce domaine, on doit s'appuyer essentiellement sur des éléments comme les déclarations officielles des États, les manuels militaires et les décisions judiciaires ; voir également Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, *Recueils judiciaires 1999*, p. 156, par. 194 ; Conforti et Labella, *An Introduction to International Law*, p. 32 : « Le poids accordé aux actes dépend du contenu de la règle coutumière. Par exemple, les traités ont beaucoup d'importance en matière d'extradition, mais la jurisprudence des tribunaux internes a davantage de poids lorsque ce sont les immunités juridictionnelles de l'État et de ses organes qui sont en cause » ; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, aux pages 175, 176 et 178 (opinion dissidente de M. Tanaka) : « Déterminer si ces deux facteurs sont réunis ou non dans le processus de formation d'un droit coutumier soulève des problèmes délicats et difficiles à résoudre. [...] Ainsi, il ne faut pas interpréter de manière trop rigide les deux éléments [...] mais au contraire les apprécier en fonction des circonstances – et donc avec une certaine souplesse ; en d'autres termes, il faut se placer dans une perspective téléologique. [...] En bref, comme je l'ai indiqué plus haut, le mode de formation d'une règle coutumière est différent selon qu'il s'agit de tel ou tel domaine du droit. Le facteur temps (la durée de la coutume) est relatif ; il en va de même du facteur numérique (la pratique des États). Non seulement faut-il évaluer chacun des facteurs qui contribuent à la naissance d'une règle coutumière compte tenu de toutes les circonstances, mais encore considérer la formation du droit dans son ensemble comme un processus organique et dynamique. On ne doit pas envisager les conditions requises pour l'existence d'un droit coutumier d'un point de vue purement formaliste et oublier ce faisant le point de vue de la nécessité sociale, c'est-à-dire l'importance des buts et des objectifs de la règle coutumière considérée. »

⁵² Comme l'a souligné d'entrée de jeu l'étude de 2006 consacrée à la fragmentation du droit international, « [l]e droit international est un système juridique » [*Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 186, par. 251, conclusion 1]. Voir également Boyle et Chinkin, *The Making of International Law*, p. 285 : « [L]orsque les tribunaux méconnaissent les conditions traditionnelles de l'existence du droit international coutumier ou ne s'assurent pas qu'elles sont strictement respectées, ils risquent d'apporter tacitement leur appui à ce qu'on a appelé "la hâte à promouvoir de nouvelles règles de droit" [...]. [Dans de tels cas] il n'est guère tenu compte des subtilités du consentement des États, ni de la probabilité que les normes dont l'existence a été si facilement établie soient respectées. »

⁵³ Voir également Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 62 : « La pratique et l'*opinio juris* fournissent ensemble les informations nécessaires pour déterminer s'il existe une règle coutumière, mais le rôle de chacune – la pratique et l'*opinio* – n'est pas exclusif ; elles se complètent » ; Déclaration de Londres (voir *supra* la note 42), p. 718, par. 10 c : « Dans les faits, il est souvent difficile, voire impossible, de distinguer les deux éléments. »

⁵⁴ Voir également *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, *C.I.J. Recueil*

grand soin s'agissant d'apprécier l'existence des deux éléments constitutifs, que ce soit en interrogeant des preuves primaires ou des moyens subsidiaires. En présence de « preuves [provenant de sources diverses], la plus grande prudence s'impose »⁵⁵. Pour ce qui est d'apprécier la pratique pertinente et dans quelle mesure elle est acceptée comme étant le droit⁵⁶, on s'attachera aux circonstances de l'espèce et on pourrait relativiser le poids de telle ou telle preuve. Ainsi « présenteront un intérêt particulier toutes manifestations d'une pratique qui vont à l'encontre des intérêts de l'État dont elles proviennent, ou qui entraînent pour l'État en question des coûts politiques, militaires, économiques ou autres non négligeables, dans la mesure où il est moins probable qu'elles soient dictées par des considérations politiques, d'opportunité ou de courtoisie, notamment⁵⁷ ». On retiendra de même le soin entourant telle ou telle déclaration ; on accordera moins d'importance à toutes prises de position spontanées, faites sur le vif.

30. Déterminer si telle ou telle règle de droit international coutumier existe, c'est rechercher une « pratique acceptée si largement par les États [...] que l'on peut [...] considérer qu'elle existe, en droit international général, une obligation [...] »⁵⁸. L'entreprise peut en être ardue et complexe⁵⁹, singulièrement parce que « toute prétendue règle de droit coutumier doit [naturellement] être prouvée pour être une règle de droit international valide, et non une proposition sans fondement⁶⁰ ». Comme on le verra ci-après, pour cette entreprise

prudence et mesure sont indispensables, le but étant non seulement de déterminer le savant dosage de ce que les États disent et font, veulent et

1952, p. 176, à la page 200 : « On trouve dans la correspondance diplomatique des expressions isolées qui, prises hors de leur contexte, peuvent être considérées comme la reconnaissance des prétentions des États-Unis d'exercer la juridiction consulaire et autres droits capitulaires. Mais[,] d'autre part, la Cour ne peut ignorer la teneur générale de la correspondance [...] »

⁵⁵ Kunz, « The nature of customary international law », p. 667.

⁵⁶ Voir également Treves, « Customary international law », p. 943, par. 28 : « [Les manifestations de la pratique] contribuent à déterminer ce qu'est le droit international coutumier à un moment donné. Aux fins de cette détermination, prudence et pondération sont de mise, non seulement pour faire un choix judicieux entre ce que les États disent, font, veulent et croient, mais également pour tenir compte des ambiguïtés qui s'attachent à de nombreux éléments de la pratique. »

⁵⁷ *Ibid.*, p. 944, par. 30.

⁵⁸ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 14, à la page 83, par. 204.

⁵⁹ Petrič, « Customary international law in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia ». Voir également Mémoire des Gouvernements du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et du Royaume des Pays-Bas en qualité d'*amici curiae* à l'appui des défendeurs dans l'affaire *Esther Kiobel* et al. v. *Royal Dutch Petroleum Co.* et al., 3 février 2012, devant la Cour suprême des États-Unis, p. 13 : « La méthode à appliquer pour déterminer ce qui constitue une nouvelle règle du droit international n'est donc [...] pas simple et une analyse approfondie est nécessaire pour établir si les éléments constitutifs d'une telle règle – la pratique des États et l'*opinio juris* – sont présents » ; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, à la page 100 (opinion individuelle de M. De Castro) : « Il n'est pas facile de prouver l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » ; Kunz, « The nature of customary international law », p. 667 : « Déterminer si les deux conditions de la procédure coutumière sont remplies dans un cas d'espèce [...] est une tâche complexe. »

⁶⁰ Shaw, *International Law*, p. 144.

croient, mais également de ne pas méconnaître les ambiguïtés dont sont de nombreux éléments de la pratique⁶¹.

31. Compte tenu de ce qui précède, les projets de conclusion ci-après sont proposés :

⁶¹ Treves, « Customary international law », p. 943 et 944, par. 28. Voir également Boyle et Chinkin, *The Making of International Law*, p. 279 : « Appliquer les critères permettant d'établir l'existence de la coutume n'est pas un processus scientifique dont l'exactitude peut être mesurée. Il appelle davantage une évaluation des faits et des arguments » ; Birnie et Boyle, *International Law and the Environment*, p. 16 : « L'identification du droit coutumier a toujours été et demeure particulièrement problématique en ce qu'elle nécessite des compétences, l'exercice d'un jugement et des recherches considérables ».

« Projet de conclusion 3. Approche fondamentale

« Pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier et son contenu, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit.

« Projet de conclusion 4. Appréciation de la preuve

« Pour apprécier si telle pratique générale est acceptée comme étant le droit, il faut tenir compte du contexte, notamment des circonstances de l'espèce. »

CHAPITRE IV

Pratique générale

32. La pratique⁶², souvent décrite comme l'élément « matériel » ou « objectif », joue un « rôle essentiel » dans la formation et la détermination du droit international coutumier⁶³. On peut y voir la « matière première » du droit international coutumier, celui-ci naissant de la pratique, qui « la définit et la limite »⁶⁴. Elle consiste en actes « matériels et détectables »⁶⁵ de sujets de droit international, et ce sont ces « comportements »⁶⁶ qui peuvent former une « trame des précédents »⁶⁷ dont on peut dégager une constante.

⁶² La pratique est souvent appelée, entre autres et parfois indifféremment, « usage », *usus*, *consuetudo* ou *diuturnitas*.

⁶³ Comme elle l'a fait observer, « [I]a Cour [internationale de Justice], à laquelle l'Article 38 du Statut prescrit entre autres d'appliquer la coutume internationale "comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit", ne peut ignorer le rôle essentiel d'une pratique générale » [Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, aux pages 97 et 98, par. 184].

⁶⁴ Voir l'opinion dissidente de Sir Percy Spender en l'Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 6, à la page 99 : « La méthode à suivre pour mesurer la nature et la portée d'une telle coutume, si elle est démontrée, est de considérer la pratique qui elle-même, tout ensemble, la définit et la limite. Le premier élément d'une coutume est l'existence d'une pratique constante et uniforme qui doit être établie avant qu'on puisse définir une coutume. »

⁶⁵ Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 318 et suiv., sect. 118, évoquant l'« usage » comme élément constitutif du droit international coutumier, cité dans D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 49.

⁶⁶ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* [voir supra la note 63], p. 108, par. 207 ; voir aussi la définition de Weisburd : « divers types d'activités [...] c'est tout ce que signifie la pratique » (« Customary international law: the problem of treaties », p. 7).

⁶⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, à la page 329 (opinion individuelle de M. Ammoun), par. 39 ; voir aussi *Affaire du détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 4, aux pages 83 et 99 (opinion dissidente de M. Azevedo) : « La coutume est faite de précédents reconnus [...] [de] faits significatifs et constants permettant de considérer que les États ont accepté de reconnaître un droit coutumier » ; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 175 (opinion dissidente de M. Tanaka), qui parle d'« un usage ou [...] la répétition persistante d'une même catégorie d'actes [...] ». C'est [l']aspect quantitatif [du droit coutumier] ; Stern, « Custom at the heart of international law », p. 95 : « il est très généralement admis que l'élément matériel est constitué par la répétition d'un certain nombre de faits pendant un certain laps de temps, ces différentes variables étant modulées en fonction des différentes situations ».

33. De la « pratique générale » à la « pratique des États ». Les États demeurent les principaux sujets de droit international⁶⁸. La pratique des États joue plusieurs rôles importants en droit international, notamment la pratique ultérieure, élément (ou moyen) d'interprétation des traités au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, et de l'article 32 de la Convention de Vienne de 1986⁶⁹. Le comportement des États est de première importance pour la formation et la détermination du droit international coutumier, l'élément matériel de ce dernier étant ainsi communément appelé « pratique des États », au sens d'un comportement qui leur est attribuable⁷⁰. « [L]a pratique effective [est] suivie par les États pour traduire ou créer des règles de droit coutumier⁷¹. » Comme la Cour internationale de Justice l'a toujours souligné, c'est « [de] la pratique des États [que] découle le droit international coutumier⁷² ».

⁶⁸ Voir aussi Walter, « Subjects of international law », p. 636, par. 5.

⁶⁹ Point examiné actuellement par la Commission au titre du sujet « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » : voir en particulier les projets de conclusions 4, par. 2, et 5 [Annuaire... 2013, vol. II (2^e partie), p. 18, par. 38] ; voir aussi Weisburd, « The International Court of Justice and the concept of State practice », p. 299, faisant observer ceci : « Il est difficile de surestimer l'importance de la pratique des États en droit international » ; Aceves, « The economic analysis of international law: transaction cost economics and the concept of State practice » ; Parry, « The practice of States », p. 165 : « C'est dans la pratique des États que doit être recherchée la preuve de l'existence de nouvelles règles dans de nouveaux domaines du droit international ou de modifications du droit positif. »

⁷⁰ Voir aussi Wood et Sender, « State practice » ; Dinstein, « The interaction between customary law and treaties », p. 266 : « La pratique générale constituant le *font* et *origo* du droit international coutumier est essentiellement celle des États » ; Mendelson, « The formation of customary international law », p. 201 : « ce que l'on appelle commodément et traditionnellement la pratique des États [...] est, plus précisément, la pratique des sujets de droit international ». Sur le développement historique de la doctrine de la pratique des États, voir Carty, « Doctrine versus State practice ».

⁷¹ *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriyah arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 18, à la page 46, par. 43.

⁷² *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 143, par. 101. L'expression « pratique internationale » renvoie donc à la pratique des États : voir, par exemple, *Interprétation des traités de paix (deuxième phase)*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 221, à la page 242 (opinion dissidente de M. Read) ; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, à la page 261 (opinion individuelle de M. Padilla Nervo) et à la page 344 (opinion dissidente de M. Riphagen) ; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt,

34. *Attribution de la pratique à l'État.* Comme dans d'autres contextes, tels que la responsabilité de l'État et la pratique ultérieure concernant l'interprétation des traités, la pratique doit pouvoir être attribuée à l'État pour contribuer à la formation de droit international coutumier⁷³. À cette fin, on pourra retenir les actes de tous les pouvoirs (qu'ils exercent des fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autres)⁷⁴. Le comportement de tel organe de facto de l'État, c'est-à-dire de «telle personne ou entité devant être considérée comme organe de l'État au regard

C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 83 (opinion individuelle de M. De Castro); *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, à la page 236 (opinion dissidente de M. Skubiszewski); *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 432, à la page 554 (opinion dissidente de M. Ranjeva); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, aux pages 75 et 76 (opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buerghenthal); *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]* (voir *supra* la note 50), p. 170 (opinion individuelle de M. le juge Keith); *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 422, à la page 457.

⁷³ Voir le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite élaboré par la Commission en 2001, première partie, chap. II [*Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76]; et les projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités [projet de conclusion 5, *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 18, par. 38]; voir aussi Brownlie, «Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom», p. 318, renvoyant aux projets d'articles 4, 5 et 8 du projet d'articles de 2001 en disant : «[à] n'en pas douter, des principes analogues devraient être appliqués pour identifier les personnes ou organes compétents pour produire des déclarations ou éléments pouvant être considérés comme pratique de l'État». Les règles d'attribution ne seront pas nécessairement les mêmes dans différents contextes. Voir, par exemple, Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, p. 1190 : «La pratique étayant l'existence d'une règle du droit coutumier doit être la pratique étatique, c'est-à-dire la pratique des organes de l'État, bien que ce critère ne soit pas le même que celui utilisé pour établir la responsabilité d'un État.»

⁷⁴ Selon le projet d'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, «[l]e comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres [...]» [*Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76]; voir également Crawford, *State Responsibility: The General Part*, deuxième partie (Attribution to the State), en particulier les pages 113 à 126; voir aussi *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 62, à la page 87 : «Selon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État»; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 168, aux pages 242 et 243, par. 216; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2 BvR 1506/03, deuxième chambre, décision, 5 novembre 2003, par. 51 : «À cette fin [consulter la pratique des États pertinente], la Cour se penche sur le comportement des organes de l'État qui sont compétents pour les relations juridiques en droit international [...] en règle générale, il s'agira du gouvernement ou du chef de l'État. La pratique de l'État peut cependant aussi résulter d'actes d'autres organes détenant l'autorité de l'État, tels que des organes législatifs ou judiciaires, dans la mesure où ce comportement intéresse directement le droit international»; Bos, *A Methodology of International Law*, p. 229 («la pratique peut être tout ce qui relève de la juridiction d'un État. Tous les actes ou, plus généralement, toutes les formes de comportement ainsi qualifiées peuvent servir de fondement à une règle coutumière»); Déclaration de Londres (voir *supra* la note 42). La thèse selon laquelle seuls comptent comme pratique de l'État les actes de ceux désignés pour représenter l'État à l'extérieur («organes internationaux de l'État»), exprimée antérieurement (par exemple, par Strupp, «Règles générales du droit de la paix», p. 313 à 315) n'est plus généralement acceptée.

du droit international même si le droit interne ne la décrit pas comme telle⁷⁵», peut aussi être retenu comme pratique de l'État⁷⁶, «quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État⁷⁷».

35. Déterminer la pratique des États est chose malaisée. L'éparpillement et le siège de la pratique restent source de problème pratique majeur dans le monde d'aujourd'hui, en dépit de l'évolution des ressources informatiques et télématiques⁷⁸. Comme il est indiqué au chapitre VI ci-après, cette question – que la Commission a examinée il y a plusieurs décennies sous l'intitulé «Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier» (première et deuxième sessions, en 1949 et en 1950) – sera traitée dans le troisième rapport du Rapporteur spécial.

36. Les projets de conclusion suivants sont proposés :

«*Projet de conclusion 5. Rôle de la pratique*

«L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément du droit international coutumier signifie que c'est avant tout la pratique des États qui contribue à la création ou à l'expression de règles de droit international coutumier.

«*Projet de conclusion 6. Attribution de comportement*

«La pratique de l'État consiste dans le comportement qui lui est attribuable, dans l'exercice d'une fonction exécutive, législative, judiciaire ou autre.»

37. *Manifestations de la pratique.* On a parfois dit que la «pratique des États» ne devrait être considérée comme telle aux fins du droit international coutumier que lorsqu'elle se rapporte à tel type de situation relevant du domaine des relations internationales⁷⁹, ou à tel fait donnant lieu à réclamation (par opposition à une

⁷⁵ Palchetti, «De facto organs of a State», p. 1048, par. 2.

⁷⁶ Voir aussi Zemanek, «What is "State practice" and who makes it?», p. 305 : «l'autorité constitutionnelle des organes accomplissant les actes est dénuée de pertinence dès lors que la conduite en question apparaît aux autres États, lorsqu'ils l'évaluent avec la diligence voulue et de bonne foi, comme attribuable à l'État en cause et exprimant ou traduisant sa position au sujet d'une règle du droit coutumier».

⁷⁷ Projet d'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76. L'idée de la Commission de l'Association de droit international selon laquelle, dans les États à structure fédérale, «le fait d'entités territoriales de l'État ne jouissant pas d'une personnalité juridique internationale distincte ne vaut normalement pas pratique de l'État à moins qu'il ne soit accompli au nom de celui-ci ou adopté (ratifié) par lui» [Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 727, conclusion] semble inexacte.

⁷⁸ Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 56 : «Les preuves du droit coutumier [demeurent] [...] éparpillées, évanescentes et, dans l'ensemble, non systématiques.»

⁷⁹ Kunz, «The nature of customary international law», p. 666; Déclaration de Londres (voir *supra* la note 42), p. 720, affirmant, à raison, toutefois, que «le fait de savoir si telle question concerne les relations juridiques internationales de l'État ou seulement la compétence interne dépend de l'état de développement du droit international et des relations à ce moment»; Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 56.

affirmation *in abstracto*)⁸⁰. C'est là une approche trop restrictive ; on peut dire en effet que « dans le système international [...] tout acte de l'État est potentiellement un acte législatif⁸¹ ». Il peut s'agir de comportements tant matériels que verbaux (écrits et oraux) : le point de vue inverse, selon lequel « les réclamations elles-mêmes peuvent exprimer une norme juridique mais ne peuvent constituer l'élément matériel d'une coutume⁸² », est trop restrictif⁸³. On pourrait aussi considérer qu'accepter un

⁸⁰ Voir, par exemple, Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 58 : « La pratique des États en tant qu'élément matériel de la coutume est, il faut le souligner, matérielle : elle est constituée par les actes des États en ce qui concerne telle ou telle personne, tel ou tel navire ou une portion de territoire bien définie, et dont chacun confirme ou répudie une prétention relative à une pomme de discorde particulière. »

⁸¹ Weisburd, « Customary international law: the problem of treaties », p. 31. Voir aussi Brownlie, « Some problems in the evaluation of the practice of States... », p. 314, disant notamment ceci : « les documents qui ne sont pas liés à des crises soudaines sont plus susceptibles de rendre compte d'une conception réfléchie et cohérente du droit » ; Degan, *Sources of International Law*, p. 149, notant que certains auteurs avaient limité les éléments de coutume aux faits pouvant lier l'État internationalement mais que « cependant [...] des règles de droit coutumier peuvent naître d'un ensemble d'actes législatifs ou autres pris unilatéralement par plusieurs États, ou que même certaines décisions de juridictions internes peuvent influencer sur la pratique ».

⁸² D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 88, expliquant qu'« un État n'a rien fait lorsqu'il formule une prétention ; tant qu'il n'a pris de mesure d'exécution, cette prétention n'a guère de valeur prédictive quant à ce qu'il va effectivement faire ». Voir aussi l'*Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, à la page 191 (opinion dissidente de M. J. E. Read) : « On ne saurait démontrer [le droit international coutumier] en citant les cas dans lesquels les États riverains ont formulé d'amples revendications mais ne les ont pas maintenues sous la forme d'une affirmation réelle de leur souveraineté à l'encontre des navires étrangers [...]. La seule preuve convaincante de la pratique des États est fournie par les saisies, l'État riverain affirmant sa souveraineté sur les eaux dont il s'agit en arrêtant les navires étrangers et en maintenant son point de vue au cours de négociations diplomatiques et d'arbitrages internationaux » ; D'Amato, « Custom and treaty: a response to Professor Weisburd », p. 465 : « ce que les gouvernements *disent* constitue au mieux une *théorie* du droit international, et non le droit international lui-même » ; Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 42 (« les coutumes naissent d'actes constituant une conduite, et non des promesses de tels actes ») ; Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 108. Une position extrême était celle de Conradie dans *S. v. Petane, The South African Law Reports 1988 (3) SA 51 (C)*, p. 59, par. F et G, et p. 61, par. D et E (division provinciale du Cap, Afrique du Sud) : « le droit international coutumier est fondé sur la pratique, non sur des recommandations [...] Il faut rechercher la pratique étatique dans ce que les États ont fait sur le terrain dans le climat rigoureux d'un monde tumultueux, et non dans ce que leurs représentants professent dans l'environnement idéologiquement surchauffé de l'Organisation des Nations Unies, au sein de laquelle il est fréquent que l'indignation prenne la place de l'action ».

⁸³ Voir aussi Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 19 et 20 : « il est tout à fait justifié de qualifier les déclarations de pratique des États. Premièrement, et surtout [...] les États eux-mêmes, ainsi que les tribunaux, considèrent comme pratique étatique les déclarations faites lors des conférences » ; Parry, « The practice of States », p. 168 : « très souvent, il n'y a guère de différence entre ce qu'un État fait et ce qu'il dit, car ses seuls actes peuvent consister en des déclarations » ; Akehurst, « Custom as a source of international law », p. 53 : « la pratique des États s'entend de tout acte ou de toute déclaration d'un État dont peuvent se déduire les vues de celui-ci sur le droit coutumier » ; Müllerson, « On the nature and scope of customary international law », p. 342 : « même si l'on voulait distinguer la pratique "effective" des autres formes de pratique (non effective ?), cela n'est pas facile, ou même tout simplement impossible » ; Bernhardt, « Custom and treaty in the law of the sea », p. 267 : « On a parfois également fait valoir que seuls les actes, par opposition aux paroles, constituaient la pratique des États [...]. Les paroles, les déclarations, les communications, voire les gestes, font partie des pratiques très diverses constitutives du droit coutumier [...] il est juridiquement inacceptable d'exclure les communications, écrites ou verbales, de la pratique des États. Il

tel point de vue encourage l'affrontement et même dans certains cas l'usage de la force⁸⁴. En tout état de cause, on ne saurait nier que « la méthode de communication entre États s'est élargie. Ces chers actes "réels" deviennent moins fréquents parce que le droit international, et la Charte des Nations Unies en particulier, impose de plus en plus de contraintes aux États à cet égard⁸⁵ ». De plus, « l'adjectif "pratique" (selon l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice) est assez général – rejoignant ainsi la souplesse du droit coutumier lui-même – pour recouvrir *tout acte ou comportement de l'État*, et on voit mal ce qui manquerait aux actes verbaux de l'État pour qu'ils ne puissent être attribués au comportement de cet État⁸⁶ ». En même temps, comme on le verra ci-après, la prudence est de mise pour jauger les propos des États (et des organisations internationales) : on ne peut pas toujours prendre les mots pour argent comptant.

38. Dès lors que les actes tant matériels que verbaux sont reconnus comme formes de pratique aux fins de la détermination du droit international coutumier, les « distinctions entre "actes constitutifs" et "preuve d'actes constitutifs" [...] semblent artificielles et arbitraires⁸⁷ ».

n'y a pas de *numerus clausus* quant aux faits et à la pratique des États qui seraient exclusivement nécessaires ou décisifs pour la création et l'entrée en vigueur du droit coutumier. Par contre, il faut admettre que les déclarations verbales ne peuvent créer de règles coutumières si la pratique réelle est différente » ; Skubiszewski, « Elements of custom and the Hague Court », p. 812 [« la pratique des États est constituée par leurs actions et réactions. Il s'agit d'"un processus d'interactions réciproques". Cela ne signifie pas que cette pratique est exclusivement constituée d'actions *stricto sensu*. Les paroles et l'inaction sont également des preuves de la conduite des États »] ; Baxter, « Multilateral treaties as evidence of customary international law », p. 300 : « L'indication précise par l'État de ce qu'il considère être la règle constitue un bien meilleure preuve de sa position que ce qui peut être déduit de ses actes à différents moments et dans divers contextes ». Il convient également de rappeler dans ce contexte la Déclaration de Londres (voir *supra* la note 42), qui reconnaît ce qui suit : « [I]es actes verbaux des États, et pas seulement leurs actes physiques, sont considérés comme pratique étatique » (p. 725, conclusion 4) ; et « Pour définir la pratique des États [...] il est nécessaire de tenir compte de la distinction entre la conduite pouvant être considérée comme pratique étatique et le poids à lui accorder [...]. L'examen de l'élément objectif de la coutume a souffert de la méconnaissance de cette distinction » (p. 724, conclusion 3).

⁸⁴ Voir aussi Müllerson, « The interplay of objective and subjective elements in customary law », p. 162 : « si les saisies, les invasions, les actes de génocide et actes similaires constituaient seuls la pratique des États, dans certains domaines du droit international (par exemple le droit international humanitaire) seuls les États dits voyous contribueraient au développement du droit coutumier [...] le rôle des États puissants dans la formation du droit international s'en trouverait [également] accru. Finalement [...], dans de nombreux domaines du droit international, seuls quelques États pourraient avoir une telle pratique ["effective"] et d'autres pourraient ne participer qu'occasionnellement à cette pratique "effective" ».

⁸⁵ Zemanek, « What is "State practice" and who makes it? », p. 306.

⁸⁶ Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 21.

⁸⁷ Zemanek, « What is "State practice" and who makes it? », p. 292, expliquant que « celle-ci peut masquer ceux-là » et que « [d]e plus, on peut ne jamais avoir connaissance d'un acte "constitutif" s'il n'est pas consigné » ; voir aussi D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 268 : « une règle de droit n'est pas quelque chose qui existe dans l'abstrait, pas plus que l'*opinio juris* n'est quelque chose sur quoi on puisse mettre la main. Les règles de droit et les états d'esprit ne se font jour que lorsqu'ils sont manifestés par une conduite ; il s'agit de généralisations auxquelles nous procédons face à des comportements récurrents ou à des arguments juridiques structurés. Si l'on doit utiliser le terme "preuve", on peut dire que les règles de droit ne s'expriment que dans des "preuves" ; si une preuve est véritablement la preuve de la règle de droit, c'est qu'il s'agit d'une expression de la règle elle-même. La preuve est un élément nécessaire, et non superfétatoire, de la règle.

Le Rapporteur spécial se gardera d'opérer de telles distinctions dans le présent rapport. Comme il a été dit lors du débat de la Commission en 2013, les documents à consulter pour identifier le droit international coutumier peuvent établir l'existence de la règle de droit coutumier et dans certaines situations peuvent également être la source de la pratique elle-même⁸⁸. Par conséquent,

la preuve [aux fins d'apprécier si une règle de droit international coutumier a vu le jour ou non] peut revêtir diverses formes, dont* celle du comportement – ce qui importe est que la source soit fiable et sans équivoque, et reflète la position constante de l'État concerné⁸⁹.

39. La pratique (et la preuve de son existence) se présente sous diverses formes, puisque, «loin de se limiter dans leurs relations et leurs communications [...] à tels ou tels types d'actes définis arbitrairement, les États utilisent toutes formes servant leurs fins⁹⁰». La Commission elle-même interroge diverses sources pour analyser la pratique des États en vue de déterminer l'existence de toute règle de droit international coutumier⁹¹.

40. Plusieurs auteurs ont dressé des listes des principales formes que peut revêtir la pratique. Par exemple, *Brownlie's Principles of Public International Law* contient la liste non exhaustive suivante :

correspondance diplomatique, déclarations de politique générale, communiqués de presse, avis de conseillers juridiques de gouvernements, manuels officiels sur des questions juridiques (par exemple, manuels de droit militaire), décisions et pratiques du pouvoir exécutif, instructions aux forces militaires (par exemple, règles d'engagement), observations de gouvernements sur des projets de textes de la [Commission du droit international] et commentaires correspondants, législation, jurisprudence internationale et interne, considérants de traités et d'autres instruments internationaux (en particulier sous la forme «tous les États»), termes identiques revenant dans une série de traités, pratique d'organisations internationales et résolutions d'organes des Nations Unies, notamment l'Assemblée générale, sur des questions juridiques⁹².

Il est toutefois préférable, étant donné la confusion que suscite l'emploi du terme "preuve", de le considérer, de même que le terme "sources", comme relevant d'une terminologie contre-productive».

⁸⁸ *Annuaire... 2013*, vol. I, 3183^e séance, 19 juillet 2013 (Hmoud).

⁸⁹ Brownlie, «Some problems in the evaluation of the practice of States...», p. 318; voir aussi Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 58: «Ces preuves [d'une coutume] seront à l'évidence abondantes et également diverses. Il existe une multitude de situations dans lesquelles des personnes qui agissent ou parlent au nom d'un État accomplissent des actes ou font des déclarations qui expriment ou impliquent une opinion sur une question de droit international. Ces actes ou déclarations peuvent, dans une certaine mesure, être la preuve qu'une coutume, et donc une règle du droit international, existe ou n'existe pas. Mais, bien entendu, leur force probante dépendra totalement de l'occasion et des circonstances.»

⁹⁰ Zemanek, «What is "State practice" and who makes it?», p. 299. En outre, «aucune règle du droit international n'indique de quels faits la survenance amène la formation d'une coutume [...] il n'y a pas d'éléments factuels spécifiques dont la seule survenance prouverait l'existence d'une règle» (Fumagalli, «Evidence before the International Court of Justice: issues of fact and questions of law in the determination of international custom», p. 146).

⁹¹ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, observation 7, par. 23 à 25: «La Commission interroge diverses sources pour analyser la pratique des États en vue d'identifier une règle de droit international coutumier.»

⁹² Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 24; l'auteur ajoute: «la valeur de ces sources varie et dépendra des circonstances». On trouve d'autres listes, par exemple dans Ferrari Bravo, «Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États», p. 257 à 287; Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 17; Pellet, «Article 38», p. 815 et 816. On trouve

41. Étant donné la rapidité et l'inévitabilité de l'évolution politique et technologique, il n'est ni possible ni souhaitable de tenter de dresser une liste exhaustive de ces «sources matérielles» du droit international coutumier: il demeure impossible pour la Commission, comme cela l'était en 1950, «d'énumérer les nombreuses catégories de documents révélant la pratique suivie par les États pour le règlement de chacun des multiples problèmes qui se posent dans les relations internationales⁹³». Il serait cependant bon de mentionner certains des principaux types de pratique invoqués par les États, la jurisprudence et la doctrine. La liste qui suit n'est donc pas exhaustive; de plus, certaines des catégories visées ci-après se recoupent, de sorte que tel exemple ou tel type de pratique des États peut fort bien relever de plusieurs d'entre elles:

a) *actes matériels des États*, c'est-à-dire leur comportement «sur le terrain⁹⁴»: on peut en citer comme exemples le passage de navires dans des cours d'eau internationaux⁹⁵; le passage sur un territoire⁹⁶; la saisie de navires de pêche; l'octroi de l'asile diplomatique⁹⁷; le comportement sur un champ de bataille ou lors d'opérations; la conduite d'essais nucléaires atmosphériques ou le déploiement d'armes nucléaires⁹⁸;

b) *actes du pouvoir exécutif*: il peut s'agir d'ordonnances, de décrets⁹⁹ et d'autres «mesures administra-

une liste similaire sur le site Web du Ministère irlandais des affaires étrangères: «Ce qui importe, en l'absence de traité régissant les relations entre deux États ou plus dans un domaine particulier, ce sont les preuves de l'existence d'un consensus quant à ce que le droit devrait être – en d'autres termes, une pratique des États associée à la reconnaissance que cette pratique est obligatoire. S'ils sont suffisamment répandus et cohérents, cette pratique et ce consensus peuvent constituer le droit international coutumier. Les preuves de l'existence d'une coutume peuvent notamment être recherchées dans la correspondance diplomatique, les avis des conseillers juridiques officiels, les déclarations des gouvernements, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, les observations des États sur les projets établis par la Commission du droit international et les décisions des juridictions nationales et internationales» (disponible en anglais à l'adresse suivante: www.dfa.ie/our-role-policies/international-priorities/international-law/statements-by-ireland-on-international-law/); voir aussi Cour suprême spéciale de Grèce, *Margellos et consorts c. République fédérale d'Allemagne*, arrêt n° 6/2002, 17 septembre 2002, ILR, vol. 129, p. 528, par. 9; Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», p. 15: «Quant aux moyens de prouver si une coutume existe déjà, il n'est pas possible d'en établir une liste exhaustive.»

⁹³ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session*, Supplément n° 12 (A/1316), p. 5, par. 31.

⁹⁴ Le juge Read parle d'«affirmation réelle de [la] souveraineté» dans son opinion dissidente en l'*Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, à la page 191; voir également *supra* la note 82.

⁹⁵ *Affaire du détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4, à la page 99 (opinion dissidente de M. Azevedo).

⁹⁶ *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, aux pages 40 et 41.

⁹⁷ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 277.

⁹⁸ *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, à la page 305 (opinion individuelle de M. Petrn); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 312 (opinion dissidente de M. Schwebel, Vice-Président).

⁹⁹ Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, aux pages 104 et 107 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun).

tives¹⁰⁰», ainsi que de prises de position officielles du Gouvernement telles que déclarations¹⁰¹, proclamations¹⁰², déclarations gouvernementales devant le parlement¹⁰³, thèses défendues par l'État devant des juridictions internes ou internationales (notamment dans des mémoires d'*amicus curiae*)¹⁰⁴ et de déclarations d'intérêt international¹⁰⁵;

c) *actes et correspondance diplomatiques*¹⁰⁶: il s'agit des protestations contre la pratique d'autres États et d'autres sujets de droit international. La correspondance diplomatique peut prendre diverses formes (notes verbales, circulaires, notes de tiers, voire notes libres, etc.);

d) *actes législatifs*: des constitutions aux projets de loi¹⁰⁷, «[l]a législation constitue un aspect important

¹⁰⁰ Voir, par exemple, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 213, à la page 280 (opinion individuelle de M. le juge Sepúlveda-Amor).

¹⁰¹ Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 295 (opinion individuelle de M. Ranjeva); *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 104 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973, p. 3, à la page 43 (opinion dissidente de M. Padilla Nervo); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 84 (opinion individuelle de M. De Castro).

¹⁰² Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, aux pages 104, 105, 107 et 126 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 84 (opinion individuelle de M. De Castro).

¹⁰³ Voir, par exemple, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, à la page 197 (opinion individuelle de M. Jessup).

¹⁰⁴ Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 123, par. 55; voir aussi Brownlie, «Some problems in the evaluation of the practice of States...», p. 315: «il semble évident que les déclarations faites par les agents et conseils devant les juridictions internationales relèvent de la pratique des États».

¹⁰⁵ Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 312 (opinion dissidente de M. Schwebel, Vice-Président).

¹⁰⁶ Voir, par exemple, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, à la page 197 (opinion individuelle de M. Jessup) et aux pages 298 et 299 (opinion individuelle de M. Ammoun).

¹⁰⁷ Voir, par exemple, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 24; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 123, par. 55; *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952, p. 176, à la page 220 (opinion dissidente de MM. Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Sir Benegal Rau); *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, aux pages 105, 107, 129 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun, dans laquelle il dit, notamment, que «[l]e projet de loi [soumis à la Chambre belge des représentants] [...] exprime [...] le point de vue officiel du gouvernement. Il constitue un de ces actes de l'ordre juridique intérieur pouvant être comptés au nombre des précédents à retenir, le cas échéant, pour la reconnaissance de la coutume», et ibid., p. 228 (opinion dissidente de M. Lachs); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973, p. 3, à la page 44 (opinion dissidente de M. Padilla Nervo), et *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 51 (opinion individuelle commune de MM. Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda) et à la page 84 (opinion individuelle de M. De Castro); Tribunal spécial pour

de la pratique étatique¹⁰⁸». Comme la Cour permanente de Justice internationale l'a fait observer en 1926, «[a]u regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives¹⁰⁹». On rappellera utilement l'avis exprimé par la Commission dans ce contexte en 1950:

Le terme «législation» est employé ici dans son sens large: il englobe les constitutions des États, les dispositions adoptées par leurs organes législatifs, ainsi que par les règlements et déclarations promulgués par les organes exécutifs et administratifs. Il n'exclut aucune des dispositions ayant un caractère de règlement qui ont pu être prises par une autorité publique [;]¹¹⁰

e) *jurisprudence interne*: la jurisprudence des tribunaux internes peut contribuer à établir la pratique des États¹¹¹ et «constitu[e] une précieuse source de docu-

le Liban, affaire n° STL-11-01/1, décision préjudicielle sur le droit applicable: terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, Chambre d'appel, 16 février 2011, par. 87 et 91 à 98; Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), *Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction*, Chambre d'appel, 31 mai 2004, p. 13, par. 18; Cour suprême fédérale du Brésil, *Genny de Oliveira c. Embaixada da República Democrática Alemã*, *Apelação Cível* n° 9.696-3/SP, 31 mai 1989, p. 4 et 5; Cour d'appel de la Région administrative spéciale de Hong Kong statuant en dernier ressort, *Democratic Republic of the Congo v. FG Hemispheric Associates LLC*, affaires n°s 5, 6 et 7 de 2010 (civil), 8 juin 2011, ILR, vol. 47, p. 402 et 403, par. 68: «Quoi qu'il en soit, une règle du droit interne de tel ou tel pays peut très bien découler d'une règle du droit international coutumier ou précéder la cristallisation d'une coutume en une telle règle et y contribuer.» Sur les dispositions constitutionnelles en particulier comme pratique des États (et élément d'*opinio juris*), voir Crootoof, «Constitutional convergence and customary international law».

¹⁰⁸ *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 310, par. 3 (opinion dissidente de M. le juge ad hoc Gaja). Selon Gaja: «Elle est également pertinente lorsqu'une règle de droit international a pour objet le comportement des autorités judiciaires, comme c'est le cas en ce qui concerne l'exercice par les juridictions de leur compétence» (ibid.).

¹⁰⁹ *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (fond), arrêt du 25 mai 1926, C.P.J.I. série A n° 7, p. 19.

¹¹⁰ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 7, par. 60.

¹¹¹ Voir, par exemple, *Affaire du «Lotus»*, arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 28 et 29; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 24; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 123, par. 55; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, p. 292 (opinion individuelle de M. Guillaume); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964, p. 6, à la page 63 (opinion individuelle de M. Wellington Koo, Vice-Président); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 88 (opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal); Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, *Recueils judiciaires 1999*, p. 218 à 230, par. 255 à 270; Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, affaire n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, Chambre de la Cour suprême, 3 février 2012, par. 223 et 224; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Šainović et consorts*, affaire n° IT-05-87-A, Chambre d'appel, arrêt, 23 janvier 2014, par. 1627 à 1642; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-A, Chambre d'appel, arrêt, 21 juillet 2000, déclaration du juge Patrick Robinson, *Recueils judiciaires 2000*, p. 2148, par. 281; Cour constitutionnelle de Slovénie, affaire n° Up-13/99, décision du 8 mars 2001, par. 14; Cour suprême autrichienne, *Dralle v. Republic of Czechoslovakia*, arrêt du 10 mai 1950,

mentation pour ce qui est de la pratique des États dont relèvent ces tribunaux, même si elles ne peuvent être considérées, par ailleurs, comme source du droit international coutumier¹¹²» lui-même. Toutefois, en évaluant la jurisprudence des tribunaux internes, il convient de tenir compte de la place du droit international coutumier dans l'ordre juridique considéré, et des dispositions et procédures spéciales permettant, à différents échelons internes, de déterminer l'existence de règles du droit international coutumier¹¹³. De plus, «l'intérêt de ces décisions varie considérablement, certaines pouvant procéder d'une vision étriquée des choses ou d'une mauvaise utilisation des sources¹¹⁴». La jurisprudence des juridictions suprêmes a évidemment plus de poids. Les décisions infirmées sur la matière considérée ne seront sans doute plus considérées comme ressortissant à la pratique ;

f) *publications officielles dans des domaines du droit international*, telles que manuels militaires ou instructions à l'intention de diplomates¹¹⁵ ;

g) *mémoires internes d'agents de l'État* : ils sont cependant rarement rendus publics. Il faut toutefois garder à l'esprit que, comme il a été dit dans un contexte autre mais analogue, ils «ne représentent pas nécessairement le point de vue ou la politique du gouvernement et peuvent n'être que le point de vue personnel que tel fonctionnaire s'est senti obligé d'exprimer à tel autre fonctionnaire à ce moment-là : il n'est pas toujours facile de démêler les éléments purement personnels dans ce qui ne constitue après tout que des notes internes, privées et confidentielles au moment où elles sont rédigées¹¹⁶» ;

h) *pratique en matière conventionnelle* : la négociation et la conclusion de traités bilatéraux ou multilatéraux, l'adhésion à ceux-ci, leur ratification et leur application (et la formulation d'objections ou de réserves à leur

égard) sont une autre forme de pratique¹¹⁷. Cette pratique ne concerne pas que le seul droit des traités ; elle peut aussi se rapporter aux obligations souscrites en vertu de l'instrument juridique international considéré¹¹⁸ ;

i) *résolutions d'organes d'organisations internationales telles que l'Assemblée générale des Nations Unies et de conférences internationales*¹¹⁹ : il s'agit principale-

¹¹⁷ Voir, par exemple, *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4, aux pages 22 et 23 ; *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 15, aux pages 24 et 25 ; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, aux pages 43, 104, 105, 126 et 128 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun) ; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, à la page 347 (opinion dissidente de M. Riphagen) ; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, à la page 26 ; *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1982*, p. 18, à la page 79 ; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 13, aux pages 38 et 48 ; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, aux pages 138, par. 89, et 143, par. 100 ; *Interprétation des traités de paix (deuxième phase)*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 221, aux pages 241 et 242 (opinion dissidente de M. Read) ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 292 (opinion individuelle de M. Guillaume) et aux pages 312 et 314 (opinion dissidente de M. Schwebel, Vice-Président) ; *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, aux pages 163 et 164 (opinion dissidente de Sir Arnold McNair) ; *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 176, à la page 220 (opinion dissidente de MM. Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Sir Benegal Rau) ; *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, aux pages 41, 42, 55 et 56 (opinion individuelle de M. V. K. Wellington Koo) et p. 104 (opinion dissidente de Sir Percy Spender) ; *Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, arrêt du 18 novembre 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 192, à la page 223 (opinion dissidente de M. Urrutia Holguín) ; Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), *Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction*, Chambre d'appel, 31 mai 2004, p. 13, par. 18 à 21 ; Tribunal spécial pour le Liban, affaire n° STL-11-01/1, décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, Chambre d'appel, 16 février 2011, p. 58 à 62, par. 87 à 89 ; Cour suprême des États-Unis, *The Paquete Habana*, 1900, *United States Reports*, vol. 175, p. 677, aux pages 686 à 700 ; voir aussi Weisburd, «Customary international law: the problem of treaties», p. 6 : «les traités sont simplement une autre forme de pratique des États» ; Conseil des droits de l'homme, rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, A/HRC/22/44, par. 43.

¹¹⁸ Voir aussi D'Amato, «Custom and treaty: a response to Professor Weisburd», p. 462 : «Ce qui fait d'un traité un élément de la coutume est que les parties ont pris l'engagement contraignant d'agir conformément à ses dispositions. Que, par la suite, elles agissent ou non conformément à ces dispositions, il n'en demeure pas moins qu'elles se sont engagées à le faire. C'est cet engagement lui-même qui constitue l'élément "pratique des États" de la coutume» ; Barboza, «The customary rule: from chrysalis to butterfly», p. 2 et 3 : «Les textes expriment plus précisément que les actes le contenu d'une pratique, en particulier lorsqu'ils sont rédigés avec soin par des groupes de techniciens et de juristes» ; voir cependant Wolfke, «Treaties and custom: aspects of interrelation», p. 33 : «Un traité n'est donc pas en lui-même un élément de la pratique [à l'exception bien entendu du droit coutumier des traités]. Il peut toutefois contribuer à établir l'acceptation comme étant le droit par les parties.»

¹¹⁹ Voir, par exemple, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, à la page 26 ; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, aux pages 302 et 303 (opinion individuelle de M. Ammoun) : «Remarquons, en outre, que dans la pratique des États rentrent naturellement les prises de position de leurs délégués dans les organisations et les conférences internationales et notamment aux Nations Unies. [...] on

(Suite de la note page suivante.)

ILR, vol. 17, p. 157 à 161 ; voir aussi Lauterpacht, «Decisions of municipal courts as a source of international law» ; Moremen, «National court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue?», p. 265 à 290 ; Roberts, «Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law», p. 62 ; et l'exposé du juge Greenwood devant le British Institute of International and Comparative Law intitulé «The contribution of national courts to the development of international law» (4 février 2014), disponible sur le site Web de l'institut : www.biicil.org.

¹¹² Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 7, par. 54. À cet égard, Crawford, dans *Brownlie's Principles of Public International Law*, dit que certaines décisions de tribunaux internes renseignent indirectement sur la pratique de l'État du for en la matière (p. 41).

¹¹³ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663, par. 84 ; voir aussi Moremen, «National court decisions as State practice...», p. 290 à 308.

¹¹⁴ Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 41.

¹¹⁵ Voir, par exemple, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Stanislav Galić*, affaire n° IT-98-29-A, arrêt, 30 novembre 2006, p. 47, par. 89 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Zejnil Delalić* et al., affaire n° IT-96-21-T, jugement, chambre de première instance, 16 novembre 1998, p. 137, par. 341.

¹¹⁶ Sentence du Tribunal arbitral rendue au terme de la première étape de la procédure entre l'Érythrée et la République du Yémen (souveraineté territoriale et portée du différend), décision du 9 octobre 1998, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 22, (numéro de vente : E/F.00.V.7), p. 236, par. 94 ; voir aussi Brownlie, «Some problems in the evaluation of the practice of States...», p. 316 et 317.

ment de la pratique des États en rapport avec l'adoption de résolutions d'organes d'organisations internationales ou lors de conférences internationales, à savoir le vote pour ou contre (ou l'abstention) et toute explication qui l'accompagnerait¹²⁰. On retiendra toutefois que le

(Suite de la note 119.)

ne peut dénier aux résolutions qui en émanent ou, pour mieux dire, aux votes qui y sont exprimés au nom des États, qu'ils constituent des précédents contribuant à la formation de la coutume»; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 312 (opinion dissidente de M. Schwebel, Vice-Président, qui considère «l'action du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies» comme «pratique étatique»); *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 90, à la page 188 (opinion dissidente de M. Weeramantry): «Les diverses résolutions de l'Assemblée générale évoquant ce droit de manière générale, qui ont par ailleurs aidé à forger le droit international public [...] constituent une source matérielle importante du droit international coutumier sur cette question.» Dans sa résolution 2125 (2013) du 18 novembre 2013, le Conseil de sécurité également reconnaît implicitement le rôle que peuvent jouer les résolutions, puisqu'il juge bon de préciser: «la présente résolution ne saurait être regardée comme établissant un droit international coutumier» (par. 13).

¹²⁰ Voir aussi Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, p. 2: «Il est tout à fait justifié de rechercher à l'Organisation des Nations Unies des indications quant à l'évolution du droit international, car la coutume internationale découle de la pratique des États, qui comprend leurs activités internationales telles qu'elles ressortent de leur action diplomatique et de leurs déclarations publiques. Avec le développement des organisations internationales, les votes des États et les opinions qu'ils expriment sont devenus juridiquement pertinents en tant que preuves du droit coutumier. De plus, la pratique des États comprend leurs actes collectifs ainsi que la somme de leurs actes individuels [...]. L'existence de l'Organisation des Nations Unies [...] fournit désormais à la pratique des États un point de convergence très clair et concentré»; Conforti et Labella, *An Introduction to International Law*, p. 35, 42 et 43: «Les résolutions des organisations internationales, en tant qu'actes des États, c'est-à-dire en tant que sommes des expressions de la volonté des États qui ont voté pour leur adoption, sont également pertinentes aux fins de la détermination de la coutume [...] [I]es organisations internationales possèdent certains éléments de la personnalité internationale. S'agissant toutefois de la formation de la coutume, les résolutions des organisations internationales doivent être considérées comme des actes collectifs de tous les États qui ont voté pour leur adoption et non comme des actes des organisations elles-mêmes. C'est pourquoi ces résolutions ne jouent un rôle dans le développement de la coutume que lorsqu'elles ont été adoptées à l'unanimité, par consensus, ou au moins à une large majorité»; Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, p. 19 et 20: «Plusieurs mécanismes contribuent à synthétiser la pratique des États. Premièrement, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, lorsqu'elles portent sur des questions juridiques, constituent une preuve de la pratique des États. Il en va de même des résolutions des conférences de chefs d'État»; Déclaration de Londres (voir *supra* la note 42), p. 730, paragraphe b du commentaire sur la conclusion 11: «dans le contexte de la formation du droit international coutumier [...] [une résolution d'un organe d'une organisation internationale contenant des dispositions relatives au droit international coutumier] doit probablement être considérée comme une série d'actes verbaux émanant des divers États membres faisant partie de cet organe»; voir cependant MacGibbon, «Means for the identification of international law: General Assembly resolutions – custom, practice and mistaken identity», p. 19: «si une résolution de l'Assemblée générale (bien qu'il soit difficile de considérer qu'elle constitue en elle-même une pratique des États à proprement parler) rend compte, ou plutôt émane, de diverses formes de conduite des États à l'Assemblée générale, et donc reflète en quelque sorte la pratique des États, il s'agit néanmoins d'un type de pratique périphérique et – dans le contexte du développement de la coutume internationale – quelque peu artificiel»; Meijers, «On international customary law in the Netherlands», p. 84: «Lorsqu'il vote sur une résolution, par exemple à l'Assemblée générale des Nations Unies, un État agit-il en tant qu'État ou en tant que membre d'un organe de l'Organisation des Nations Unies, sujet de droit international distinct? La réponse semble évidente: en tant que membre d'un organe de l'ONU [...] [ce n'est que lorsqu'il explique son vote ou donne son opinion sur la résolution en question qu'il agit en tant qu'État.]»

texte définitif de toute décision de telle organisation internationale ne pourra jamais refléter l'ensemble des propositions et des choix formulés par chaque partie aux négociations [...] Il convient donc de ne pas exagérer l'intérêt des raccourcis que permettent les processus décisionnels des organisations internationales s'agissant de déterminer la pratique des États¹²¹.

Cette question sera étudiée à l'occasion du troisième rapport.

42. *L'inaction comme pratique*: on peut considérer que le fait pour l'État de s'abstenir d'agir, qu'on appelle également «pratique négative¹²²», relève de la pratique¹²³.

¹²¹ Wouters et De Man, «International organizations as law-makers», p. 208; voir aussi Higgins, *Problems and Process*, p. 23 et 24: «Les résolutions ne sont qu'une des manifestations de la pratique des États. Toutefois, ces dernières années, elles ont suscité un intérêt obsessionnel en tant que phénomène isolé. Or, du point de vue intellectuel, cela se comprend ou se justifie difficilement, et force est de supposer que commenter l'effet juridique d'une résolution est plus facile, c'est-à-dire demande moins d'efforts et de rigueur et n'appelle pas une analyse méticuleuse, qu'examiner une pratique collective sur telle ou telle question dans toutes ses manifestations complexes. Dans le cadre des organes politiques des organisations internationales, des débats ont lieu; il est procédé à des échanges de vues et des prises de position; des réserves sont exprimées sur les opinions formulées; des projets destinés à devenir des traités, des déclarations, des résolutions contraignantes ou des codes sont élaborés; et des décisions sont prises qui peuvent ou non impliquer une opinion juridique sur telle ou telle question. Mais la mode actuelle consiste souvent à n'examiner que la résolution, à l'exclusion de tout le reste.»

¹²² Voir, par exemple, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, aux pages 144 et 145 (opinion dissidente de M^{me} Van den Wyngaert); Tomka, «Custom and the International Court of Justice», p. 210.

¹²³ Voir, par exemple, *Affaire du «Lotus»*, arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 28 et 29; *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, C.I.J. Recueil 1955, p. 4, à la page 22; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 99, par. 188 (l'abstention de la menace ou de l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, comme pratique); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 253, par. 65: la Cour renvoie aux tenants d'une interdiction en se fondant sur «une pratique constante de non-utilisation des armes nucléaires par les États»; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 135, par. 77: «L'absence presque totale de toute jurisprudence contraire est également significative, tout comme le fait qu'aucun État n'a jamais [fait de déclaration]»; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, à la page 134 (opinion individuelle de M. Petrn, évoquant la pratique de la non-reconnaissance quand il dit que le terme «implique non pas une action positive mais l'abstention d'actes signifiant la reconnaissance»); *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952, p. 176, à la page 221 (opinion dissidente de MM. Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Sir Benegal Rau); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, aux pages 198 et 199 (opinion individuelle de M. Jessup, faisant référence au fait que le Département d'État américain avait refusé de faire des représentations au nom d'une société américaine et que les États-Unis n'invoquent pas un certain argument dans le cadre d'un différend interétatique). Pour la doctrine, voir, par exemple, la Déclaration de Londres (note 42 *supra*); Tunkin, «Remarks on the juridical nature of customary norms of international law», p. 421: «La pratique des États peut consister pour ceux-ci à agir de manière décisive dans certaines circonstances ou, au contraire, à s'abstenir d'agir»; Séfériades, «Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement», p. 143: «même des actes négatifs – des omissions –, consécutivement répétés, sont de nature à finir par devenir des coutumes, entraînant l'obligation légale de ne pas faire. [...] Également, en droit des gens, on ne saurait, nous semble-t-il, ne pas reconnaître une origine coutumière à l'obligation des États de s'abstenir de faire

L'inaction de l'État peut être un élément essentiel à la formation et à la détermination de règles du droit international coutumier, en particulier lorsqu'elle vaut acquiescement ou est regardée comme tel¹²⁴. Le Rapporteur spécial s'arrêtera sur cette question dans son troisième rapport à la lumière des débats de la Commission en 2014.

43. *La pratique des organisations (intergouvernementales) internationales*. Il s'agit d'un domaine important qui sera traité plus en détail à l'occasion du troisième rapport¹²⁵. Quand on sait que « [I]es sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits [et que] leur nature dépend des besoins de la communauté¹²⁶ », les actes des organisations internationales auxquels les États ont donné mandat peuvent également contribuer à la formation d'une pratique générale dans les domaines d'activité de ces organisations ou en témoigner¹²⁷. Il convient,

contre les représentants des pays étrangers tout acte de nature à porter atteinte à leur liberté personnelle ou à la franchise de leur hôtel, ainsi qu'à l'obligation des armées d'occupation de respecter, sur terre, la propriété privée ennemie»; Meijers, «How is international law made? – The stages of growth of international law and the use of its customary rules», p. 5 : « ceux qui agissent prévalent sur ceux qui n'agissent pas [...] l'absence de protestation – l'absence d'objection déclarée à la formation de la nouvelle règle – suffit pour la création d'une règle du droit coutumier (et d'une obligation de s'y conformer)»; Kunz, «The nature of customary international law», p. 666; Mendelson, «The subjective element in customary international law», p. 199 : « les omissions peuvent parfaitement, si elles sont suffisamment dénuées d'ambiguïté, constituer des actes relevant de la pratique des États ».

¹²⁴ Voir aussi Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 136 : « Il n'est pas exagéré de dire que la coutume est principalement constituée par le silence et l'inaction, et non par l'action »; Weisburd, «Customary international law: the problem of treaties», p. 7 : « si la généralité, au sens d'actes positifs accomplis par la plupart des États, n'est pas nécessaire, il doit au moins être possible d'établir qu'une très large majorité d'États a acquiescé à la règle ». Faisant une distinction entre « coutume active et coutume passive »; Danilenko («The theory of international customary law», p. 28) estime que cette dernière renforce la valeur jurisprudentielle de la pratique active et devient ainsi un facteur notable du processus de création de règles coutumières généralement admises.

¹²⁵ Ouvrage majeur dans ce domaine : Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales*.

¹²⁶ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949, p. 174, à la page 178.

¹²⁷ Voir, par exemple, *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 15, à la page 25; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, à la page 95 (opinion individuelle de M. Weeramantry, Vice-Président, évoquant « la pratique des institutions financières internationales »); voir aussi *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, par. 29, observation 13 : « Dans certaines circonstances, la Commission se fonde sur divers aspects de la pratique des organisations internationales pour identifier une règle de droit international coutumier (relations extérieures, exercice des fonctions et prises de position des organes concernant des situations bien précises ou des questions ayant trait d'une manière générale aux relations internationales) »; Jennings et Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, p. 31 : « la concentration de la pratique des États qui se développe et se manifeste désormais au sein des organisations internationales ainsi que les décisions collectives et les activités des organisations elles-mêmes peuvent constituer des preuves précieuses de pratiques générales acceptées comme étant le droit dans les domaines dans lesquels ces organisations opèrent »; Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 730, conclusion : « La pratique des organisations intergouvernementales agissant en leur nom propre est une forme de "pratique des États" »; mais voir Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 16 et 17. Sur ce sujet, voir plus généralement Klabbars, «International organizations in the formation of customary international law», qui soulève également la question de savoir si la pratique de ces organisations peut être considérée comme la « pratique » lorsque celles-ci outrepassent leurs compétences; et Hannikainen, «The collective factor as a promoter of

pour établir la pratique de ce type d'organisations, de distinguer entre la pratique en matière interne et celle en matière de relations avec les États, les autres organisations internationales et d'autres entités¹²⁸. Cette dernière qui nous intéresse ici consiste essentiellement dans des « activités opérationnelles », qui selon un auteur sont « les programmes que les organisations internationales mettent en œuvre dans le cadre de leur mission générale ou en exécution d'un mandat précis¹²⁹ ». Il importe de distinguer également entre la pratique des organes ou autres entités composés de représentants des États et celle des organes composés de personnes siégeant à titre individuel, dont on ne peut considérer qu'elles représentent un État¹³⁰. On distinguera en outre entre « les travaux [des] secrétariats [des organisations internationales] et ceux de leurs organes intergouvernementaux, afin de veiller à ce qu'un poids plus important soit accordé aux seconds, dont les auteurs sont également les principaux acteurs de la pratique étatique¹³¹ ». Si l'on a avancé l'idée que les organisations internationales permettent de constater la coutume rapide¹³², il reste qu'il faut s'entourer d'infinies précautions s'agissant d'en apprécier la pratique¹³³. Les considérations qui valent pour la pratique étatique peuvent également intéresser la pratique des organisations internationales, ce qu'il ne faut pas méconnaître en lisant le présent rapport.

44. La pratique des organisations internationales auxquelles les États membres peuvent avoir transféré des compétences exclusives, comme l'Union européenne, peut être assimilée à celle des États, puisque, dans certains

customary international law ». Bien entendu, les organisations internationales sont très différentes les unes des autres, ce dont il faut tenir compte au moment de déterminer l'importance de leur pratique [voir aussi le paragraphe 8 du commentaire relatif au projet d'article 6 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales de la Commission [Annuaire... 2011, vol. II (2^e partie), p. 54 et 55].

¹²⁸ Par exemple, l'administration d'un territoire ou les opérations de maintien de la paix. En effet, on n'estime plus que cette pratique est circonscrite aux « relations des États avec les organisations » [Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session*, Supplément n° 12 (A/1316), p. 9, par. 78].

¹²⁹ Johnstone, «Law-making through the operational activities of international organizations», p. 94, ces activités sont toutefois examinées sous un angle quelque peu différent; ajoutant que ces activités « se distinguent des fonctions plus explicitement normatives des organisations internationales, telles que l'élaboration de traités ou l'adoption de résolutions, de déclarations et de règlements par les organes intergouvernementaux » (ibid.).

¹³⁰ De même, les travaux de la Commission, qui servent souvent de moyen auxiliaire de détermination ou autre des règles de droit international coutumier, « ne sauraient être assimilés à la pratique étatique ni attester d'une *opinio juris* » [Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989 (Part Two)», p. 59 et 60].

¹³¹ Ainsi que l'a suggéré M. Dire D. Tladi dans l'intervention qu'il a faite au cours du débat tenu l'an passé à la Commission (*Annuaire... 2013*, vol. I, 3182^e séance, 18 juillet 2013, p. 94).

¹³² Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, p. 592 : « L'approche actuelle consistant à invoquer des éléments de preuve émanant des organisations internationales pour identifier une coutume peut être considérée [...] comme une approche relativement plus égalitaire de l'identification de cette source du droit, même si elle a parfois le défaut, comme le font valoir les critiques en ce qui concerne par exemple les résolutions de l'Assemblée générale, de faire prévaloir la rhétorique des États sur leurs actes. »

¹³³ Voir aussi Wouters et De Man, «International organizations as law-makers», p. 208 : « Il faut donc se garder d'assimiler la pratique des organisations internationales à celle des États. Déterminer si les actes des organisations internationales peuvent être attribués à la communauté des États dans son ensemble est une question complexe et la réponse dépend de [...] divers facteurs. »

domaines, ces organisations agissent en lieu et place de leurs États membres¹³⁴. Ce principe s'applique aux actes de ces organisations, quelle qu'en soit la nature, à savoir exécutive, législative ou judiciaire. Ne pas assimiler la pratique de ces organisations internationales à celle des États reviendrait à dire que non seulement la pratique des organisations ne vaut pas pratique étatique, mais également que les États membres ne pourraient plus, ou guère, contribuer à établir la pratique étatique dès lors qu'ils ont conféré certaines de leurs prérogatives à une organisation.

45. *Le rôle des autres acteurs non étatiques.* On a pu dire qu'il faudrait considérer que la conduite d'autres «acteurs non étatiques», comme les organisations non gouvernementales et même les particuliers, contribue au développement du droit international coutumier¹³⁵. D'au-

¹³⁴ Voir aussi la déclaration faite au nom de l'Union européenne, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission*, 23^e séance (A/C.6/68/SR.23), par. 37: «L'Union agit au niveau international sur la base des compétences que lui confèrent ses traités fondateurs. Elle est partie à un nombre important d'accords internationaux aux côtés des États. De plus, dans certains domaines régis par le droit international, elle jouit de compétences exclusives. Ces caractéristiques spéciales lui donnent un rôle particulier dans la formation du droit international coutumier, à laquelle elle peut contribuer directement par ses actes et pratiques»; voir aussi Hoffmeister, «The contribution of EU practice to international law»; Wood et Sender, «State practice», p. 512, par. 20 et 21; Paasivirta et Kuijper, «Does one size fit all? The European Community and the responsibility of international organizations», p. 204 à 212. De même, M^{me} Marie G. Jacobsson a déclaré qu'on ne peut écarter la pratique d'une organisation internationale si celle-ci est compétente pour légiférer sur une question particulière. Cette pratique ne peut être considérée uniquement comme l'opinion de cette organisation sur le droit international coutumier. Elle peut également être assimilée à la pratique des États (*Annuaire... 2013*, vol. I, 3184^e séance, 23 juillet 2013). Mais voir Vanhamme, «Formation and enforcement of customary international law: the European Union's contribution», p. 127 et 131: «Les actes [de la Communauté européenne] constituent une pratique de l'UE [l'Union européenne]. Les qualifier de pratique des États [c'est-à-dire les attribuer aux États membres] reviendrait à nier l'une des principales caractéristiques de la Communauté européenne, à savoir son fonctionnement autonome sur la base des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire qui lui ont été délégués par les États membres. En outre, la pratique juridique internationale de la Communauté européenne rend fidèlement compte de l'*opinio juris* des 27 États membres [qui se sont engagés de manière permanente à accepter ses décisions comme juridiquement obligatoires].»

¹³⁵ Pour cette conception dynamique de la participation à la formation du droit international ou l'idée d'ouvrir cette entreprise à la participation à tous, voir, par exemple, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 155 (opinion dissidente de M^{me} Van den Wyngaert): «le droit international coutumier en formation ne saurait faire aujourd'hui totalement abstraction [de l'opinion de la société civile]»; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, aux pages 69, 70 et 74 (opinion dissidente de M. Ammoun, Vice-Président): «l'élément primordial [...] dans la formation de la règle coutumière qui a conduit à la reconnaissance du droit de libre détermination des peuples [...] [peut être] la lutte des peuples [pour cette cause], avant qu'ils [aujourd'hui membres de la communauté internationale] ne fussent reconnus comme États [...]. S'il est une "pratique générale" pouvant, de façon incontestable, créer le droit aux termes de l'Article 38, paragraphe 1 b, du Statut de la Cour, c'est bien celle que constitue l'action consciencieuse des peuples eux-mêmes luttant avec détermination»; *Sahara occidentale*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975, p. 12, à la page 100 (opinion individuelle de M. Ammoun, Vice-Président); Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-oriented Perspective*, p. 344: «l'accent mis sur les "États" n'est pas réaliste [...] les comportements pertinents sont également ceux de personnes privées et de représentants d'organisations non gouvernementales»; Bodansky, «Customary (and not so customary) international environmental law», p. 108, note 17, évoquant le comportement des États et des organisations internationales, des sociétés transnationales et autres groupes non gouvernementaux; Gunning,

cuns ont ainsi rappelé que «selon l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, la coutume [...] ne doit pas nécessairement être suivie ou reconnue uniquement "par les États", car le même principe joue s'agissant de conventions. Ainsi, en principe, la pratique peut émaner d'acteurs étatiques et non étatiques¹³⁶». Cela dit, il est préférable de considérer que si les particuliers et les organisations non gouvernementales peuvent effectivement «jouer un rôle non négligeable dans la promotion du droit international et son respect¹³⁷» (par exemple, en favorisant la pratique étatique en saisissant les juridictions internes de contestations de droit international ou en concourant utilement à l'évaluation de la pratique étatique), leurs actes n'ont pas valeur de «pratique» aux fins de la formation ou de la détermination du droit international coutumier¹³⁸.

«Modernizing customary international law: the challenge of human rights», p. 212 et 213: «En particulier, en contestant l'exhaustivité des formulations traditionnelles de la souveraineté nationale, le présent article examine la possibilité de permettre aux groupes transnationaux et non gouvernementaux de faire juridiquement entendre leurs voix dans la création de la coutume»; Steer, «Non-State actors in international criminal law», selon laquelle, en droit pénal international, les acteurs non étatiques, comme les organisations non gouvernementales, les magistrats et les avocats, sont ceux qui déterminent le contenu normatif; Paust, «Nonstate actor participation in international law and the pretense of exclusion»; Roberts et Sivakumaran, «Lawmaking by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law»; et Reisman, «The democratization of contemporary international law-making processes and the differentiation of their application».

¹³⁶ Bohoslavsky, Li et Sudreau, «Emerging customary international law in sovereign debt governance?», p. 63. Selon la proposition faite à l'origine par le baron Descamps quant aux règles que devait appliquer la Cour permanente de Justice internationale, la coutume était «une pratique commune des nations, acceptée par elles comme loi»: voir Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 3.

¹³⁷ Buergenthal et Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, p. 75.

¹³⁸ Voir le paragraphe 2 de la conclusion 5 du projet de conclusions de la Commission sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités [*Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 18]: «Toute autre conduite, y compris d'acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32. Une telle conduite peut toutefois être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité»; voir aussi les déclarations faites au nom d'Israël et de la République islamique d'Iran à l'occasion du débat consacré en 2013 par la Sixième Commission aux travaux de la Commission [Israël, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/68/SR.19) et 25^e séance (A/C.6/68/SR.25); et République islamique d'Iran, *ibid.*, 19^e séance (A/C.6/68/SR.19), 22^e séance (A/C.6/68/SR.22) et 26^e séance (A/C.6/68/SR.26); Arend, *Legal Rules and International Society*, p. 176: «Bien qu'il existe des acteurs non étatiques et que, dans certains cas, ces acteurs concluent des accords internationaux, ils ne participent pas directement à la création du droit international. En d'autres termes, leurs interactions réciproques et avec les États ne créent pas de règles de droit international coutumier»; D'Aspremont, «Inclusive law-making and law-enforcement processes for an exclusive international legal system», p. 430; Mendelson, «The formation of customary international law», p. 203 (suggérant que la contribution des acteurs non étatiques à la formation du droit international coutumier doit s'entendre «dans un sens plus large [...] [il s'agit d'une] contribution indirecte»); Dinstein, «The interaction between customary law and treaties», p. 267 à 269; Déclaration de Londres (note 42 *supra*). D'aucuns font valoir qu'il est établi que la pratique des particuliers, comme les pêcheurs, contribue au développement du droit international coutumier (voir, par exemple, Wolfke, «Some persistent controverses regarding customary international law», p. 4), mais il est sûrement plus exact de dire que si «on ne peut nier que les actes des particuliers peuvent créer certains faits pouvant par la suite donner matière à un dialogue interétatique [...], les actes de particuliers ne constituent pas, dans ces conditions, une pratique de formation du droit: ce sont de simples faits donnant naissance à la pratique internationale des États» (Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 84); voir

46. Sans avoir valeur de pratique, la jurisprudence des juridictions internationales concernant l'existence de règles de droit international coutumier et leur formation¹³⁹ est importante en ce qu'elle est un «moyen auxiliaire de détermination des règles de droit¹⁴⁰», celle de la Cour internationale de Justice en particulier revêtant beaucoup de poids¹⁴¹.

47. *Pratique confidentielle*. Pour l'essentiel, la pratique étatique, comme les communications confidentielles entre gouvernements, n'est pas accessible au public, du moins pas dans l'immédiat¹⁴². On voit mal comment cette pratique peut contribuer à la formation ou à la détermination du droit international coutumier général tant qu'elle n'est

aussi Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 58: «de qui le comportement contribue à la pratique n'est pas important ; ce qui importe est de savoir à qui la pratique peut être attribuée et, surtout, qui l'a "acceptée comme étant le droit"»; Santulli, *Introduction au droit international*, p. 45 et 46: «Pour être pertinent aux fins de l'élaboration des règles coutumières, le précédent doit pouvoir être imputé à un État ou à une organisation internationale. Seuls les États et les organisations internationales, en effet, participent au phénomène coutumier. La conduite des sujets internes n'en est pas moins importante, mais elle n'est juridiquement pertinente pour apprécier la formation de la coutume internationale qu'au regard de la réaction qu'elle a suscitée, tolérance ou réprobation.»

¹³⁹ Voir aussi Mendelson, «The formation of customary international law», p. 202 ; mais voir *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, à la page 315 (opinion individuelle de M. Ammoun): «la jurisprudence internationale [...] [est] considérée en tant qu'élément de [la coutume]»; Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 83: «Les décisions des juridictions, et en particulier les arrêts de la [Cour internationale de Justice], constituent une part importante de la pratique de la communauté internationale». Cf. Kopelmanas, «Custom as a means of the creation of international law», p. 142: «la création de règles juridiques coutumières par l'action du juge international est un fait positif incontestable»; Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», p. 270: «Ce libellé [de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice conférant aux décisions judiciaires le statut de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit] sous-estime le rôle de la jurisprudence internationale dans le processus normatif. Les jugements étayés par des arguments convaincants ont souvent une influence extrêmement importante sur le processus de création des normes, même si en théorie les juridictions appliquent le droit et ne le créent pas.»

¹⁴⁰ Article 38, paragraphe 1 d du Statut de la Cour internationale de Justice ; voir aussi *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, observation 15: «La Commission invoque parfois la jurisprudence internationale comme étant l'expression concluante d'une règle de droit international coutumier existante»; *ibid.*, observation 16: «La Commission invoque souvent aussi la jurisprudence pour établir l'existence ou l'inexistence d'une règle de droit international coutumier»; et *ibid.*, observation 17: «La Commission interroge parfois la jurisprudence internationale, y compris les sentences arbitrales comme source secondaire pour identifier la pratique des États pertinente.»

¹⁴¹ Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, p. 20: «les arrêts de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales jouent un rôle dans la reconnaissance et la validation des règles du droit international coutumier». Pour un exemple récent, voir arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n^{os} 34356/06 et 40528/06, par. 198, CEDH 2014 ; Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 145: «les arrêts et les avis des juridictions internationales, en particulier la Cour de La Haye, sont d'une importance décisive comme preuves des règles coutumières. La Cour les a invoqués presque comme s'ils faisaient partie du droit positif.»

¹⁴² Il convient de distinguer la pratique dite confidentielle de celle qu'il est difficile de consulter. La pratique peut passer largement inaperçue pour diverses raisons. Il en est par exemple ainsi lorsque la pratique de certains États n'est pas publiée sous une forme largement accessible. Les membres de la Commission et des États ont fait état d'un autre problème particulier, à savoir celui de la pratique disponible uniquement dans des langues qui ne sont pas connues du plus grand nombre (ce qui, de fait, vaut pour la plupart des langues).

pas rendue publique¹⁴³. Par ailleurs, la pratique connue de quelques États, voire de deux seulement, peut contribuer à l'éclosion d'une règle régionale, spéciale ou locale (et non générale) de droit international coutumier opposable aux seuls intéressés¹⁴⁴.

48. Le projet de conclusion ci-après est proposé :

«*Projet de conclusion 7. Formes de pratique*

«1. La pratique peut prendre diverses formes et résulte d'actes matériels et verbaux.

«2. La pratique se manifeste notamment dans le comportement des États "sur le terrain", l'action et la correspondance diplomatiques, les actes législatifs, la jurisprudence interne, les publications officielles dans le domaine du droit international, les déclarations faites au nom d'États concernant telle ou telle entreprise de codification, la pratique en matière de traités et les actes résultant de résolutions adoptées par des organes d'organisations ou de conférences internationales.

«3. L'inaction peut aussi valoir pratique.

«4. Les actes (y compris l'inaction) des organisations internationales peuvent également valoir pratique.»

49. *Absence de hiérarchie prédéterminée*. Nulle manifestation de la pratique n'est a priori plus importante qu'une autre, son poids étant fonction des circonstances ainsi que de la nature de la règle considérée¹⁴⁵. Par

¹⁴³ Voir aussi Dinstein, «The interaction between customary law and treaties», p. 275: «La conduite des États doit également – pour compter dans la formation de la coutume – être transparente, afin que les autres États puissent y réagir de manière positive ou négative»; Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 726, conclusion 5: «Les actes ne comptent pas comme pratique s'ils ne sont pas publics». Pour ce qui est de la fonction de représentation de la doctrine par opposition au secret d'État, voir Carty, «Doctrine versus State practice», p. 979 à 982. Meijers fait observer ceci: «Les États concourent à la création du droit en ne protestant pas, c'est-à-dire en ne réagissant pas. S'il en est ainsi, les États concernés doivent avoir la possibilité de réagir. Il en découle deux conditions supplémentaires pour la formation du droit: il doit être possible d'indiquer au moins une manifestation expresse de la volonté de créer une règle juridique, et cette manifestation expresse de volonté doit pouvoir être connue de tous les États qui seront réputés vouloir concourir à la création de la nouvelle règle s'ils ne protestent pas» («How is international law made?», p. 19). Mais voir Bos, «The identification of custom in international law», p. 30: «même si elle est facilitée, la découverte des preuves [de la pratique des États] peut parfois poser problème, car les manifestations de cette pratique ne sont pas toutes consignées dans un recueil ou un répertoire. Ce serait donc trop demander de dire qu'outre qu'elle doit satisfaire aux conditions [...] [de quasi-uniformité, d'attribution à l'État et de généralité], la pratique doit aussi être suffisamment manifeste pour les autres États susceptibles d'être liés par la future règle coutumière.»

¹⁴⁴ La question des coutumes régionale, spéciale et bilatérale sera envisagée dans le troisième rapport du Rapporteur spécial.

¹⁴⁵ Voir aussi Conforti et Labella, *An Introduction to International Law*, p. 32: «Il n'y a pas de hiérarchie établie entre ces divers actes ; les actes des tribunaux internes, des organes exécutifs, des organes chargés des relations extérieures et des représentants auprès des organisations internationales sont tous sur un pied d'égalité. Le poids à leur accorder dépend du contenu de la règle coutumière en question»; Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 21: «Il n'y a pas de raison impérieuse d'accorder plus d'importance à un type de pratique qu'à un autre»; Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 157: «L'absence d'indication en la matière dans le Statut de la Cour [internationale] et la liberté dont jouit la Cour dans le choix et l'évaluation des preuves du droit coutumier attestent qu'il n'existe pas de hiérarchie formelle entre les divers types de preuves de ce droit.»

exemple, le proverbe dit que les actes sont plus éloquentes que tous les discours, mais ce n'est évidemment pas le cas s'agissant d'une action illégale¹⁴⁶. Dans bien des cas, c'est le pouvoir exécutif qui, en définitive, représente l'État dans les affaires internationales¹⁴⁷.

50. *La pratique de l'État doit être « envisagée dans son ensemble »*¹⁴⁸. Premièrement, il faut interroger l'ensemble de la pratique connue de l'État. Deuxièmement, la pratique des différents organes de l'État peut ne pas être uniforme. Par exemple, tel tribunal ou le corps législatif peuvent adopter un point de vue contraire à celui de l'exécutif, et les avis peuvent même diverger au sein d'un même pouvoir. Il peut en être ainsi en particulier de la pratique des organes infra-étatiques (par exemple dans un État fédéral); la circonspection est de mise en présence de cette pratique, comme de la jurisprudence des juridictions inférieures. Lorsque les différents organes de l'État ne parlent pas d'une même voix, la pratique étatique est ambivalente, ce qui peut fort bien en entamer le poids¹⁴⁹.

51. Le projet de conclusion suivant est proposé :

« *Projet de conclusion 8. Appréciation de la preuve de la pratique*

« 1. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.

« 2. Il convient d'envisager l'ensemble de la pratique connue de l'État. On accordera moins de poids à la pratique des organes de l'État dès lors qu'ils ne parlent pas d'une même voix. »

52. *Généralité de la pratique.* « Sans doute ressort-il des termes explicites de l'Article 38, paragraphe 1 b, du Statut

¹⁴⁶ Voir, par exemple, l'avis de la Cour internationale de Justice sur le principe de non-intervention dans l'arrêt rendu en l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, aux pages 108 et 109, par. 207; voir aussi Müllerson, « On the nature and scope of customary international law », p. 344: « Bien entendu, différentes catégories de pratique des États peuvent avoir un poids différent dans la formation de la coutume. Ce que font les États a habituellement plus de poids que ce qu'ils disent, mais, d'autre part, au moins dans le cadre des relations interétatiques officielles, dire est également faire. La pratique "effective" a peut-être davantage de poids dans la formation de la coutume mais la pratique diplomatique exprime en général plus clairement la position juridique des États au plan international. Souvent, seuls quelques États ont une pratique "effective", et la pratique des autres États peut n'être que diplomatique, voire être totalement inexistante. »

¹⁴⁷ Voir aussi Roberts, « Comparative international law? », p. 62: « Lorsque des incohérences se font jour, la pratique contraire doit être appréciée compte tenu de facteurs tels que l'organe de l'État compétent en la matière »; mais voir Wuerth, « International law in domestic courts and the *Jurisdictional Immunities of the State case* », p. 827: « Privilégier l'exécutif n'est pas satisfaisant parce qu'une décision d'une juridiction interne qui invoque la responsabilité de l'État en droit international donne généralement, quant à l'*opinio juris*, des indications plus claires que la pratique de l'exécutif. »

¹⁴⁸ *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, à la page 136, par. 83.

¹⁴⁹ Voir, par exemple, Cour suprême de Singapour, *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, [2010] 3 S.L.R. 489, Cour d'appel, 14 mai 2010, par. 96. Selon une autre thèse, ce n'est que lorsque les divergences entre la pratique suivie par les différents organes de l'État disparaissent que la pratique de cet État devient « cohérente et qu'elle peut donc contribuer au développement du droit coutumier », voir Akehurst, « Custom as a source of international law », p. 22.

de la Cour, que la pratique dont il est possible de dégager la coutume générale est celle de la généralité et non de l'unanimité des États¹⁵⁰. » En effet, pour conclure à l'existence de telle ou telle règle de droit international général coutumier, il n'est pas nécessaire d'être en présence d'une pratique unanime (universelle)¹⁵¹ mais « fréquente¹⁵² » ou, autrement dit, suffisamment répandue¹⁵³. Il ne s'agit pas

¹⁵⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, à la page 330 (opinion individuelle de M. Ammoun).

¹⁵¹ Voir également *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 104 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun): « [Pour démontrer l'existence d'un droit international coutumier,] [i]l s'agit donc de se demander si une telle pratique est observée non certes unanimement, mais par la généralité des États [...], avec la conscience qu'ils ont de se soumettre à une obligation juridique »; et *ibid.*, p. 229 (opinion dissidente de M. Lachs): « [P]our devenir obligatoire, une règle ou un principe de droit international n'a pas besoin d'être sanctionné par une acceptation universelle. Cela ressort de plusieurs déclarations de la Cour [...]. Les États n'ont pas tous, comme je l'ai indiqué plus haut dans un contexte différent, l'occasion ni la possibilité d'appliquer une règle donnée. L'élément d'appréciation déterminant doit être le comportement d'un grand nombre d'États, éventuellement de la majorité des États, en tout cas de la grande majorité des États intéressés »; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, à la page 435 (opinion dissidente de Sir Garfield Barwick): « Le droit coutumier ne dépend pas à mon avis d'une adhésion universelle »; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, à la page 95 (opinion individuelle de M. Weeramantry, Vice-Président): « Certes, l'appui général de la communauté internationale ne signifie pas que chaque membre de la communauté des nations, à titre individuel, ait expressément donné son soutien à ce principe; cela n'est du reste pas requis pour l'établissement d'un principe de droit international coutumier. » Cette opinion est reçue par la doctrine: voir, par exemple, Dugard, *International Law: A South African Perspective*, p. 28: « Pour qu'une règle puisse être qualifiée de coutume, elle doit bénéficier d'une acceptation "générale" ou "répandue". Une acceptation universelle n'est pas nécessaire »; Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 59: « On peut dire sans crainte de se tromper que l'unanimité des États n'est pas requise, que ce soit dans le sens où il doit être établi que tous les États ont participé à [la pratique], ou dans le sens où il existe des preuves que tous les États considèrent qu'il s'agit d'une coutume obligatoire (*opinio juris*). »

¹⁵² *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 43, par. 74.

¹⁵³ Voir, par exemple, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 40, à la page 102, par. 205, où il est question d'une « pratique étatique uniforme et largement répandue »; *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 246, à la page 299, par. 111, où l'on renvoie à « une pratique suffisamment étoffée et convaincante »; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, aux pages 45 et 52 (opinion individuelle collective de MM. Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda), où il est question d'un usage international « suffisamment général » ou d'une pratique des États permettant de dégager « une règle [...] qui soit suffisamment générale et uniforme », et *ibid.*, p. 161 (opinion individuelle de M. Petrén), où l'on évoque la nécessité de compter un « nombre suffisamment élevé » d'États; Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Samuel Kaunda and others v. The President of the Republic of South Africa and Others*, arrêt, 4 août 2004, ILM, vol. 44 (2005), p. 173, par. 29: « [T]elle n'est pas actuellement la pratique générale des États [...]. Il faut donc admettre que les demandeurs ne peuvent fonder leurs prétentions sur le droit international coutumier »; Cour constitutionnelle fédérale allemande, *2 BvR 1506/03*, décision de la Deuxième Chambre, 5 novembre 2003, par. 59: « Cette pratique n'est toutefois pas généralisée au point d'être considérée comme une pratique consolidée qui crée le droit international coutumier. » Le caractère généralisé est en effet considéré comme « la notion fondamentale essentielle à la détermination d'une règle coutumière universelle » (Barboza, « The customary rule: from chrysalis to butterfly », p. 7). Voir aussi *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, par. 18 et 19, observation 3: « La Commission voit dans le caractère généralisé de la pratique des États également un facteur déterminant de l'identification de la règle de droit international coutumier. »

là d'un critère purement quantitatif, puisqu'il faut également que la pratique dérive d'une participation largement représentative¹⁵⁴ et fasse intervenir les États particulièrement intéressés.

53. On ne peut déterminer dans l'abstrait le nombre exact d'États requis aux fins de l'«analyse en quelque sorte numérique de la pratique des États¹⁵⁵» autorisant à qualifier telle ou telle pratique de «générale¹⁵⁶». Ce qui importe, au fond, c'est que la pratique – qui, dans certains cas, peut résulter de l'inaction – ait été le fait de l'écrasante majorité des États qui ont jusque-là eu la possibilité de le faire¹⁵⁷, et qu'elle soit si répandue que toute autre pratique contraire soit marginale et sans effet juridique direct¹⁵⁸. Parfois, même un nombre «respectable» d'États tenants de la

pratique ne suffit pas forcément¹⁵⁹, mais il se peut fort bien que seul un nombre relativement réduit d'États se livrent à telle pratique et que l'inaction des autres suffise à créer la règle de droit international coutumier¹⁶⁰.

54. *États particulièrement intéressés*. Il importe de tenir dûment compte de la pratique des «États particulièrement intéressés¹⁶¹», dès lors que l'on peut les identifier. Autrement dit, pour apprécier l'existence d'une pratique internationale, il faudrait prendre en considération la pratique des États qui sont «touchés ou intéressés dans une plus grande mesure que d'autres¹⁶²» au regard de la règle en question, ladite pratique devant avoir un poids considérable (au point de pouvoir, dans certaines circonstances, faire obstacle à l'apparition d'une nouvelle règle)¹⁶³. Les

¹⁵⁴ Voir *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 42, par. 73 : «une participation très large et représentative [...]»; et *ibid.*, p. 227 (opinion dissidente de M. Lachs) : «Ce calcul mathématique, si important qu'il soit déjà en lui-même, doit être complété par une analyse spectrale, pour ainsi dire, de la représentativité des États [...]. Dans le monde d'aujourd'hui, en effet, il faut tenir compte d'un facteur essentiel dans la formation d'une nouvelle règle de droit international général, à savoir le fait que des États ayant des systèmes politiques, économiques et juridiques différents, des États de tous les continents, participent à ce processus»; Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), *Mondev International Ltd v. United States of America*, sentence du 11 octobre 2002, ILM, vol. 42, p. 107, par. 117 : «Des traités d'investissement sont conclus entre le Nord et le Sud et entre l'Est et l'Ouest, et à l'intérieur de ces parties du monde. De manière remarquablement répandue, les États se sont obligés de façon répétée à accorder un tel traitement aux investissements étrangers. Aux yeux du Tribunal, un tel corpus de pratique concordante aura nécessairement influé sur le contenu des règles régissant le traitement des investissements étrangers en droit international contemporain»; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2 BvR 1506/03, décision de la Deuxième Chambre, 5 novembre 2003, par. 50 : «une conduite qui est continue et aussi uniforme que possible, et à laquelle la participation des États et autres sujets de droit international ayant des compétences normatives est large et représentative»; Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 734, conclusion 14 i) : «Pour qu'une règle de droit international coutumier général voit le jour, il faut que la pratique des États soit à la fois répandue et représentative»; Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 94 : «La condition de généralité signifie que la pratique coutumière doit acquérir un caractère général et représentatif.»

¹⁵⁵ Pour reprendre les termes employés par le juge Dillard dans son opinion individuelle en l'affaire *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 56.

¹⁵⁶ Voir également Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 59 et 60 : «Ce critère de reconnaissance générale [par les États d'une certaine pratique comme obligatoire] est nécessairement vague; mais il est dans la nature du droit coutumier, que ce soit interne ou international, de ne pas se prêter à une formulation précise ou définitive»; Barboza, «The customary rule: from chrysalis to butterfly», p. 8 : «La notion de "généralité" semble relativement souple.»

¹⁵⁷ Kunz, «The nature of customary international law», p. 666 : et voir *infra* le paragraphe 54, à propos des États particulièrement intéressés. Voir également Higgins, *Problems and Process*, p. 22 : «il ne faut pas perdre de vue que c'est la pratique de la grande majorité des États qui est critique, tant dans la formation de nouvelles normes que dans le développement et la modification et, éventuellement, l'extinction des normes existantes». La Cour constitutionnelle fédérale allemande a déclaré qu'il suffisait que telle règle soit reconnue comme contraignante par une majorité écrasante d'États, au nombre desquels l'Allemagne ne devait pas forcément être [voir *Argentine Necessity Case*, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, Deuxième Chambre, décision, 8 mai 2007, p. 9 et 10 : «Une règle du droit international est "générale" au sens de l'article 25 de la loi fondamentale si elle est reconnue par la grande majorité des États (voir BVerfGE 15, 25 (34)). Le caractère général de la règle a trait à son application, et non à son contenu, sa reconnaissance par tous les États n'étant pas nécessaire. Il n'est pas non plus nécessaire que la République fédérale d'Allemagne, en particulier, l'ait reconnue»].

¹⁵⁸ Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 30.

¹⁵⁹ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 42, par. 73; voir également Singapour, *Nguyen Tuong Van v. Public Prosecutor*, Cour d'appel, ILR, vol. 134, p. 684, par. 92.

¹⁶⁰ Voir, par exemple, Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 18 : «Une pratique suivie par un très petit nombre d'États peut créer une règle de droit coutumier s'il n'y a aucune pratique en conflit avec cette règle.»

¹⁶¹ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 42, par. 73 : «En ce qui concerne les autres éléments généralement tenus pour nécessaires afin qu'une règle conventionnelle soit considérée comme étant devenue une règle générale de droit international, il se peut que, sans même qu'une longue période se soit écoulée, une participation très large et représentative à la convention suffise, à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés»; *ibid.*, p. 43, par. 74 : «la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés»; et *ibid.*, p. 175 et 176 (opinion dissidente de M. Tanaka) : «Il est indéniable que la question de la répétition se pose en termes de quantité [...]. Ce que je veux souligner ici, c'est que l'important en la matière n'est pas tant le nombre [...] [que] la signification qu'on peut [lui] attribuer dans les circonstances [...]. Nous ne pouvons pas considérer que la ratification de la Convention [sur le plateau continental] par une grande puissance maritime ou le fait qu'elle conclut une convention consacrant le principe de l'équidistance ont exactement la même importance que des actes semblables, accomplis par un État sans littoral, qui n'a pas d'intérêt particulier à la délimitation du plateau continental»; voir également *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 90 (opinion individuelle de M. De Castro) : «Pour la formation d'une règle nouvelle de droit international, il faut que la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été en substance ou pratiquement uniforme»; et *ibid.*, p. 161 (opinion dissidente de M. Petren) : «Un autre élément nécessaire à la formation d'une nouvelle règle de droit coutumier manque donc : son acceptation par les États dont elle affecte les intérêts»; Bellinger et Haynes, «A US Government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*», p. 445, note 4; Treves, «Customary international law», p. 945, par. 36 : «Il serait difficile, par exemple, de déterminer l'existence d'une règle du droit de la mer en l'absence de pratique correspondante des principales puissances maritimes, des principaux États côtiers ou, le cas échéant, des États ayant les flottes de pêche les plus importantes, mais le silence d'États moins directement intéressés ne fera pas obstacle à une telle détermination. De même, les règles relatives aux relations économiques, par exemple celles applicables aux investissements étrangers, nécessitent une pratique des principaux États investisseurs ainsi que des principaux États accueillant des investissements.»

¹⁶² Worster, «The transformation of quantity into quality: critical mass in the formation of customary international law», p. 63. Meijers («How is international law made?», p. 7) parle des «États qui prennent une part prédominante à une activité déterminée»; Danilenko (*Law-making in the International Community*, p. 95) parle quant à lui d'«un intérêt particulier pour les principes et règles pertinents».

¹⁶³ Voir, par exemple, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 47 (opinion individuelle collective de MM. Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda) : «ces prétentions ont généralement entraîné des protestations ou des objections de la part d'un certain nombre d'importants États maritimes qui se livrent à la pêche lointaine – si bien qu'il n'est pas permis de dire qu'elles sont "généralement acceptées"».

États « particulièrement intéressés » s'identifient selon la règle considérée et, du reste, il est des domaines où l'on ne peut identifier précisément les États « particulièrement intéressés »¹⁶⁴. Très souvent, les États sont tous également touchés. Certes, certains États sont souvent « particulièrement touchés »¹⁶⁵; toutefois, conformément au principe de l'égalité souveraine, ce n'est qu'à ce titre que leur pratique pourra être analysée et se voir attribuer quelque poids¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 95; voir également Mendelson, « The subjective element in customary international law », p. 186: « la notion d'« États particulièrement intéressés » n'est pas très précise »; Aznar, « The contiguous zone as an archeological maritime zone », p. 12. On trouvera une illustration du problème dans l'affaire de la Cour internationale de Justice dite *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, lorsque le juge Shahabuddeen, dans son opinion dissidente, a estimé que « [l]orsque, ce qui est en jeu, c'est la licéité de l'emploi d'une arme susceptible d'anéantir l'humanité et donc tous les États, la question de savoir quels sont les États particulièrement intéressés vise non la propriété de l'arme, mais les conséquences de son utilisation. De ce point de vue, tous les États sont également intéressés, car, à l'instar de ceux qui y habitent, ils ont tous le même droit d'exister » (avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 414). Dans le même sens, voir également *ibid.*, p. 535 et 536 (opinion dissidente de M. Weeramantry).

¹⁶⁵ De Visscher (*Théories et réalités en droit international public*, p. 189) compare l'évolution du droit international coutumier à « la formation graduelle d'un chemin à travers un terrain vague ». Puis, « [p]armi les usagers, il en est toujours qui, plus profondément que d'autres, marquent la terre de l'empreinte de leurs pas, soit en raison de leur poids, c'est-à-dire de leur puissance en ce monde, soit parce que leurs intérêts les appellent plus fréquemment à effectuer le parcours » (*ibid.*, p. 190).

¹⁶⁶ Voir également Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 26: « Aucune règle n'exige que les principales puissances participent à une pratique pour que celle-ci donne naissance à une règle du droit international coutumier. Étant donné l'étendue des intérêts de ces puissances du point de vue tant géographique que *ratione materiae*, elles seront souvent « particulièrement intéressées » par une pratique; et dans cette mesure, et dans cette mesure seulement, leur participation est nécessaire »; voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 278 (déclaration de M. Shi): « en accordant une importance induite à la pratique de cette « partie appréciable » [des « États [qui] sont des membres importants et puissants de la communauté internationale et jouent un grand rôle sur la scène internationale »], non seulement on irait à l'encontre du principe même de l'égalité souveraine des États, mais encore il deviendrait plus difficile de donner une idée exacte et juste de l'existence d'une règle coutumière », et *ibid.*, p. 533 (opinion dissidente de M. Weeramantry): « Du point de vue de la création de la coutume internationale, la pratique et la politique de cinq États sur cent quatre-vingt-cinq ne semblent pas constituer une base suffisante pour la naissance d'une coutume, quelle que puisse être l'influence exercée dans le monde par ces cinq États ». Voir, toutefois, *ibid.*, p. 312 (opinion dissidente de M. Schwebel, Vice-Président): « Cette pratique nucléaire n'est pas le fait d'États « objecteurs persistants », isolés et d'importance secondaire. Ce n'est pas la pratique d'un gouvernement mis au ban de la communauté des nations ne trouvant aucun écho dans une opinion internationale d'un avis contraire. C'est la pratique de cinq des grandes puissances mondiales, des membres permanents du Conseil de sécurité et elle a été appuyée très largement pendant près de cinquante ans par leurs alliés et par d'autres États s'abritant sous leur parapluie nucléaire. Autrement dit, c'est la pratique d'États – une pratique appuyée par un nombre important et imposant d'autres États – qui, pris ensemble, représentent l'essentiel de la puissance militaire, économique, financière et technologique du monde et une très grande proportion de sa population »; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, à la page 306 (opinion individuelle de M. Petrén): « Vouloir fermer les yeux devant l'attitude, à cet égard, de l'État le plus peuplé du monde témoignerait d'un manque de réalisme »; Buergenthal et Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, p. 28: « Qu'elle [la pratique] n'ait pas à être universelle semble clair. Est également incontestée la conclusion selon laquelle, en général, la pratique en question doit être acceptée par les principales puissances du monde et par les États qu'elle touche directement. »

55. *Constance de la pratique*. Pour qu'il y ait règle de droit international coutumier, il faut qu'il y ait pratique constante¹⁶⁷. S'il est vrai que les circonstances particulières peuvent naturellement varier d'un acte à l'autre, il faut que tous les actes aient en commun une « explication de base qui ne varie pas »: c'est alors que l'on pourra parler de régularité de la conduite en question¹⁶⁸. Si, par contre, la pratique est là pour démontrer que « chaque cas concret est finalement différent des autres, [...] [l]es conditions pour la formation de principes et règles de nature coutumière donnant des prescriptions précises [...] ne sauraient donc être réunies »¹⁶⁹. En d'autres termes, lorsque les faits révèlent

tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances [...] un tel manque de consistance [...], et [que] la pratique a été influencée à tel point par des considérations d'opportunité politique dans les divers cas [...], il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme acceptée comme étant le droit en ce qui concerne la prétendue règle [...] ¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Voir, par exemple, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 276: « un usage constant et uniforme »; *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, à la page 40: « une pratique constante et uniforme »; *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4, à la page 30 (opinion dissidente de M. Klaestad); *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 43, par. 74: il demeure indispensable que la pratique ait été « pratiquement uniforme »; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, à la page 90 (opinion individuelle de M. De Castro): « Pour la formation d'une règle nouvelle de droit international, il faut que la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été en substance ou pratiquement uniforme »; et *ibid.*, p. 50 (opinion individuelle collective de MM. Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda): « Une autre condition fondamentale qui doit être remplie pour que la pratique des États devienne une règle de droit coutumier est que cette pratique soit commune, uniforme et concordante. En conséquence, l'existence d'éléments contradictoires dans la pratique des États ou la manifestation d'un comportement incompatible avec cette pratique, surtout si elles sont imputables aux États mêmes qui sont censés suivre la coutume ou la créer, feraient obstacle à la formation d'une règle de droit coutumier. » Voir également *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, par. 17, observation 2: « La Commission voit dans l'uniformité de la pratique des États un facteur déterminant de l'identification de la règle de droit international coutumier. » Selon un auteur, dans la pratique, les deux conditions – généralisation et uniformité – « se fondent en un processus analytique unitaire. Les publicistes ne peuvent, par exemple, analyser si une pratique étatique est générale sans avoir identifié une pratique qui est uniforme » (Fidler, « Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law », p. 202).

¹⁶⁸ Barboza, « The customary rule: from chrysalis to butterfly », p. 7: « La répétition d'une conduite participe de l'essence de la coutume. Bien entendu, les faits ne sont jamais les mêmes: Héraclite disait qu'on ne se baigne jamais deux fois dans le même fleuve. Les faits peuvent changer, les sujets peuvent être différents, les circonstances peuvent varier, mais il existe un sens fondamental qui ne change pas. À chaque fois qu'il y a répétition, il existe des faits individuels relevant d'un *genus* commun; parler de répétition implique qu'il a été procédé à une abstraction et qu'un certain nombre de données appartenant aux faits individuels, ceux qui se produisent dans la vie réelle, ont été éliminées. Dans le même temps, un sens générique fondamental est conservé, c'est-à-dire un sens qui peut être appliqué à d'autres situations [...]. Ce sens générique se répète dans chaque précédent et établit le contenu de ce que les États concernés acceptent comme étant le droit dans leurs relations mutuelles. » Voir également Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 96: « toute règle coutumière est une généralisation normative effectuée à partir de précédents individuels ».

¹⁶⁹ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 246, à la page 290, par. 81.

¹⁷⁰ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 277;

56. Pour déterminer si telle pratique est constante ou non, il importe, bien entendu, d'interroger des situations effectivement comparables, suscitant des questions identiques ou analogues¹⁷¹. De plus, si la répétition fréquente de telle pratique homogène conférerait naturellement à celle-ci plus de poids, on appréciera le degré d'une telle fréquence au regard de la fréquence des circonstances dans lesquelles il y a lieu, ou il convient, de prendre la mesure constituant la pratique considérée¹⁷².

57. *Une certaine inconstance n'est pas réhabilitaire.* Il n'est pas indispensable que la pratique soit parfaitement uniforme : «il ne faut pas exagérer l'importance des contradictions et incohérences superficielles¹⁷³». Selon la Cour internationale de Justice,

voir également *Affaire du détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4, à la page 74 (opinion dissidente de M. Krylov) : «La pratique des États en cette matière est loin d'être uniforme, et on ne peut pas constater à cet égard l'existence d'une coutume internationale»; et *ibid.*, p. 128 (opinion dissidente de D^r B. Ečer) : «La pratique des États était tellement variée que l'on ne pouvait y voir la preuve de l'existence d'une telle norme [de droit international coutumier]»; *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, à la page 131, où l'on constate que «certains États ont adopté une règle et en ont fait application, tandis que «d'autres États ont adopté une pratique différente : «En conséquence, la règle [...] n'a pas acquis l'autorité d'une règle générale de droit international»; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, aux pages 56 et 57 (opinion individuelle de M. Bustamante y Rivero, Président), qui affirme que quand la pratique a un caractère isolé [qui] interdit toute systématisation», l'apparition d'un droit international coutumier est «peu probable en l'espèce»; *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 175, à la page 212 (déclaration de M. Nagendra Singh) : des «pratiques étatiques largement divergentes et fortement discordantes [font que des règles] ne se sont pas cristallisées»; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, aux pages 117 et 118 (opinion individuelle de M. Bula-Bula) : «Au milieu de tant de contradictions, d'attitudes incertaines qui marquent fondamentalement cette pratique unilatérale et solitaire [...], nulle norme coutumière ne saurait émerger.»

¹⁷¹ Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 45, par. 79; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2 BvR 1506/03, décision de la Deuxième Chambre, 5 novembre 2003, par. 42 : «il convient en particulier de tenir compte du fait que la pratique étatique pertinente et les doctrines prises en considération par le Tribunal régional supérieur concernent dans leur écrasante majorité des situations dans lesquelles deux États seulement sont en cause. Par contre, dans la présente espèce, il existe des relations juridiques entre la République du Yémen, État d'origine du demandeur, les États-Unis d'Amérique, État du for requérant, et la République fédérale d'Allemagne, État de résidence requis. Pour cette raison, les conséquences juridiques de la violation alléguée du droit international ne concernent pas directement la procédure pénale dans l'État du for [...] mais concernent la procédure d'extradition dans l'État de résidence requis»; Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, affaire n° SCSL-04-14-A, arrêt, Chambre d'appel, 28 mai 2008, par. 406.

¹⁷² Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 65.

¹⁷³ Fitzmaurice : «The law and procedure of the international court of justice, 1951-54: general principles and sources of law», p. 45. Voir également Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 44 : «un critère qui serait trop strict [...] mettrait la formation du droit international coutumier en péril. Par exemple, en imposant un examen trop détaillé des manifestations de la pratique, il amènerait à négliger le caractère nécessairement général du droit coutumier. De plus, ce qui apparaît à première vue comme une pratique incohérente peut très bien avoir une règle générale comme dénominateur commun, ou des règles qui semblent partielles ou spéciales peuvent au moins présenter une certaine uniformité. Une fois une règle établie, elle peut très bien autoriser diverses options [...]. Des écarts par rapport à cette règle peuvent en réalité dénoter des dérogations admissibles [...]»; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 24 : «Si la pratique n'a pas à être complètement uniforme, elle doit l'être en substance»; Bodansky,

[i]l ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique [...]. La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle¹⁷⁴.

58. *Durée de la pratique.* Si les règles du droit international coutumier sont classiquement le fruit d'une pratique de longue durée, on s'accorde à considérer qu'il n'est prescrit aucune durée d'existence précise pour que telle pratique secrète une règle de droit international coutumier¹⁷⁵.

«Customary (and not so customary) international environmental law», p. 109 : «les règles coutumières représentent une régularité mais non nécessairement une uniformité de comportement [...] des erreurs ou des violations des règles sont possibles»; Müllerson, «The interplay of objective and subjective elements in customary law», p. 167 : «[u]ne réglementation juridique n'est nécessaire que lorsqu'il y a des écarts par rapport aux formes de pratique désirées». Selon Briggs («Colombian-Peruvian asylum case and proof of customary international law», p. 729), «[I]es écarts dans la concordance, la généralité ou la cohérence d'une pratique sont ce qui alimente les interprétations judiciaires». Il ressort de l'*Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, par. 21 et 22, observation 5 : «Lorsque la pratique internationale est reliée par un fil conducteur ou un thème commun, la présence de certaines divergences n'empêche généralement pas la Commission d'identifier une règle de droit international coutumier.»

¹⁷⁴ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, à la page 98, par. 186. La Cour a ajouté que «[s]i un État agit d'une manière apparemment inconciliable avec une règle reconvenue, mais défend sa conduite en invoquant des exceptions ou justifications contenues dans la règle elle-même, il en résulte une confirmation plutôt qu'un affaiblissement de la règle, et cela que l'attitude de cet État puisse ou non se justifier en fait sur cette base» (*ibid.*); voir également *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 336 (opinion dissidente de M. Azevedo); *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, aux pages 40, et *ibid.*, p. 104 et 107 (opinion dissidente de Sir Percy Spender); *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 229 (opinion dissidente de M. Lachs). Dans l'*Affaire des pêcheries*, «[l]a Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'attacher trop d'importance aux quelques incertitudes ou contradictions, apparentes ou réelles, que le Gouvernement du Royaume-Uni a cru pouvoir relever dans la pratique norvégienne. Elles s'expliquent assez naturellement si l'on prend en considération la diversité des faits et des situations au cours de la longue période qui s'est écoulée depuis 1812, et ne sont pas de nature à modifier les conclusions auxquelles la Cour est arrivée» (arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, à la page 138).

¹⁷⁵ Voir, par exemple, Dugard, *International Law: A South African Perspective*, p. 27 : «Dans la plupart des cas, un laps de temps doit s'écouler pour qu'une pratique se cristallise en une règle coutumière. Dans certains cas toutefois, lorsqu'une pratique limitée suffit pour établir une règle, celle-ci peut voir le jour rapidement»; Corten, *Méthodologie du droit international public*, p. 150 et 151 : «Si, auparavant, la doctrine semblait exiger une pratique très ancienne, les évolutions récentes de la jurisprudence ont rendu cette condition caduque. *Ratione temporis*, une coutume peut très bien résulter d'une pratique limitée dans le temps pourvu, ajoute-t-on généralement, qu'elle soit particulièrement intense et univoque»; Kunz, «The nature of customary international law», p. 666 : «le droit international ne contient aucune règle indiquant combien de fois ou pendant combien de temps cette pratique doit être répétée»; Wolfke, «Some persistent controverses regarding customary international law», p. 3 : «cette pratique n'a plus besoin d'être répétée sur le long terme»; Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 731, conclusion 12 *i*) : «aucune durée précise n'est nécessaire». Voir, toutefois, l'opinion individuelle du juge Sepúlveda-Amor dans *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 213, à la page 279 : «Le temps constitue un autre élément important dans le processus de formation du droit international coutumier [...]. Affirmer

(Suite de la note page suivante.)

Comme la Cour internationale de Justice l'a déclaré dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*,

[b]ien que le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier [...], il demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme [...] et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu¹⁷⁶.

Certaines règles peuvent par la force des choses mettre plus de temps que d'autres à se dégager¹⁷⁷; mais, pour

(Suite de la note 175.)

l'existence d'un droit coutumier s'étant constitué sur une période aussi brève va clairement à l'encontre de la jurisprudence de la Cour en la matière» (citant l'affaire du *Droit de passage*); Jennings, «The identification of international law», p. 5: «Il est certain qu'une pratique suivie sur une période plus ou moins longue est un ingrédient essentiel du droit coutumier.»

¹⁷⁶ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 43, par. 74; voir également p. 124 (opinion individuelle du juge Ammoun); ibid., p. 230 (opinion dissidente de M. Lachs): «En ce qui concerne le facteur temps, on a souvent, dans le passé, associé la formation du droit par l'effet de la pratique des États à l'écoulement d'une longue période de temps. Il n'est pas douteux que, dans certains cas, cela peut se justifier. Toutefois, l'accélération considérable des transformations sociales et économiques, s'ajoutant à celle du progrès scientifique et technique, place le droit devant un véritable défi – défi qu'il devra relever, sous peine d'accroître encore son retard sur les événements [...] le fait que le droit du plateau continental se soit créé et développé en aussi peu de temps ne doit pas empêcher d'en reconnaître les principes et les règles, notamment la règle de l'équidistance, comme faisant partie du droit général»; et ibid., p. 244 (opinion dissidente de M. Sørensen): «La Cour s'est ainsi réservée la possibilité de reconnaître l'apparition rapide d'une nouvelle règle de droit coutumier fondée sur la pratique étatique récente, fait particulièrement important eu égard au processus d'évolution extrêmement dynamique que connaît actuellement la communauté internationale.» La Cour interaméricaine des droits de l'homme a estimé, en ce qui concerne la pratique coutumière, que «l'important est que la pratique soit mise en œuvre d'une manière ininterrompue et constante, et qu'il n'est pas essentiel de se comporter d'une certaine manière pendant une période déterminée» (*Baena Ricardo et consorts c. Panama*, arrêt du 28 novembre 2003, série C, n° 104, par. 104).

¹⁷⁷ Voir Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 64: «Si la question à régler se pose fréquemment et est pour l'essentiel réglée de la même manière à chaque fois, le laps de temps requis peut être bref; si la question ne se pose que sporadiquement, un délai plus long peut être nécessaire pour qu'une certaine cohérence dans son règlement puisse être observée [...]. C'est en fait la cohérence et la répétition de la pratique et non sa durée qui ont le plus de poids»; voir également Lauterpacht, «Sovereignty over submarine areas», p. 393: «La "preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit" – pour reprendre la formule utilisée à l'Article 38 du Statut – ne doit pas nécessairement s'étaler sur des décennies. Toute tendance à exiger une période prolongée pour la cristallisation d'une coutume doit être proportionnelle au degré et à l'intensité du changement qu'elle vise à effectuer ou qui est invoqué»; Li, *Guoji Fa De Gainian Yu Yuanyuan* («notions et sources

autant que la pratique correspondante soit suffisamment généralisée et constante, il n'est exigé aucune durée précise¹⁷⁸. On n'oubliera toutefois pas, dans ce contexte, que tous les États susceptibles de devenir liés par leur inaction doivent avoir le temps de rejeter telle règle et d'éviter ainsi toute acceptation implicite de leur part¹⁷⁹.

59. Le projet de conclusion suivant est proposé:

«*Projet de conclusion 9. La pratique doit être générale et constante*

«1. Pour concourir à constituer une règle de droit international, la pratique correspondante doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, sans être forcément universelle.

«2. La pratique doit être généralement constante.

«3. Il n'est prescrit aucune durée précise, pour autant que la pratique soit suffisamment générale et constante.

«4. Pour déterminer l'existence d'une pratique, on prendra dûment en considération la pratique des États particulièrement intéressés.»

de droit international», p. 91 (cité dans Cai, «International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law rules», p. 661).

¹⁷⁸ Voir également Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, p. 19; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», p. 25: «L'acceptation par la Cour d'une pratique se cristallisant rapidement montre que l'exigence traditionnelle d'une certaine durée n'est pas une fin en soi mais seulement un moyen de démontrer la généralité et l'uniformité d'une pratique étatique donnée»; Sohn, «Unratified treaties as a source of customary international law», p. 234: «La période pendant laquelle une pratique a duré n'est pas cruciale pour la formation d'une coutume. L'intensité d'autres facteurs – la fréquence et la répétition de la pratique, le nombre des États l'ayant suivie et la force relative de la pratique contraire – est plus importante»; Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 55: «Il n'est pas nécessaire que cette conduite ait duré longtemps, même si les affirmations de formation "instantanée" ou spontanée de règles coutumières appellent des réserves. Il est plus important d'établir que l'opinion selon laquelle cette conduite est conforme au droit et prescrite par le droit est largement acceptée, et qu'il y a effectivement eu une conduite correspondante à cette opinion.» Cf. Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*.

¹⁷⁹ Meijers, «How is international law made?», p. 23 et 24: «Tous les États auxquels la règle qui se fait jour pourra être applicable doivent avoir la possibilité de protester contre sa formation.» Voir toutefois Arangio-Ruiz, «Customary law: a few more thoughts about the theory of "spontaneous" international custom», p. 100: «De nos jours en particulier, le monde entier a connaissance en un éclair des actes ou omissions des États.»

CHAPITRE V

«Acceptée comme étant le droit»

60. On appelle couramment *opinio juris* ou *opinio juris sive necessitatis* le second élément nécessaire à la formation et à la détermination du droit international coutumier – l'acceptation de la «pratique générale» comme étant le droit. Cet «élément subjectif» du droit international coutumier suppose fondamentalement que la pratique en question soit motivée par «l'idée [...] selon

laquelle une telle action était prescrite par le droit¹⁸⁰». Les États doivent «cro[ire] appliquer une règle de droit international coutumier à caractère obligatoire¹⁸¹», ou,

¹⁸⁰ Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942 – A Treatise*, p. 609.

¹⁸¹ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 44, par. 76.

autrement dit, «[se sentir] juridiquement tenus par une règle obligatoire de droit coutumier [d'accomplir l'acte en question]¹⁸²». Il s'agit là du «point de vue interne¹⁸³» grâce auquel des constantes de comportement peuvent se cristalliser en règle de droit, et qui permet d'établir une distinction entre droit et non-droit¹⁸⁴. Comme l'a déclaré le juge Chagla,

en droit international, il faut beaucoup plus [qu'une accumulation de nombreux exemples] pour qu'il y ait coutume [...]. Il ne suffit pas d'apporter la preuve de sa manifestation extérieure; il est également important d'en établir l'élément moral ou psychologique. C'est cet élément essentiel qui distingue la coutume d'une simple pratique ou d'un usage. Lorsque les parties agissent ou s'abstiennent d'agir d'une certaine manière, elles doivent avoir le sentiment d'obéir à une obligation. Cette obligation doit avoir à leurs yeux la même force que la loi. [...] [I]l faut qu'un sentiment de contrainte – non pas physique mais juridique – l'emporte sur tout¹⁸⁵.

61. *Autres raisons d'agir.* On distinguera l'acceptation d'une pratique générale «comme étant le droit» d'autres éléments, de nature extrajuridique, que l'État peut prendre en considération en ce qui concerne la pratique en question. Pour déterminer si telle règle de droit international coutumier existe, il convient donc d'établir que la pratique considérée n'était pas (exclusivement) motivée par des «considérations de courtoisie, de bon voisinage et d'opportunité politique¹⁸⁶» ou «d'opportunité ou de tradi-

¹⁸² Ibid., p. 45, par. 78.

¹⁸³ Bodansky, «Customary (and not so customary) international environmental law», p. 109.

¹⁸⁴ Une pratique non assortie d'un tel sentiment d'obligation ne contribue pas au droit international coutumier; voir également *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 44, par. 77: «Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 123, par. 55: «S'il est vrai que les États décident parfois d'accorder une immunité plus large que ne l'impose le droit international, le fait est que, aux fins de la présente instance, la reconnaissance de l'immunité en pareil cas n'est pas assortie de l'*opinio juris* requise et, partant, n'éclaire pas la question dont la Cour est saisie.» Voir également Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 48: «si l'exigence de l'*opinio juris* crée assurément de nombreux problèmes en pratique [...], on admet qu'il est difficile de distinguer les usages devenus obligatoires en tant que règles coutumières des autres usages [...] sans réintroduire dans le débat, par une voie détournée ou sous un autre nom, l'élément psychologique de la création de la coutume». En ce qui concerne l'importante fonction que remplit l'*opinio juris* en empêchant une pratique générale considérée ordinairement comme indésirable de devenir une disposition du droit international coutumier, voir Dahlman, «The function of *opinio juris* in customary international law». Villiger (*Customary International Law and Treaties*, p. 48) a fait observer ce qui suit: «De plus, l'*opinio* sert en particulier à distinguer les violations de la règle coutumière des modifications ultérieures de cette règle – un critère qui n'est pas sans importance eu égard au caractère dynamique du droit international coutumier. Aussi longtemps que l'*opinio* antérieure n'a pas été érodée et que la nouvelle *opinio* n'est pas établie, la pratique divergente demeure une forme d'objection persistante ou subséquente.»

¹⁸⁵ *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 6, à la page 120 (opinion dissidente de M. Chagla, qui se réfère à la coutume locale mais utilise à cet égard le libellé général du paragraphe 1 b de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice).

¹⁸⁶ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950, p. 266, aux pages 285 et 286, où la Cour ajoute que «des considérations de convenance ou de simple opportunité politique semblent avoir déterminé l'État territorial à reconnaître l'asile sans que cette décision lui fût dictée par le sentiment

tion¹⁸⁷». Il faut que les États aient reconnu la règle «à titre d'obligation juridique et non simplement par tolérance réciproque ou par courtoisie¹⁸⁸». L'acceptation d'une pratique «comme étant le droit» ne doit pas être confondue avec des considérations d'ordre social ou économique, bien que celles-ci puissent tout à fait jouer, en particulier lors de la mise en place de la pratique en question¹⁸⁹.

d'un devoir juridique quelconque»; voir également *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Exceptions préliminaires)*, arrêt du 26 novembre 1957, C.I.J. Recueil 1957, p. 125, à la page 177 (opinion dissidente de M. Chagla): «[L'État] doit faire plus: il doit démontrer qu'il avait bénéficié [de la pratique considérée] en tant que droit et non en tant que faveur ou concession [...]»; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253, aux pages 305 et 306 (opinion individuelle de M. Petrán): «[Le fait de s'abstenir d'un comportement doit être] motivé [...] non par des considérations d'ordre politique ou économique mais par la conviction que [...] [le comportement en question est] inter[dit] par le droit international coutumier»; *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 109, par. 207, où la Cour oppose «l'exposé de considérations de politique internationale» à «l'affirmation de règles du droit international actuel»; *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952, p. 176, à la page 221 (opinion dissidente de MM. Hackworth, Badawi, Levi Carnero et Sir Benegal Rau), mentionnant l'affirmation par les États-Unis selon laquelle «l'usage était tout au moins un fondement juridique de leurs droits [...] [et qu'] [i]l ne s'agi[ssait] donc pas d'une simple "tolérance gracieuse"»; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, aux pages 423 et 424 (opinion dissidente de M. Shahabuddeen): «Il faut également avoir à l'esprit qu'il ne suffit pas de prouver des actes ou des omissions dont on prétend qu'ils constituent une pratique des États mais qu'il faut encore les interpréter. Le fait que des États ont le sentiment que la réalité les contraint à agir comme ils le font ne suffit pas à exclure qu'on interprète leurs actes comme faisant partie de la pratique des États, à condition toutefois qu'ils agissent en ayant la conviction de se conformer à ce qu'ils considèrent comme une obligation juridique»; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 145 (opinion dissidente de M^{me} Van den Wyngaert): «Une "pratique négative" des États, consistant pour ceux-ci à s'abstenir d'engager des poursuites pénales, ne saurait, en tant que telle, être considérée comme la manifestation d'une *opinio juris*. Cette abstention peut obéir à bien d'autres motivations, relevant, par exemple, de la courtoisie, de considérations politiques, de préoccupations d'ordre pratique ou de l'absence d'une compétence pénale extraterritoriale. Elle ne pourrait être à l'origine d'une règle de droit international coutumier que si elle procédait d'une décision consciente de la part des États concernés»; De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, p. 189: «Les gouvernements attachent un prix certain à distinguer la coutume, par laquelle ils se tiennent pour obligés, les simples pratiques souvent dictées par des considérations d'opportunité et, de ce fait, dépourvues de portée juridique définie. Que cet intérêt soit fréquemment un intérêt politique n'est pas une raison pour en méconnaître la signification.»

¹⁸⁷ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 44, par. 77: «Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique»; voir également *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 13, à la page 69 (opinion individuelle de M. Sette-Camara, Vice-Président): «On peut, à l'appui du principe de distance, parler de raisons d'opportunité politique et diplomatique. Mais on ne peut pas invoquer l'*opinio juris sive necessitatis*.»

¹⁸⁸ *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 58 (opinion individuelle de M. Dillard).

¹⁸⁹ Voir également *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 23, par. 23, où la Cour internationale de Justice indique, à propos de la méthode de délimitation maritime fondée sur l'équidistance: «En somme, il est probablement exact qu'aucune autre méthode de délimitation ne combine au même degré

62. Il ne faut pas non plus conclure de ce que telle pratique soit (exclusivement) dictée par la nécessité de respecter des obligations conventionnelles (ou d'autres obligations de caractère extracoutumier) qu'elle est « acceptée comme étant le droit »¹⁹⁰ : que les parties à un traité agissent conformément à leurs obligations conventionnelles ne démontre généralement pas l'existence d'une *opinio juris*¹⁹¹. En revanche, que tels États agissent

(Suite de la note 189.)

les avantages de la commodité pratique et de la certitude dans l'application. Toutefois cela ne suffit pas à transformer une méthode en règle de droit et à rendre obligatoire l'acceptation de ses résultats chaque fois que les parties ne se sont pas mises d'accord sur d'autres dispositions [...]. Juridiquement, si une telle règle existe, sa valeur en droit doit tenir à autre chose qu'à ces avantages, si importants soient-ils»; *Sud-Ouest Africain, deuxième phase*, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 6, à la page 34, par. 50 : « Des considérations humanitaires peuvent inspirer des règles de droit [...]. De telles considérations ne sont cependant pas en elles-mêmes des règles de droit. Tous les États s'intéressent à ces questions; ils y ont un intérêt, mais ce n'est pas parce qu'un intérêt existe que cet intérêt a un caractère spécifiquement juridique. »

¹⁹⁰ Voir également Schachter, « Entangled treaty and custom », p. 729; Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, p. 81 : « Ainsi qu'il a été établi dans l'affaire du Plateau continental de la mer du Nord, une pratique conforme à une règle qui n'est pas une règle coutumière ne constitue pas une preuve indépendante de l'*opinio juris* coutumière. » Baxter (« Treaties and customs », p. 73) a relevé un paradoxe à cet égard, selon lequel « lorsque la reconnaissance expresse du traité augmente, le nombre d'États non parties à ce traité et dont la pratique est pertinente diminue »; voir également Cryer, « Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study », p. 244 : « À certains égards, il peut être plus difficile d'évaluer la pratique relative à une norme ayant un fondement conventionnel préexistant, car la pratique *inter se* des parties à un traité peut être attribuée à l'existence de celui-ci. »

¹⁹¹ Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 44, par. 76 : « [P]lus de la moitié des États intéressés, qu'ils aient agi unilatéralement ou conjointement, étaient, ou sont bientôt devenus, parties à la Convention [...] [sur le plateau continental] et il est donc permis de supposer que leur action s'inscrivait en fait ou virtuellement dans le cadre de l'application de la Convention. On ne saurait donc légitimement en déduire qu'il existe une règle de droit international coutumier [...] »; *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952, p. 176, aux pages 199 et 200 : « [A]u cours de l'ensemble de cette période [de cent cinquante ans], la juridiction consulaire des États-Unis a été en fait fondée, non pas sur la coutume ou l'usage, mais sur des droits conventionnels. [...] [Les éléments examinés par la Cour] ne suffise[nt] pas pour établir que les États exerçant la juridiction consulaire en application de leurs droits conventionnels possédaient en outre un titre indépendant à cette juridiction, fondé sur la coutume ou l'usage »; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 531 (opinion dissidente de Sir Robert Jennings) : « [I]l est manifestement difficile de déceler, dans le comportement des quelques rares États qui ne sont pas parties à la Charte, le moindre indice de "pratique" pertinente en la matière. En outre, le comportement de tous les autres États, ainsi que l'*opinio juris* dont ce comportement pourrait par ailleurs témoigner, s'explique assurément par le fait que ces États sont liés par la Charte elle-même »; *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422, à la page 479 (opinion individuelle de M. le juge Abraham) : « [U]ne telle approche ne démontre pas l'existence d'une *opinio juris*, c'est-à-dire de la conviction qu'il existe une obligation [...] en dehors de tout engagement conventionnel »; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Zejnir Delalic et al.*, affaire n° IT-96-21-T, jugement, Chambre de première instance, 16 novembre 1998, p. 121, par. 302. La Cour suprême des États-Unis a de même fait une référence, dans l'affaire *The Paquete Habana*, à l'existence d'une règle de droit international « indépendamment de tout acte public exprès, notamment conventionnel » (1900, *United States Reports*, vol. 175, p. 677, à la page 708). Voir également Tomka, « Custom and the International Court of Justice », p. 204 : « Souvent, déterminer si la convention a codifié une règle de droit préexistante ne pose pas de problème, étant donné les nombreux travaux préparatoires et les possibilités de formuler des observations

en conformité avec un traité par lequel ils ne sont pas (encore) liés ou en appliquent les dispositions à l'égard d'États qui n'y sont pas parties peut établir l'existence de l'acceptation « comme étant le droit »¹⁹². Il peut en être également ainsi lorsque des États non parties à un traité agissent conformément aux dispositions dudit traité; ainsi de certains États non parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer¹⁹³.

63. Lorsque les États peuvent « librement recourir [à un faisceau de méthodes] afin de concilier leurs intérêts respectifs », rien ne permet généralement de déceler dans l'usage de l'une ou l'autre méthode l'« *opinio juris* fondée sur la conscience qu'ont les États du caractère obligatoire de la pratique appliquée »¹⁹⁴. En d'autres termes, « la pratique des États ne permet de formuler aucune règle générale de droit » lorsque ces États sont en mesure de choisir telle pratique qui répond à leur situation propre (et n'ont donc pas reconnu comme obligatoire telle ou telle pratique)¹⁹⁵.

64. L'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit doit généralement être le fait des États intéressés, c'est-à-dire à la fois ceux qui se livrent à la pratique en question et ceux qui sont en mesure d'y répondre :

Ou bien les États agissant de la sorte ou bien d'autres États en mesure de réagir doivent s'être comportés d'une façon qui témoigne « de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit »¹⁹⁶.

explicites tout au long du processus d'adoption d'une convention de codification, et étant donné également les circonstances de cette adoption, qui donneront des indications sur ce point. »

¹⁹² Voir, par exemple, la référence faite à la pratique du Venezuela dans l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950, p. 266, à la page 370 (opinion dissidente de M. Caicedo Castilla).

¹⁹³ Dans l'affaire *Pérou c. Chili*, portée devant la Cour internationale de Justice, l'agent du Pérou a déclaré que son pays « accept[ait] et applique[ait] les règles coutumières du droit international de la mer, telles qu'elles sont énoncées dans la Convention [des Nations Unies sur le droit de la mer] » : *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, CR.2012/34, p. 34, par. 10 (Wagner).

¹⁹⁴ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 127 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun). À moins, bien évidemment, que la règle elle-même permette d'envisager plusieurs façons de procéder.

¹⁹⁵ *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, C.I.J. Recueil 1951, p. 116, à la page 131.

¹⁹⁶ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 109, par. 207; voir également *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 6, à la page 121 (opinion dissidente de M. Chagla) : « Il faut que l'autre partie ait aussi clairement conscience d'une obligation [...] »; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, à la page 315 (opinion individuelle de M. Ammoun) : « [U]n usage ne contribue à la formation de la règle coutumière que si l'État qui s'en prévaut ou cherche à l'imposer et celui qui s'y soumet ou le subit ont [...] l'un et l'autre conscience que cet usage est l'expression d'une obligation juridique à laquelle nul d'entre eux ne saurait se soustraire »; Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 70 et 71. Des auteurs ont parfois avancé, en revanche, que c'est principalement l'*opinio juris* de soit l'un, soit l'autre des deux groupes d'États qui est la plus importante. En ce qui concerne la thèse selon laquelle c'est l'*opinio juris* des États « visés par la pratique » qui est la plus importante, on pourra consulter, par exemple, Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 44 et 47 : « Pour une coutume typique, il suffit que l'acceptation de la pratique comme étant le droit se présume eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, et en premier lieu à l'attitude, et donc à la conduite, des États acceptant d'être liés par la règle coutumière [...] Il convient d'ajouter que l'exigence d'un "sentiment d'obligation" ou d'une "conviction" dans l'esprit de l'État

Étant donné la réalité moderne, caractérisée par la multiplicité des instances multilatérales, il y aurait lieu pour compléter cette quête de ce que d'aucuns appellent l'«*opinio juris* isolée», ou y concourir, de rechercher s'il existe une «*opinio juris* concertée ou générale»¹⁹⁷, c'est-à-dire, une certaine pratique acceptée comme étant le droit (ou non), selon un consensus général des États¹⁹⁸. Tout comme il est plus facile d'interroger telle pratique suivie ensemble par des États, on pourrait sans doute ainsi déterminer plus facilement si les membres de la communauté internationale s'accordent effectivement ou divergent quant au caractère contraignant de telle ou telle pratique donnée.

65. Si l'idée selon laquelle il faut qu'une pratique habituelle soit acceptée comme étant le droit pour qu'elle se transforme en règle juridique est très ancienne¹⁹⁹, la formule latine *opinio juris sive necessitatis* est quant à elle d'origine bien plus récente. Cette formule, qui s'entend littéralement de la «conviction (ou opinion) de droit ou de nécessité»²⁰⁰, est «l'appellation consacrée»²⁰¹ de l'élé-

agissant est même quelque peu illogique, puisque seule la réaction des autres États à la pratique en cause, en particulier la question de savoir s'ils considèrent qu'elle est prescrite ou autorisée par le droit, est juridiquement importante»; MacGibbon, «Customary international law and acquiescence», p. 126 : «L'*opinio juris* est bien entendu pertinente pour la création de droits coutumiers, mais uniquement du point de vue des États touchés par l'exercice de ces droits [...]»

¹⁹⁷ Voir, par exemple, Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 102 à 107.

¹⁹⁸ Voir également Pellet, «Article 38», p. 819, citant plusieurs affaires, tout en indiquant que, «parallèlement à la pratique, la [Cour internationale de Justice] s'en remet généralement à une opinion générale, et non à celle d'États considérés isolément»; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», p. 11 : «[La Cour internationale] a recherché le consensus des États et s'est gardée d'adopter une approche positiviste et d'insister sur l'existence d'une preuve stricte du consentement de l'État défendeur»; Casella, «Contemporary trends on *opinio juris* and the material evidence of customary international law» : «L'*opinio juris* ne doit plus être considérée comme l'opinion individuelle d'un État ou de certains États mais comme émanant des déclarations collectives de la communauté internationale dans son ensemble ou d'une partie substantielle de celle-ci»; Charney, «The contemporary role of customary international law», p. 21 : «Certains soutiennent que les États doivent choisir individuellement d'accepter la norme comme étant le droit. Or il est manifeste que c'est l'acceptation de la communauté internationale, et non celle de chaque État ou autre personne morale internationale prise individuellement, qui est requise.» Le juge Meron, dans son opinion partiellement dissidente dans l'affaire *Nahimana* et al. c. le Procureur, estime que lorsqu'un «consensus entre États n'est pas cristallisé, il n'y a à l'évidence pas de norme de droit international coutumier» (Tribunal pénal international pour le Rwanda, affaire n° ICTR-99-52-A, Chambre d'appel, arrêt, 28 novembre 2007, par. 5); voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 315 (opinion dissidente de M. Schwebel, Vice-Président) : «[Des] protestations véhémentes et [des] réserves de droit, comme le montrent les résolutions successives de l'Assemblée générale [...] empêch[ent] la naissance ou le maintien d'une *opinio juris* en sens contraire.»

¹⁹⁹ Crawford, citant l'ouvrage d'Isidore de Séville *Etymologiae, Liber V: De Legibus et Temporibus*, relève ce qui suit : «En droit, la coutume, est établie par des habitudes morales qui sont acceptées comme étant le droit en l'absence de lois écrites : qu'elle existe sous forme écrite ou dans la raison ne fait aucune différence, puisque la raison fait elle aussi allégeance au droit... La coutume est ainsi appelée parce qu'elle est d'usage commun» (*Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 26, note 32). On trouvera une «généalogie intellectuelle» de «l'ingrédient supplémentaire» du droit international coutumier dans Kadens et Young, «How customary is customary international law?».

²⁰⁰ Thirlway (*The Sources of International Law*, p. 57) a proposé la traduction ci-après «compte tenu de son application en droit» : «l'opinion (ou la conviction) selon laquelle ce qui est en jeu est (ou, sans doute, devrait être) prescrit par le droit, ou nécessaire».

²⁰¹ Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 55.

ment subjectif, étant généralement abrégée sous la forme «*opinio juris*», ce qui est sans doute «important en soi. On considère d'ordinaire qu'il faut qu'il existe une opinion quant au droit, selon laquelle le droit est, ou est en train de devenir, tel qu'il prescrit ou autorise telle ou telle action donnée»²⁰².

66. Les auteurs qui ont tenté d'explicitier le sens et la fonction du concept d'*opinio juris* ont dû faire face non seulement à son flou linguistique et son origine incertaine²⁰³, mais aussi aux écueils d'ordre théorique auxquels se heurte de longue date toute tentative pour appréhender précisément le jeu incertain par lequel tel comportement systématique de l'État acquiert force de loi²⁰⁴. En particulier, d'aucuns se sont demandé si l'élément subjectif caractérise effectivement la conviction (ou l'opinion) des États ou davantage leur consentement (ou leur volonté)²⁰⁵. D'autres auteurs ont évoqué le «paradoxe» de l'*opinio juris*, y voyant un «raisonnement circulaire» qui laisse sans réponse la question de savoir comment de nouvelles règles de droit international coutumier peuvent se dégager si la pratique correspondante doit s'accompagner de la conviction qu'elles ont déjà force de loi²⁰⁶. D'autres auteurs encore ont mis en doute l'idée même que les États

²⁰² Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 78. Voir également Millán Moro, *La "opinio iuris" en el derecho internacional contemporáneo*; Huesa Vinaixa, *El nuevo alcance de la "opinio iuris" en el derecho internacional contemporáneo*. Selon certains auteurs l'*opinio juris* a un rôle plus étendu, non limité à celui qui confère généralement le droit international coutumier : voir, par exemple, l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie : Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 283, par. 290 : «[I]l ne faut pas adopter une vue très restrictive de l'*opinio juris*, en la réduisant à l'élément subjectif de la coutume et en l'éloignant des principes généraux du droit [...]»

²⁰³ Voir, par exemple, Mendelson, «The subjective element in customary international law», p. 194 et 207 : «l'incohérence linguistique de la formule "*opinio juris sive necessitatis*" reflète une certaine incohérence dans la notion qu'elle exprime [...] l'origine de cette formule est douteuse et sa signification incertaine.»

²⁰⁴ Voir également Kadens et Young, «How customary is customary international law?», p. 209 : «Le principal problème de la coutume concerne l'«ingrédient supplémentaire» nécessaire pour transformer une pratique répétitive en une norme obligatoire. Et l'un des principaux enseignements de notre débat historique est que cela a toujours été le principal problème.»

²⁰⁵ Comme l'a relevé la doctrine, la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice ont invoqué les deux notions de volonté et de conviction (voir, respectivement, *Affaire du Lotus*, arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 18, et *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 44, par. 77). Pour des tentatives de concilier ces deux notions, voir, par exemple, la Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 741, par. 3 : «Il est possible d'éviter l'opposition entre ces deux approches ou de les concilier en employant des termes tels que "acceptée" ou "reconnue" comme étant le droit»; et Elias, «The nature of the subjective element in customary international law».

²⁰⁶ Voir, par exemple, Kelsen «Théorie du droit international coutumier»; voir également Taki, «*Opinio juris* and the formation of customary international law: a theoretical analysis», p. 450. On trouvera des propositions de solution au «paradoxe» susmentionné dans Maluwa, «Custom, authority and law: some jurisprudential perspectives on the theory of customary international law»; Verdross, «Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts»; Tasioulas, «*Opinio juris* and the genesis of custom: a solution to the "paradox"»; Lefkowitz, «(Dis)solving the chronological paradox in customary international law: a Hartian approach»; D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 52 et 53; Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Implications*, p. 112; Elias et Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law*, p. 3 à 21.

puissent avoir une conviction²⁰⁷ ou que l'on puisse établir une telle motivation profonde²⁰⁸. Plusieurs auteurs soutiennent que l'*opinio juris* doit être regardée comme étant l'expression de principes et de morale²⁰⁹, d'autres contestent l'intérêt de telles considérations dans le présent contexte²¹⁰. Ces débats d'école ou autres, «après» selon un auteur²¹¹, traduisent souvent de plus vives controverses touchant généralement le droit (international)²¹². L'élé-

²⁰⁷ Voir, par exemple, D'Amato, «Custom and treaty: a response to Professor Weisburd», p. 471 : «penser que les entités que nous appelons les États peuvent “croire” quelque chose est une fiction anthropomorphique; ainsi, il n'y a aucune raison d'invoquer un tel critère de croyance, qui est subjectif et totalement indéterminé, pour expliquer comment le droit international fonctionne et comment la preuve de son contenu peut être rapportée»; Cheng, «Custom: the future of general State practice in a divided world», p. 530 : «En premier lieu, se pose la question de savoir si les États, en tant que personnes morales, peuvent “penser”, même s'il s'agit simplement d'une question d'imputabilité en droit international. Si les États peuvent “agir” et “commettre des faits illicites” par le truchement de leurs agents, pourquoi ne peuvent-ils pas “penser”? Tous leurs actes sont-ils irréflectés? La question suivante est celle de savoir si nous pouvons réellement établir la pensée d'un être humain, sans parler de celle d'une personne morale. C'est là une vieille histoire. En droit, il n'est pas difficile de s'assurer de l'“intention des parties”, de l'“intention du législateur”, du “*mens rea*”, de la “volonté” et d'une quantité d'autres éléments psychologiques du quotidien. En droit, ces éléments psychologiques n'ont pas à correspondre à la réalité. Ils sont simplement ce qui, selon la logique juridique, peut être déduit de ce qui a été dit ou fait.»

²⁰⁸ Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 36 : «L'approche traditionnelle consiste à rechercher des preuves de ce que les États croient; nous préférons quant à nous tenir compte de ce qu'ils déclarent croire»; Taki, «*Opinio juris* and the formation of customary international law», p. 449 : «il est possible de régler le “problème de la preuve” en déduisant de certains phénomènes extérieurs (par exemple la conduite observable) ce que pense en son for intérieur l'individu qui agit»; Slama, «*Opinio juris* in customary international law», p. 656 : «Les actes d'un État – déclarations expresses, consentement, acquiescement, protestations ou absence de protestations – sont tous des facteurs objectifs susceptibles de manifester l'*opinio juris*.»

²⁰⁹ Voir, par exemple, Wolfrum, «Sources of international law», p. 304, par. 25 : «L'*opinio juris*, la conviction qu'une certaine conduite est prescrite ou autorisée par le droit international, est en fait la conviction que cette conduite est juste, équitable ou raisonnable et qu'elle est pour cette raison prescrite par le droit.»

²¹⁰ Voir, par exemple, Skubiszewski, «Elements of custom and the Hague Court», p. 838 : «La revendication d'un droit par un ou plusieurs États, le fait pour d'autres États de tolérer ou d'admettre que cet État ou ces États jouissent de ce droit, la soumission à une obligation – il s'agit là de phénomènes qui sont la preuve que les États considèrent qu'ils sont passés du domaine des faits à celui du droit. Car en l'occurrence les droits et les obligations ont une connotation strictement et exclusivement juridique, et non une connotation morale ou éthique, pas plus qu'ils ne sont dictés par la courtoisie ou la commodité»; Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 37 : «Une déclaration selon laquelle quelque chose est moralement obligatoire peut contribuer à la création de règles de la moralité internationale; elle ne peut contribuer à la création de règles du droit international.»

²¹¹ MacGibbon, «Customary international law and acquiescence», p. 125.

²¹² Voir également Mendelson, «The subjective element in customary international law», p. 177 : «L'une des raisons pour lesquelles les controverses durent depuis si longtemps est que les tenants des différentes théories voient dans ce phénomène ce qu'ils veulent y voir, ce qui renforce leurs préjugés»; Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 44 : «les divergences d'opinions sur cet élément subjectif de la coutume sont étroitement associées à des controverses sans fin sur ce qu'est le droit international en général et sur le “fondement de la force obligatoire” de ce droit»; Klabbers, «International organizations in the formation of customary international law», p. 180 : «Peut-être plus important, la notion même de droit coutumier suscite toutes sortes de débats non seulement en raison de sa pertinence pratique, associée à l'indétermination qui lui est inhérente, mais aussi en raison de sa pertinence politique marquée. C'est par les sources du droit international (et la coutume demeure l'une des deux principales sources de cet ordre

ment subjectif du droit international coutumier a cependant «suscité davantage de difficultés en théorie qu'en pratique²¹³» et les joutes théoriques auxquelles il a pu donner lieu en doctrine ont rarement empêché son application en pratique²¹⁴.

67. La Cour internationale de Justice a utilisé diverses expressions pour désigner l'élément subjectif résultant de l'expression «acceptée comme étant le droit» découlant de son statut. On peut citer à cet égard les formules

juridique particulier) que les valeurs politiques sont diffusées, ce qui rend la doctrine des sources en général hautement controversée [...]. Il n'est donc guère étonnant que la doctrine des sources continue de susciter un débat, et que ce débat porte pour l'essentiel sur la méthodologie»; Fidler, «Challenging the classical concept of custom», p. 199 : «le problème associé au droit international coutumier découle en dernière analyse de conceptions concurrentes des relations internationales». Nombre de ces difficultés et controverses tiennent à une analyse temporelle de l'élément subjectif, c'est-à-dire du rôle qu'il joue à un stade précoce de la formation de telle règle, par opposition à sa formation et à sa détermination ultérieures : voir également Orakelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, p. 80 à 84. L'observation de Cheng («On the nature of sources of international law», p. 223) est particulièrement pertinente dans le présent contexte : «contrairement à une opinion relativement dominante, l'*opinio juris* n'est pas nécessairement la reconnaissance du caractère contraignant d'une règle préexistante, auquel cas la question se pose de l'origine de cette règle elle-même. Dans un système juridique horizontal comme le droit international, dans lequel les sujets de droit sont aussi les législateurs, l'*opinio juris* est simplement ce que le sujet/législateur accepte à un moment donné comme étant le droit, comme étant le droit général.»

²¹³ Briggs, «Colombian-Peruvian asylum case and proof of customary international law», p. 730, et à la page 729 : «Les difficultés théoriques que soulève la détermination de ces éléments [requis pour l'établissement d'une règle du droit international coutumier] ou des méthodes et procédures par lesquelles les règles coutumières du droit international sont créées ou se développent à partir d'une pratique non obligatoire retiennent souvent davantage l'attention que le fait que dans une affaire donnée les tribunaux n'ont guère de difficulté à déterminer si une règle applicable du droit international coutumier existe ou non»; voir également la Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 741, par. 2 : «dans le monde réel de la diplomatie, la question [de l'élément subjectif du droit international coutumier] est peut-être moins problématique que dans les jardins de l'Académie»; Yee, «The news that *opinio juris* “is not a necessary element of customary [international] law” is greatly exaggerated», p. 230 : «C'est essentiellement la notion d'*opinio juris* qui est responsable de la confusion qui règne dans la doctrine et parmi les praticiens du droit international en général, mais probablement encore davantage parmi les théoriciens du droit»; De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, p. 189, note 3 : «la preuve de l'existence de l'élément psychologique de la coutume ne présente pas les difficultés insurmontables parfois alléguées»; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», p. 24, où l'auteur indique, à propos de l'argument selon lequel il est difficile d'obtenir la preuve de l'existence de l'*opinio juris* dans des affaires concrètes, que «cette difficulté est sans doute un peu exagérée»; Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 47 : «La définition précise de l'*opinio juris*, l'élément psychologique de la coutume, la pierre philosophale qui change la matière inerte de l'usage accumulé en or – les règles juridiques obligatoires –, est probablement à l'origine de plus de controverses doctrinales que l'ensemble des prétentions contestées que les États ont formulées en alléguant la coutume»; Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, p. 21 : «en pratique, la question de la preuve ne présente pas autant de difficultés que les auteurs le pensent»; *Restatement of the Law (Third): the Foreign Relations Law of the United States*, par. 102, note 2 du rapporteur : «La circularité de l'argument selon lequel le droit se construit à partir d'une pratique reposant sur un sentiment d'obligation juridique est plus troublant d'un point de vue conceptuel [...]. Ces difficultés conceptuelles n'ont toutefois pas empêché que le droit coutumier soit accepté essentiellement comme il est ici défini.»

²¹⁴ On trouvera dans Kammerhofer, «Law-making by scholars», un exposé de la thèse selon laquelle la théorie pure, en ce qui concerne par exemple les caractéristiques que devrait ou pourrait revêtir le droit international coutumier, ne modifie nullement le droit.

suivantes : « le sentiment d'un devoir juridique²¹⁵ » ; « la conviction que [la] pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit [...] le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique²¹⁶ » ; une « reconnaiss[an]ce [de] la nécessité²¹⁷ » ; « la conviction de la nécessité²¹⁸ » ; « la croyance au respect dû à cette pratique de long usage²¹⁹ » ; « une volonté [...] une conscience commune qui traduisait la conviction [...] sur [un] droit²²⁰ » ; « le sentiment général [...] sur le caractère obligatoire de [la pratique]²²¹ » ; « la conscience [...] de se soumettre à une obligation juridique » ou « la conscience du caractère obligatoire de la règle »²²² ; « la conviction qu'elles [les parties] appliquent le droit²²³ » ; et « la conviction, une conviction de droit, dans l'esprit des [États], [qu'ils ont accepté la pratique] comme une règle de droit à l'application de laquelle [ils] ne sauraient désormais se soustraire²²⁴ ». D'autres juridictions, ainsi que des États, ont de même eu recours à diverses formules pour désigner cette prescription « psychologique », « qualitative », « immatérielle » ou encore « comportementale » du droit international coutumier²²⁵. D'une manière générale, toutes ces formules sembleraient cependant exprimer une idée commune, à savoir l'acceptation par les États du fait que leur comportement ou celui des autres est conforme au droit international coutumier :

La conviction, l'acquiescement, la reconnaissance tacite et le consentement ont ceci en commun – qu'ils expriment tous l'attitude subjective des États à l'égard soit de leur propre comportement, soit de celui d'autres États, au regard du droit international²²⁶.

²¹⁵ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 286.

²¹⁶ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 44, par. 77.

²¹⁷ *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, à la page 60 (opinion individuelle de M. V. K. Wellington Koo).

²¹⁸ *Ibid.*, p. 121 (opinion dissidente de M. Chagla).

²¹⁹ *Ibid.*, p. 82 (opinion dissidente de M. Armand-Ugon).

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 370 (opinion dissidente de M. Caicedo Castilla).

²²² *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, aux pages 104 et 130 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun).

²²³ *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, à la page 90 (opinion dissidente de M. Moreno Quitana).

²²⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, à la page 306 (opinion individuelle de M. Ammoun).

²²⁵ Voir, par exemple, *United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada*, sentence, 22 novembre 2002, p. 31, par. 97 : « un sentiment général d'obligation » ; Chambre préliminaire des Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, affaire pénale n° 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), décision concernant le recours formé contre l'ordonnance des cojuges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010, par. 53 : « [O]pinio juris [...] signifie que ce que les États font et disent représente le droit » ; voir également *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, par. 26 et 27 : « La Commission définit souvent l'élément subjectif de la coutume comme étant la conviction qu'ont les États d'être liés par une règle obligatoire [...] À certaines occasions, [elle a parlé de] l'élément subjectif [en utilisant différents termes...] »

²²⁶ Müllerson, « The interplay of objective and subjective elements in customary law », p. 163 ; voir également Waldock, « General course on public international law », p. 49 : « le critère ultime [pour déterminer si une règle du droit international coutumier existe] doit toujours être : “cette pratique est-elle acceptée comme étant le droit ?” Ceci est

68. L'élément dit « subjectif » constitutif du droit international coutumier renvoie ainsi à la condition selon laquelle la pratique en question doit s'être « manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit [international coutumier] ou une obligation juridique est en jeu²²⁷ ». Encore que la formule *opinio juris* se soit sans aucun doute imposée pour désigner cet élément²²⁸, on lui a préféré l'expression « acceptée comme étant le droit »²²⁹. La Cour internationale de Justice, reprenant le libellé de son statut, a utilisé cette dernière expression dans l'affaire du *Droit de passage*, l'une des premières où elle s'est intéressée à la méthode de détermination du droit international coutumier, concluant que « eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, [elle considérait] que cette pratique a[vait] été acceptée [...] comme étant le droit²³⁰ ». L'utilisation de cette expression tirée du Statut permet dans une large mesure de surmonter le « paradoxe » susmentionné de l'*opinio juris*.

69. Compte tenu de ce qui précède, le projet de conclusion suivant est proposé :

particulièrement vrai au sein de la communauté internationale, puisque ceux qui participent à la formation de la coutume sont les États souverains, qui sont les décideurs et les législateurs de cette communauté. Leur reconnaissance de la pratique comme étant le droit est de manière très directe le fondement essentiel du droit coutumier ».

²²⁷ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 43, par. 74 ; voir également Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 44 : « cette pratique doit être au moins suffisante pour que les États concernés puissent être présumés l'avoir acceptée comme juridiquement obligatoire ».

²²⁸ « Sans doute à tort », comme l'estime Crawford (*Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 25) ; Wolfke (*Custom in Present International Law*, p. 45 et 46) relève que cette expression latine « reste largement utilisée » mais l'estime « trompeuse », précisant que « [c]ette expression donne lieu à des malentendus parce que, alors qu'elle a un sens bien défini dans l'histoire et la théorie du droit, elle est employée par les auteurs contemporains et, comme nous l'avons vu, même par la [Cour internationale de Justice], avec des connotations et dans des acceptions différentes ». Voir cependant Müllerson, « The interplay of objective and subjective elements in customary law », p. 164 : « Selon le contexte, il peut s'agir de volonté, de consentement, de consensus, de croyance, d'acquiescement, de protestation ou d'estoppel, voire de quelque chose d'autre. Toutefois, le terme “*opinio juris*” est si bien enraciné dans la pratique juridique internationale et la doctrine qu'il ne serait guère judicieux d'essayer de s'en affranchir. »

²²⁹ Voir également MacGibbon, « Customary international law and acquiescence », p. 129 : « [Comparée au terme “*opinio juris*”.] [l']expression “acceptée comme étant le droit” peut toutefois être interprétée en des sens qui reflètent plus exactement les processus effectifs du passage de la pratique ou de l'usage à la coutume, qu'ils soient envisagés du point de vue de l'exercice de droits ou de l'exécution d'obligations » ; Santulli, *Introduction au droit international*, p. 50 : « Le statut de la Cour internationale de Justice considère en son Article 38 que la coutume est une pratique “acceptée”. Ainsi le statut rompt-il avec une tradition qui aimait présenter l'*opinio iuris sive necessitatis* comme la “conscience” d'obéir à une règle de droit » ; Pellet, « Article 38 », p. 819, où l'auteur, se référant aux travaux préparatoires du paragraphe 1 b de l'Article 38 et à la pratique de la Cour, indique ce qui suit : « L'“acceptation” (*acceptation*) ne se limite pas nécessairement à la volonté des États mais peut s'entendre d'une “adhésion” (*acceptance*), qui peut être interprétée moins strictement » ; Skubiszewski, « Elements of custom and the Hague Court », p. 839 et 840.

²³⁰ *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, à la page 40 : « Cette pratique s'étant maintenue sur une période de plus d'un siècle un quart, sans être affectée par le changement de régime survenu dans le territoire intermédiaire lorsque l'Inde eut acquis son indépendance, la Cour considère, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, que cette pratique a été acceptée par les parties comme étant le droit et a donné naissance à un droit et à une obligation correspondante. »

«*Projet de conclusion 10. Rôle de l'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit*

«1. La condition que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, signifie que la pratique en question s'accompagne d'un sentiment d'obligation juridique.

«2. Distingue la règle de droit international coutumier de la simple habitude ou du simple usage le fait d'être acceptée comme étant le droit.»

70. *Preuve d'une pratique «acceptée comme étant le droit»*. Pour établir l'existence de toute règle de droit international coutumier, on doit pouvoir distinguer les raisons qui inspirent telle ou telle pratique : «ce n'est qu'en objectivant le concept d'*opinio* que celui-ci peut réellement concourir à la difficile tâche d'établir une distinction entre "droit" coutumier et "pratique non juridique"²³¹». En pratique, le comportement des États établit effectivement l'existence d'une pratique acceptée comme étant le droit ou permet d'en ingérer l'existence. Ainsi, certaines pratiques peuvent en soi rapporter la preuve de l'*opinio juris*, ou, autrement dit, servir à la fois à fonder la pratique et à la faire accepter comme étant le droit²³². Ainsi,

quel que soit le comportement des États [...] leur pratique repose sur deux éléments ou aspects : un comportement visible, observable de l'État (ou de tout autre sujet de droit international) et l'élément subjectif sous-tendant ce comportement, qui peut être implicitement présent dans

²³¹ Slama, «*Opinio juris* in customary international law», p. 656; voir également Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 48.

²³² Voir également *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Maine*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246, à la page 299, par. 111 : «[L]a présence [de règles coutumières] dans l'*opinio juris* des États se prouve par voie d'induction en partant de l'analyse d'une pratique suffisamment étoffée et convaincante, et non pas par voie de déduction en partant d'idées préconstituées a priori»; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253, à la page 305 (opinion individuelle de M. Petrén) : «Le comportement de ces États [qui ont procédé à des essais nucléaires atmosphériques] prouve que leurs gouvernements n'ont pas été d'avis que le droit international coutumier interdit les essais nucléaires atmosphériques»; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 147 (opinion dissidente de M^{me} Van den Wyngaert); Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», p. 24 : «Une large part de ce qui est décrit comme l'élément matériel de la pratique des États contient en elle-même un élément subjectif implicite, une indication d'*opinio juris*»; Bos, «The identification of custom in international law», p. 30 : «De manière générale, on peut dire que tout ce qui relève de la pratique des États peut servir de preuve de la "pratique générale acceptée comme étant le droit"»; Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, p. 63 : «En un sens, tout ce que les États font ou s'abstiennent de faire peut être considéré comme "pratique des États", parce que le comportement de ceux-ci est ce qu'ils font. Toutefois, en un sens plus large, le comportement des États est également la seule indication de ce qu'ils veulent que le droit soit ou pensent que le droit est»; Koskenniemi, «Theory: implications for the practitioner», p. 15 : «Dans la pratique juridique, il n'y a aucune manière de s'assurer de la présence ou de l'absence de l'élément subjectif sans se prononcer sur l'existence d'un comportement conforme continu»; Conforti et Labella, *An Introduction to International Law*, p. 32 : «L'élément subjectif [...] relie toutes les formes de la conduite des États»; Zemanek, «What is "State practice" and who makes it?», p. 292 et 293 : «si distinguer les documents consignants "la pratique des États" de ceux consignants l'*opinio juris* peut être souhaitable en théorie, cela est impossible en pratique parce que la pratique peut, de par les termes employés, attester l'existence de l'*opinio juris*»; Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 70 : «Comme l'*opinio juris* relève de la pensée, il est évidemment difficile de l'attribuer à une entité telle qu'un État; elle doit donc être déduite des déclarations et actes de l'État, en particulier des actes présentés comme constituant l'élément "pratique" de la coutume».

l'acte proprement dit ou communiqué aux autres États par différents actes constituant, à leur tour, une pratique étatique d'une autre nature²³³.

En tout état de cause, il importe que le juge distingue entre les deux éléments.

71. Pour déterminer si telle pratique est acceptée «comme étant le droit», il faut tenir compte de la nature de la règle et des circonstances de son application. Ainsi, il faudrait distinguer entre les cas déclaratifs d'un droit juridique, d'une part, et ceux consacrant une obligation juridique, d'autre part, et entre ceux où la pratique considérée d'un comportement «sur le terrain» et une pratique verbale.

72. Généralement, la seule adhésion à telle ou telle règle ne vaut pas *opinio juris* : «cette pratique ne prouve pas nécessairement que les acteurs se sentent tenus d'une obligation juridique²³⁴». Selon la Cour internationale de Justice, «le fait d'avoir agi ou de s'être engagé à agir d'une certaine façon ne prouve rien sur le plan juridique²³⁵».

73. De même, on a dit que de nombreux actes concordants²³⁶ ou observés pendant longtemps²³⁷ suffiraient à

²³³ Müllerson, «On the nature and scope of customary international law», p. 344. La Cour internationale de Justice a également évoqué, par exemple, «une pratique dénotant la croyance» [*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*], fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 108, par. 206]. Mais voir Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, p. 437 : «on ne peut rien déduire automatiquement au sujet de ce que l'État veut ou croit – quant à l'existence ou l'inexistence d'une coutume – à partir de son comportement extérieur. Le sentiment normatif qui s'attache à un comportement ne peut être déterminé que lorsque l'on en connaît l'"aspect interne" – c'est-à-dire lorsque l'on sait comment l'État lui-même interprète son comportement [...] la doctrine concernant le droit coutumier est indéterminée parce qu'elle est circulaire. Elle postule que le comportement est la preuve de l'*opinio juris* et que celle-ci est une preuve quant au comportement qui est pertinent en tant que coutume».

²³⁴ Weisburd, «Customary international law: the problem of treaties», p. 9; voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, aux pages 423 et 424 (opinion dissidente de M. Shahabuddeen) : «Il faut également avoir à l'esprit qu'il ne suffit pas de prouver des actes ou des omissions dont on prétend qu'ils constituent une pratique des États mais qu'il faut encore les interpréter. Le fait que des États ont le sentiment que la réalité les contraint à agir comme ils le font ne suffit pas à exclure qu'on interprète leurs actes comme faisant partie de la pratique des États, à condition toutefois qu'ils agissent en ayant la conviction de se conformer à ce qu'ils considèrent comme une obligation juridique.»

²³⁵ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 44, par. 76.

²³⁶ Voir, par exemple, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950, p. 266, à la page 336 (opinion dissidente de M. Azevedo) : «des autres cas concordants dont la multitude révèle nettement une *opinio juris*»; la déclaration du Portugal dans l'arrêt relatif à l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien* : «il serait impossible de prétendre que cette constance et cette uniformité n'attestent pas la conviction d'un devoir juridique (*opinio juris sive necessitatis*)» [*Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*], arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 6, à la page 11]; Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, p. 380 : «À moins que l'action des tribunaux n'ait pour effet de réduire la valeur juridique de la plus puissante source de règles du droit international, à savoir le comportement des États, il semble que le principe à observer en la matière soit de considérer tout comportement uniforme des gouvernements (ou, dans certains cas, leur abstention) comme témoignant d'une *opinio necessitatis juris*, sauf s'il est établi que ledit comportement était indépendant d'une telle intention», cité dans l'affaire *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, aux pages 246 et 247 (opinion dissidente de M. Sørensen).

²³⁷ *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 6, à la page 83 (opinion dissidente

établir l'*opinio juris*; mais il n'en est rien. S'il est vrai qu'ils peuvent conduire à l'acceptation de telle ou telle pratique comme étant le droit²³⁸, ces actes n'incarnent pas en soi cette acceptation. Comme l'a fait remarquer la Cour internationale de Justice,

même si pareille attitude avait été beaucoup plus fréquente [...] ces actes, même considérés globalement, ne suffiraient pas en eux-mêmes à constituer l'*opinio juris* [...] Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent²³⁹.

74. Par suite, une pratique acceptée comme étant le droit ne devrait généralement pas se prouver par la pratique même que le droit international coutumier est censé prescrire. Dans cet ordre d'idées, le même comportement ne devrait pas servir dans un cas à prouver à la fois la pratique et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit²⁴⁰. Appliquer cette règle à telle pratique qui n'en est pas réellement une permettrait également d'exclure que des déclarations abstraites puissent en soi être génératrices de règles de droit²⁴¹.

de M. Armand-Ugon): «Un fait observé pendant de longues années, comme dans le cas présent, obtient une force obligatoire et revêt le caractère d'une règle de droit.»

²³⁸ Voir, par exemple, *ibid.*, p. 40: «Cette pratique s'étant maintenue sur une période de plus d'un siècle un quart, sans être affectée par le changement de régime survenu dans le territoire intermédiaire lorsque l'Inde eut acquis son indépendance, la Cour considère, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, que cette pratique a été acceptée par les Parties comme étant le droit et a donné naissance à un droit et à une obligation correspondante»; et *ibid.*, p. 82 (opinion dissidente de M. Armand-Ugon): «Un fait répété continuellement, pendant une longue durée, loin d'affaiblir cet usage, le fortifie davantage; un rapport naît entre ce fait et la volonté des États qui l'ont autorisé. La répétition de ces faits réitérés, qui revêtent une grande ancienneté, donne lieu de la part de l'État qui l'exécute et de la part de l'État qui les tolère à la croyance au respect dû à cette pratique de long usage ([Article 38, paragraphe 1 b] du Statut de la Cour).»

²³⁹ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 44, par. 77. Voir aussi *Affaire du «Lotus»*, arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, *C.P.J.I. série A n° 10*, p. 28; Chambre préliminaire des Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, affaire pénale n° 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), décision concernant le recours formé contre l'ordonnance des cojuges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010, par. 53: «Une abondante pratique [des États] ne suffit pas, habituellement, à présumer de l'existence d'une *opinio juris*.»

²⁴⁰ Voir également Mendelson, «The formation of customary international law», p. 206 et 207: «Ce qu'il faut toutefois éviter est de voir dans le même acte à la fois l'élément subjectif et l'élément objectif. Si l'on adhère à l'opinion "prédominante" selon laquelle les deux éléments doivent exister, et qui veut en particulier que l'élément subjectif s'accompagne d'une pratique "réelle", il est nécessairement exclu de considérer une déclaration à la fois comme un acte et comme la manifestation d'une croyance (ou d'une volonté)»; Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, p. 136 à 141.

²⁴¹ Voir également Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 19: «Comme ces craintes [qu'un organe ou qu'une conférence puisse "faire" le droit par le biais des déclarations abstraites des représentants des États] sont justifiées, nous pouvons d'abord essayer de procéder à une synthèse des opinions, en partant de l'argument du juge Read selon lequel "les prétentions peuvent être importantes en tant que points de départ". À l'évidence, les conditions de la formation du droit coutumier sont telles qu'un exemple de pratique, ou quelques exemples en une occasion, ne peuvent créer le droit. Une série bien définie d'exemples est nécessaire, et les déclarations faites lors d'une conférence n'auront aucune valeur si elles ne sont pas suivies d'une pratique uniforme et cohérente. Il est toutefois également clair que ces conditions constituent des garanties adéquates, et la crainte de voir apparaître un droit coutumier instantané ne justifie guère de subordonner les exemples de pratique isolés à des conditions supplémentaires.»

75. *Manifestations de la pratique acceptée «comme étant le droit»*. «Bien que difficile, déterminer l'*opinio* est chose possible (la tâche en étant considérablement facilitée par les principes modernes de rédaction)²⁴².» Lorsqu'il déclare expressément que telle ou telle règle est obligatoire en tant que droit international coutumier, l'État donne d'emblée «la preuve la plus éclatante qu'il se considère lié par ce principe ou cette règle, ou est tenu de l'appliquer à partir de cet instant²⁴³». À l'inverse, lorsqu'il déclare que telle règle ne relève pas du droit international coutumier, l'État constate l'absence d'*opinio juris*. La revendication de tel État de droits ou obligations dérivant du droit international (coutumier) (ou leur contestation) peut, notamment, prendre la forme de déclaration officielle formulée par le gouvernement ou un ministre de ce gouvernement²⁴⁴, d'actions et de conclusions en justice, de lettres de transmission par lesquelles le gouvernement saisit le parlement d'un projet de loi²⁴⁵, une déclaration faite conjointement par des États par la voie d'un document officiel ou de prises de position formulées lors de conférences multilatérales telles que les conventions de codification ou les débats à l'Organisation des Nations Unies²⁴⁶. Les protestations diplomatiques,

²⁴² *Ibid.*, p. 50.

²⁴³ Sohn, «Unratified treaties as a source of customary international law», p. 235; voir également *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, aux pages 122 et 123, par. 55; Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 50: «la déclaration expresse d'un État selon laquelle telle ou telle règle est obligatoire (ou coutumière, ou est une codification) est la preuve la plus claire de ce que cet État considère comme le droit.»

²⁴⁴ Voir, par exemple, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, p. 337 (opinion dissidente de M. Caicedo Castilla); *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, aux pages 74 et 75 (opinion individuelle de M. Ammoun, Vice-Président); Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Dusko Tadić, alias «Dule»*, affaire n° IT-94-1-AR72, Chambre d'appel, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, *Recueils judiciaires 1994-1995*, vol. I, p. 464, par. 100, p. 470, par. 105, p. 478, par. 113 et 114, et p. 484 à 488, par. 120 à 122.

²⁴⁵ Voir également CIRDI, *Mondev International Ltd v. United States of America*, sentence du 11 octobre 2002, ILM, vol. 42, p. 106, par. 111: «Que les explications données par un gouvernement signataire à son assemblée législative lors de la ratification ou de la mise en œuvre d'un traité relèvent ou non des travaux préparatoires du traité aux fins de son interprétation, elles donnent en tout cas des indications sur les objectifs et l'orientation du traité, et attestent donc d'une *opinio juris*.»

²⁴⁶ Voir, par exemple, *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 15, à la page 26; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, à la page 48 (opinion individuelle collective de MM. Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda): «Dans un domaine où la pratique est contradictoire et imprécise, est-il possible, est-il raisonnable de considérer comme dénuées de toute pertinence les indications relatives à ce que les États sont prêts à revendiquer ou disposés à accepter, telles qu'elles ressortent des positions qu'ils ont adoptées en vue ou en prévision d'une conférence visant la codification et le développement progressif du droit en la matière? [...] Le moins que l'on puisse dire est [...] que ces déclarations de même que les propositions écrites déposées par les représentants des États ne sont pas sans importance quand il s'agit de déterminer quel est, selon ces États, le droit en ce qui concerne la compétence en matière de pêcheries et quelle est leur *opinio juris* sur un point qui est régi par le droit coutumier»; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 43, à la page 329 (opinion

en particulier, « peuvent mettre en lumière, et souvent le font, l'avis du droit sur les questions traitées par les États concernés : dans cette mesure, elles peuvent rapporter la preuve de l'acceptation de telle ou telle pratique comme étant le droit²⁴⁷ ».

76. On peut également déceler la preuve de la pratique acceptée comme étant le droit (ou son inexistence) de diverses autres pratiques²⁴⁸, selon le cas d'espèce sachant que « pour une coutume donnée, il suffit que l'acceptation de la pratique comme étant le droit puisse se déduire de toutes les circonstances de l'espèce, mais surtout de l'attitude, et donc de la conduite, des États acceptant d'être liés par cette règle coutumière²⁴⁹ ». Comme dans le cas de la pratique (voir *supra* le paragraphe 41), loin d'être exhaustive, la liste ci-après vient renseigner sur le type de documents dont l'élément subjectif peut résulter :

a) *correspondance intergouvernementale (diplomatique)*²⁵⁰ : mémorandum des missions diplomatiques adressé au ministre des affaires étrangères de l'État auprès duquel elles sont accréditées²⁵¹ ou échange de notes entre gouvernements. Ici, il faut interroger la langue utilisée dans son contexte pour déterminer si l'État exprime une opinion sur l'existence d'une règle de droit ;

b) *jurisprudence des tribunaux internes*²⁵² : elle traduit clairement un sentiment d'obligation juridique. On procédera cependant en toute prudence, dans la mesure où

(Suite de la note 246.)

individuelle de M. le juge Tomka) ; Jiménez de Aréchaga, « International law in the past third of a century », p. 14 et 24 : « les délibérations d'une conférence de plénipotentiaires, même avant et indépendamment de l'adoption d'une convention, peuvent en elles-mêmes aboutir à un consensus des États qui, suivi de leur pratique effective, cristallise une règle coutumière [...]. Les indications expresses ou implicites de l'*opinio juris* sont particulièrement importantes et fréquentes lorsque les États participent au processus de codification et de développement progressif du droit international sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies ».

²⁴⁷ MacGibbon, « Customary international law and acquiescence », p. 124.

²⁴⁸ Voir également *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/659, par. 29, observation 12 : « La Commission interroge diverses sources pour analyser l'élément subjectif en vue d'identifier une règle de droit international coutumier » ; *Restatement of the Law (Third): Foreign Relations Law of the United States*, par. 102, commentaire c : « La preuve explicite d'un sentiment d'obligation juridique (au moyen de conclusions officielles par exemple) n'est pas nécessaire ; l'*opinio juris* peut se déduire d'actes ou d'omissions. »

²⁴⁹ Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 44.

²⁵⁰ Voir, par exemple, *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil, 1951*, p. 116, aux pages 135 et 136 ; *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, à la page 42.

²⁵¹ Voir, par exemple, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 371 (opinion dissidente de M. Caicedo Castilla).

²⁵² Voir également *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, à la page 135, par. 77, où l'élément subjectif est attesté par « les positions de divers États et la jurisprudence d'un certain nombre de juridictions nationales, qui ont clairement indiqué qu'elles considéraient que le droit international coutumier exigeait de reconnaître l'immunité » ; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, à la page 76 (opinion individuelle commune de M^{mes} Higgins, M. Koijmans et M. Buergenthal) ; Tribunal spécial pour le Liban, affaire n° STL-11-01/I, décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, Chambre d'appel, 16 février 2011, par. 100.

il peut être « difficile de déterminer si ce sentiment d'obligation juridique découle du droit international, du droit interne ou de l'interprétation interne du droit international²⁵³ ». Ce n'est que lorsque cette jurisprudence applique la règle en question d'une manière qui atteste, essentiellement suivant sa logique, que celle-ci est acceptée comme prescrite par le droit international coutumier, que cette jurisprudence pourrait présenter quelque intérêt comme preuve de l'acceptation « comme étant le droit » ;

c) *opinion des conseillers juridiques des gouvernements sur ce qui est ou n'est pas conforme au droit international coutumier*²⁵⁴ : dès lors qu'elle est adoptée par le gouvernement comme obligation légale²⁵⁵ ;

d) *publications officielles dans le domaine du droit international* : manuels militaires ou instructions à l'intention des diplomates ;

e) *mémorandums internes de représentants de l'État* : instructions du ministère des affaires étrangères à l'intention de ses diplomates²⁵⁶ ;

f) *traités* (et leurs travaux préparatoires) : ils pourraient également démontrer l'existence d'une pratique acceptée « comme étant de droit »²⁵⁷, quand on sait que

²⁵³ Moremen, « National court decisions as State practice », p. 274 ; voir également *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, aux pages 171 et 172 (opinion dissidente de M^{me} Van den Wyngaert) : « Même le fait qu'une législation nationale exige la présence de l'accusé ne reflète pas nécessairement l'existence d'une *opinio juris* selon laquelle cette présence serait requise en droit international. Les décisions internationales doivent être interprétées avec beaucoup de prudence. » M. Hmoud a également appelé l'attention sur ce point dans l'intervention qu'il a faite l'année dernière, déclarant que les décisions judiciaires nationales sont une importante source de doctrine mais qu'elles doivent faire l'objet d'une étude approfondie, les tribunaux nationaux appliquant en général les mécanismes juridiques internes de l'État concerné et manquant parfois d'expérience ou de ressources pour déterminer les règles de droit international coutumier (*Annuaire... 2013*, vol. I, 3183^e séance, 19 juillet 2013).

²⁵⁴ Voir, par exemple, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Stanislav Galić*, affaire n° IT-98-29-A, Chambre d'appel, arrêt, 30 novembre 2006, par. 89.

²⁵⁵ En effet, il convient de garder présent à l'esprit que ces avis ne deviennent pas nécessairement ceux du gouvernement, et que dans certains cas, comme la Commission l'a déjà indiqué, « les conseillers juridiques s'attachent généralement à faciliter la mise en œuvre de la politique adoptée par leur gouvernement » [Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 9, par. 76, puis « [d']autre part, la publication de tels avis n'a de valeur que si le texte de ces avis est accompagné d'un exposé assez complet retraçant l'historique des questions au sujet desquelles ils ont été donnés »].

²⁵⁶ Voir, par exemple, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, à la page 372 (opinion dissidente de M. Caicedo Castilla).

²⁵⁷ Voir aussi CIRDI, *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, affaire n° ARB/03/2, décision sur les exceptions à la compétence, 11 mai 2005, p. 38, para. 144 : « Rien ne s'oppose, en droit international, à ce que l'expression de la volonté des États par le biais de traités soit en même temps une expression de la pratique et de l'*opinio juris* nécessaires à la formation d'une règle coutumière si les conditions requises sont remplies » ; *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, aux pages 369 et 370 (opinion dissidente de M. Caicedo Castilla) : « [C]et article de l'Accord bolivarien [sur l'extradition] a un sens spécial en ce qui concerne la coutume en matière d'asile, c'est-à-dire qu'il démontre l'existence, pour la Colombie et le

les «conventions restent encore une forme d'expression très importante de la conscience juridique des peuples²⁵⁸». En l'occurrence, cette conscience juridique (qu'il s'agisse de la convention dans son ensemble ou de certaines de ses dispositions) doit exister en dehors du traité et non uniquement dans le cadre dudit traité : pour que tel traité puisse attester l'*opinio juris*, il faut établir que les États (et les organisations internationales), parties ou non, se considèrent liés par les dispositions du traité comme règles de droit, indépendamment du traité²⁵⁹. Il en est sans doute ainsi du traité qui a pour but, exprès ou tacite, de déclarer le droit international coutumier²⁶⁰ : alors «le traité est la preuve indubitable de la volonté des États [parties au Traité], exempte des ambiguïtés et incohérences qui caractérisent l'assemblage hétéroclite de preuves de la pratique étatique qui sert d'ordinaire à prouver l'état du droit international²⁶¹». Autrement dit,

Pérou, d'un de ces éléments nécessaires de la coutume : l'élément psychologique, *opinio juris sive necessitatis*. L'Accord bolivarien reconnaît l'asile, reconnaît la valeur des principes appliqués en Amérique, donc, il inclut, en tant que droit obligatoire, ces principes. Par conséquent, son acceptation par les gouvernements ou par un gouvernement déterminé, implique pour celui-ci leur acceptation comme «étant le droit», c'est-à-dire qu'ils sont le droit applicable. C'est une question d'une importance incalculable, car l'élément psychologique de la coutume, toujours si difficile à établir, trouve ici une preuve absolue»; Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, affaire n° SCSL-04-14-A, arrêt, Chambre d'appel, 28 mai 2008, par. 403 ; Cour suprême de l'Argentine, *Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal*, affaire n° 24.079, 11 juillet 2007, par. III-A (des conclusions du Procureur général) ; Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, affaire n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, Chambre de la Cour suprême, arrêt, 3 février 2012, para. 94.

²⁵⁸ *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, C.I.J. Recueil 1951, p. 116, à la page 148 (opinion individuelle de M. Alvarez); voir aussi Guzman et Meyer, «Customary International Law in the 21st Century», p. 207 : «rechercher des preuves du droit international coutumier dans les traités demeure peut-être une pratique utile [...] car les traités peuvent donner des indications crédibles quant aux règles dont les États considèrent qu'elles lient les non-parties».

²⁵⁹ Ainsi, comme l'affirme Weisburd («Customary international law: the problem of treaties», p. 24), «on ne saurait en déduire que la conclusion d'un traité implique nécessairement une *opinio juris*, c'est-à-dire que les parties pensent que les dispositions du traité les obligent juridiquement en dehors de celui-ci». Bien entendu, les traités peuvent être considérés comme attestant du droit international coutumier ou contribuer à sa formation non seulement au regard des règles qu'ils consacrent, mais aussi du droit coutumier des traités.

²⁶⁰ Comme l'explique Baxter («Treaties and customs», p. 56), «[u]n traité déclaratoire est facile à identifier comme tel parce qu'une indication expresse à cet effet figure normalement dans son préambule, mais son caractère déclaratoire peut également se déduire de ses travaux préparatoires». Voir également Wolfke, «Treaties and custom: aspects of interrelation», p. 36 : «si un traité reconnaît expressément, ou même indirectement, qu'une règle coutumière existe, cette reconnaissance constitue une preuve additionnelle de l'existence de la règle coutumière en question». Weisburd («Customary international law: the problem of treaties», p. 23) explique à juste titre que «[m]ême lorsqu'une telle déclaration [que le traité est déclaratoire de la coutume] est un énoncé inexact de l'état du droit à la date de la conclusion du traité, elle constitue une reconnaissance explicite des parties à celui-ci qu'elles seraient juridiquement liées par les règles qu'il énonce même s'il n'existait pas». Plus important, toutefois : «des considérations complexes [...] doivent être prises en compte pour déterminer si et, dans l'affirmative, dans quelle mesure, une nouvelle règle consacrée dans une convention de codification peut être considérée comme exprimant une norme de droit coutumier existante ou qui se fait jour. Une telle règle doit être analysée dans son contexte et à la lumière des circonstances entourant son adoption. Elle doit également être envisagée au regard de ce qui peut être une pratique des États se développant rapidement dans le même sens qu'elle» (Sinclair, «The impact of unratified codification convention», p. 220).

²⁶¹ Baxter, «Treaties and customs», p. 36.

le fait que les États acceptent (dans le cadre du traité, pendant les négociations préalables, au moment de son adoption ou après) que le traité ou certaines de ses dispositions soient déclaratoires d'un droit international coutumier existant peut constituer une preuve évidente de l'acceptation «comme étant de droit»²⁶². Toutefois, «il faut comparer les preuves de la pratique des parties réunies dans le traité à toutes les autres preuves [conformes ou non] de droit international coutumier, conformément à la procédure normale employée pour attester de l'existence du droit international coutumier», en particulier «la pratique ou les déclarations antérieures des États concernés»²⁶³. Que les États intéressés aient effectivement signé ou ratifié le traité et que les parties puissent formuler des réserves aux dispositions du traité peut également servir à établir l'*opinio juris*²⁶⁴, mais n'indique pas forcément qu'elle est absente, coutume et traité pouvant

²⁶² Voir également Weisburd, «Customary international law: the problem of treaties», p. 25 : «un traité n'est pas la preuve de l'*opinio juris* si les parties nient expressément dans le texte de celui-ci l'existence d'une *opinio juris* quant au statut juridique des règles qu'il énonce en dehors de l'instrument [c'est-à-dire que le traité lui-même indique qu'il a été conclu par les parties par le seul exercice de leur volonté]. La question est de savoir ce que croient les parties. Mais si ce qu'elles croient est la principale question, il semblerait qu'un traité puisse nier l'existence d'une *opinio juris* même en l'absence de déclaration expresse à cet effet s'il contient d'autres éléments attestant que les parties ne considéreraient pas les règles qu'il énonce comme obligatoires s'il n'existait pas. Ceci ne veut pas dire que de tels traités ne sont pas obligatoires en tant que traités ni que les négations expresses de l'existence d'une *opinio juris* qui y figurent empêcheront la formation d'une règle coutumière en la matière. Cela signifie seulement que l'on ne peut considérer le traité lui-même comme la preuve du statut coutumier des règles qu'il énonce».

²⁶³ Baxter, «Treaties and customs», p. 43 et 44 ; voir également Danilenko, *Law-making in the International Community*, p. 154 : «il convient de souligner que les conventions de codification, même celles qui indiquent expressément qu'elles expriment le droit coutumier en vigueur, ne peuvent jamais être considérées comme des preuves concluantes de ce droit». Ainsi que la Cour internationale de Justice l'a déclaré dans un autre contexte, «dans le domaine du droit international coutumier il ne suffit pas que les parties soient du même avis sur le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle. La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des États est confirmée par la pratique» [*Activités militaires et paramilitaires (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 98, par. 184].

²⁶⁴ Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, aux pages 38 et 39, par. 63, et à la page 42, par. 72 ; et *ibid.*, p. 130 (opinion individuelle de M. Fouad Ammoun) : «la faculté de subordonner à des réserves la mise en œuvre [des dispositions d'un traité] implique l'absence chez les signataires de la Convention de l'*opinio juris sive necessitatis*. Celle-ci suppose, en effet, la conscience du caractère obligatoire de la règle. Et c'est l'évidence même qu'on ne peut pas se sentir obligé par une règle quand on se réserve le droit de ne pas l'appliquer»; voir, par exemple, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253, à la page 305 (opinion individuelle de M. Pettrén, qui fait observer que, par un traité qui peut être dénoncé, «les signataires [...] montr[ent] qu'ils rest[ent] d'avis que le droit international coutumier n'interdi[t] pas [l']obligation visée dans le traité»); Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Nahimana et al. c. le Procureur*, affaire n° ICTR-99-52-A, Chambre d'appel, arrêt, 28 novembre 2007 (opinion partiellement dissidente du juge Meron), par. 5 : «Le nombre et la portée des réserves révèlent qu'un désaccord profond persiste au sein de la communauté internationale sur le point de savoir si le simple discours haineux devrait être interdit, indiquant que l'article 4 de la [Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale] et l'article 20 du [Pacte international relatif aux droits civils et politiques] ne reflètent pas un principe établi. En l'absence de consensus établi des États, il est clair qu'il n'existe pas de norme du droit international coutumier criminalisant le seul discours haineux»; Cour suprême autrichienne, *Immunité diplomatique des domestiques*, OGH 6 Ob 94/71, arrêt, 28 avril 1971, SZ 1971 n° 44/56, 204.

coexister indépendamment²⁶⁵. Quoi qu'il en soit, «une règle conventionnelle n'est une bonne preuve de l'*opinio juris* aux fins du droit coutumier qu'au regard des faits essentiellement. Il faut examiner les déclarations, les pré-tentions et la conduite de l'État [...]»²⁶⁶ pour établir son existence.

Il faut également rechercher si la répétition de dispositions analogues ou identiques dans un grand nombre de traités bilatéraux peut être le signe d'une pratique acceptée «comme étant le droit». Ici aussi, il faudrait envisager la disposition (et le traité dans laquelle elle figure) dans son contexte et à la lumière des circonstances de son adoption, et ce d'autant que «[l]a multiplicité de ces traités [...] est en quelque sorte une arme à double tranchant²⁶⁷» :

la concordance même d'un nombre considérable de traités ne constitue pas en soi une preuve ni même une présomption suffisante de la reconnaissance par l'ensemble de la communauté internationale de ces traités comme preuve du droit coutumier général. Au contraire, dans plusieurs cas, ces traités semblent déroger à la règle générale²⁶⁸ ;]

g) résolutions d'organes délibérants d'organisations internationales, tels que l'Assemblée générale des Nations Unies et le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, et résolutions de conférences

²⁶⁵ S'agissant des réserves (et de la dénonciation), voir également Baxter, «Treaties and customs», p. 47 à 53; Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 755, conclusion 22 : «Le fait qu'un traité autorise les réserves à toutes ses dispositions ou à certaines d'entre elles ne permet pas en lui-même de présumer que ces dispositions ne sont pas déclaratoires du droit coutumier en vigueur»; Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, aux pages 197 et 198 (opinion dissidente de M. Morelli). S'agissant de la ratification (ou non) des conventions de codification comme preuve de l'acceptation d'une pratique comme étant de droit, voir, par exemple, Sinclair, «The impact of unratified codification convention», p. 227 : «il est légitime de dire que même les conventions de codification qui ont été peu ratifiées peuvent néanmoins être considérées, de manière générale, comme prouvant dans une certaine mesure l'existence d'une *opinio juris* sur la matière dont elles traitent. La qualité de cette preuve dépendra de l'origine de la disposition en cause. S'il ressort des travaux préparatoires de telle ou telle convention de codification que le vote par lequel une disposition particulière a été adoptée révèle que la conférence de codification était très divisée, et si la controverse ainsi créée peut avoir amené un certain nombre d'États à refuser de devenir parties à la convention en question, il est clair qu'il y a de bonnes raisons d'écarter cette disposition dans le cadre des codifications ultérieures».

²⁶⁶ Schachter, «Entangled treaty and custom», p. 735.

²⁶⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, à la page 306 (opinion individuelle de M. Ammoun).

²⁶⁸ Wolfke, «Treaties and custom: aspects of interrelation», p. 36; voir également Ahmadou Sadio Diallo (*République de Guinée c. République démocratique du Congo*), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 582, à la page 615, par. 90 : «Le fait, dont se prévaut la Guinée, que différents accords internationaux tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers et la convention de Washington aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre États et investisseurs étrangers, ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire»; Kunz, «The nature of customary international law», p. 668 : «Les traités peuvent, dans certaines circonstances, apporter la preuve que les deux conditions sont remplies et, dans d'autres circonstances, qu'elles ne le sont pas»; Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», p. 9 et 10; Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 71; Déclaration de Londres (note 42 *supra*), p. 758, conclusion 25 : «On ne peut présumer qu'une succession de dispositions conventionnelles similaires donne naissance à une nouvelle règle coutumière ayant le même contenu.»

internationales. L'*opinio juris* peut se déduire de l'attitude des États à l'égard de textes non contraignants ayant pour but, exprès ou tacite, d'affirmer une règle de droit positif, attitude dont on trouve l'expression dans le vote (pour, contre, abstention), l'adhésion à un consensus ou l'adoption de déclarations sur la résolution²⁶⁹. Cette déduction doit s'opérer «avec la prudence nécessaire²⁷⁰», les États

²⁶⁹ Voir, par exemple, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, aux pages 100, par. 188, et 101, par. 191 : «Cette *opinio juris* peut se déduire entre autres, quoique avec la prudence nécessaire, de l'attitude des Parties et des États à l'égard de certaines résolutions de l'Assemblée générale [...]. L'effet d'un consentement au texte de telles résolutions [...] peut [...] s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolution et prises en elles-mêmes. [...] [L]e fait que les États ont adopté [une résolution] fournit une indication de leur *opinio juris* sur le droit international coutumier en question»; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Dusko Tadić, alias «Dule»*, affaire n° IT-94-1-AR72, Chambre d'appel, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, *Recueils judiciaires 1994-1995*, vol. I, p. 474 et 476, par. 111 et 112; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, sentence arbitrale (1977), ILR, vol. 62, p. 140 et 189 : «lesdites résolutions, si elles ne sont pas une expression unanime du droit, sont la preuve de l'existence d'une tendance dominante de l'opinion internationale en ce qui concerne le droit souverain des États sur leurs ressources naturelles [...]»; *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, sentence arbitrale (1977), ILR, vol. 53, p. 491 et 495; Tomka, «Custom and the International Court of Justice», p. 210 et 211; Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 65 : «On a fait valoir [...] qu'en fait les débats, et les déclarations faites au nom des États membres durant ceux-ci, sont presque toujours plus pertinents que la résolution elle-même»; Pellet, «Article 38», p. 817 et 825 : «S'agissant de déterminer une règle coutumière du droit international général [...] on a dit que [...] [les résolutions adoptées par les organes des organisations internationales] relèvent plus de la manifestation de l'*opinio juris* que de la formation d'une pratique [...] lorsque l'on évalue leur poids juridique, l'important n'est pas ce qu'elles disent mais ce que les États ont dit à leur sujet»; Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, p. 260 : «les résolutions [de l'Assemblée générale] peuvent être utiles pour déterminer [...] l'*opinio juris*, eu égard en particulier à la tendance fâcheuse qu'ont les États à ne jamais invoquer cette notion dans leurs échanges diplomatiques bilatéraux»; rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire du Conseil des droits de l'homme, A/HRC/22/44, par. 43. Voir également les conclusions de la Commission de l'Institut de droit international sur «L'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative – Les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies» [*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 62-II (session du Caire, 1987), p. 71 à 76] : «Une résolution déclaratoire de droit a pour but d'affirmer une règle de droit existante. En particulier, elle peut être un moyen de détermination ou d'interprétation du droit international, constituer un élément de preuve d'une coutume internationale ou énoncer des principes généraux de droit» (conclusion 4); «Une résolution peut constituer la preuve du droit coutumier ou d'un de ses éléments constitutifs (pratique créatrice de coutume, *opinio juris*), en particulier lorsque telle a été l'intention des États au moment de l'adoption de cette résolution ou lorsque les procédures suivies ont conduit à l'élaboration d'un énoncé du droit» (conclusion 21); «La preuve [d'une coutume internationale] fournie par la résolution est réfragable» (conclusion 22). Selon Rosenne (*Practice and Methods of International Law*, p. 112), «[p]our établir si un État a en fait consenti en tout ou en partie à cette résolution, il convient d'examiner attentivement l'ensemble des travaux de l'organe qui l'a adoptée».

²⁷⁰ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 100, par. 188; et voir *ibid.*, p. 182, par. 7 (opinion individuelle de M. Ago) : «De même, je ne puis qu'exprimer des doutes quant à l'idée qui transparait parfois dans l'arrêt [...] selon laquelle on peut voir dans l'acceptation de certaines résolutions ou de certaines déclarations formulées dans le cadre des Nations Unies ou de l'Organisation des États américains, ainsi que dans un autre contexte, une preuve concluante de l'existence, chez ces États, d'une *opinio juris* concordante ayant la valeur d'une véritable règle coutumière internationale»;

pouvant dans les faits avoir diverses raisons de consentir (ou non) au texte d'une résolution. En effet, «l'adhésion à une résolution déclaratoire de droit [...] doit s'apprécier à la lumière des conditions dans lesquelles cette adhésion a été donnée. Il n'est pas du tout évident que le fait pour tel État de voter pour telle résolution déclaratoire de droit constitue en soi une preuve décisive de la conviction que la résolution exprime une règle de droit²⁷¹». Comme la Cour internationale de Justice l'a observé,

les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. Pour savoir si cela est vrai d'une résolution donnée de l'Assemblée générale, il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif²⁷².

S'il est indispensable d'examiner la teneur et les circonstances entourant l'adoption de la résolution, on peut soutenir qu'en général lorsqu'une résolution est adoptée avec «un nombre non négligeable de voix contre et d'absentions», il n'existe pas d'*opinio juris* générale quant à son caractère normatif; autrement dit, la résolution «n'établi[t] pas encore l'existence d'une *opinio juris*»²⁷³. De même, toute résolution adoptée à l'unanimité (ou à une majorité écrasante et représentative) peut constituer la preuve d'une conviction juridique générale²⁷⁴. En outre,

voir également les directives 3.1.5.3 (Réserves portant sur une disposition reflétant une règle coutumière) et 4.4.2 (Absence d'effet sur une norme impérative du droit international général) du Guide de la pratique sur les réserves aux traités de la Commission [Annuaire... 2011, vol. II (3^e partie), p. 29 et 32].

²⁷¹ Schachter, «Entangled treaty and custom», p. 730; voir également Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 112: «Le plus souvent, un vote exprime un desideratum politique et non la conviction qu'il est dicté par le droit ou contient un élément d'*opinio juris* sive *necessitatis* [...] ou que la résolution est un énoncé du droit»; Hannikainen, «The collective factor as a promoter of customary international law», p. 138: «L'immense majorité des résolutions des organisations internationales ne sont, du point de vue formel, que des recommandations. Les États le savent très bien – ils peuvent avoir des raisons très différentes de voter pour une résolution. Ces raisons peuvent notamment relever de l'opportunité politique et du désir de ne pas paraître en dissidence. Même si une résolution emploie une terminologie juridique et vise les obligations de tous les États, le fait qu'un État ait voté oui ne peut être considéré comme une preuve concluante de son *opinio juris*.»

²⁷² *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, aux pages 254 et 255, par. 70; voir également l'opinion résumée du Tribunal des différends irano-américains dans l'affaire *Sedco, Inc., v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran* (27 mars 1986): «les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies ne lient pas directement les États et ne sont généralement pas des preuves du droit coutumier. On admet toutefois généralement que ces résolutions peuvent, dans certaines circonstances précises, être considérées comme des preuves du droit international coutumier ou peuvent contribuer – entre autres facteurs – à la création de ce droit» (ILM, vol. 25, 1986, p. 633 et 634).

²⁷³ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 255, par. 71.

²⁷⁴ Voir également *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, à la page 79 (opinion individuelle de M. Ammoun, Vice-Président); *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, p. 136, aux pages 235 et 236 (opinion individuelle de M. le juge Al-Khasawneh); Barboza, «The customary rule: from chrysalis to butterfly», p. 5: «La probabilité que ces [résolutions normatives de l'Assemblée générale] soient déclaratives du droit coutumier ou servent de fondement à la formation de la coutume dépend

lorsque tel État non seulement s'abstient de soulever quelque objection à l'adoption de telle résolution déclaratoire de droit mais prend également une part active à cette adoption, l'«acceptation comme étant le droit» de son contenu normatif peut tout à fait lui être attribuée²⁷⁵. Enfin, «des résolutions successives [contenant des déclarations constantes] peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle²⁷⁶»; là encore, évidemment, tout dépend des circonstances de l'espèce²⁷⁷.

précisément de la majorité à laquelle elles ont été adoptées. Si elles ont été adoptées à l'unanimité ou par consensus, elles expriment l'opinion internationale mieux que les traités multilatéraux, auxquels la participation est relativement limitée.»

²⁷⁵ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 133, par. 264.

²⁷⁶ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 255, par. 70; voir également *ibid.*, p. 532 (opinion dissidente de M. Weeramantry): «Les déclarations de l'Assemblée générale, organe représentatif principal de la communauté internationale, n'ont peut-être pas, en elles-mêmes, valeur de norme de droit mais lorsque [...] elles sont réitérées [...] elles [peuvent] confort[er] [une idée de ce qu'est une règle de droit international coutumier]»; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, p. 136, à la page 236, par. 3 (opinion individuelle de M. le juge Al-Khasawneh): «[un très grand nombre de résolutions adoptées à une majorité écrasante ou par consensus allant toujours dans le même sens], sans être contraignantes, n'en produisent pas moins des effets juridiques et attestent de la constance de l'*opinio juris* de la communauté internationale»; *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 6, à la page 292 (opinion dissidente de M. Tanaka): «Nous ne pouvons évidemment pas admettre que des résolutions, déclarations, arrêts, décisions, etc., aient isolément force obligatoire pour les États membres de l'organisation [internationale]. Ce que le droit international coutumier exige, c'est la répétition d'une même pratique; par suite, il faut en l'espèce que des résolutions, déclarations, etc., sur la même question aient été adoptées à plusieurs reprises par la même organisation ou par plusieurs organisations. On doit noter en même temps que, chaque résolution, déclaration, etc., étant l'émanation de la volonté collective des États participants, la volonté collective de la communauté internationale peut certainement se manifester plus rapidement et plus fidèlement que ne le permettait le processus normatif traditionnel. Ce système collectif cumulatif et organique de création de la coutume représente, pour ainsi dire, un moyen terme entre la législation par convention et le processus traditionnel de création de la coutume et l'on peut constater qu'il joue un rôle important dans l'évolution du droit international. En résumé, on peut dire que, lorsque les organes compétents de la communauté internationale font connaître leur position par une accumulation de résolutions, déclarations, décisions, etc., qui constituent des interprétations autorisées de la Charte, il faut y voir la preuve d'une coutume internationale au sens de l'Article 38, paragraphe 1 b, du Statut»; Suy, «Innovations in international law-making processes», p. 190: «L'[*opinio juris*] peut aussi naître [...] de la seule répétition de principes dans des résolutions ultérieures auxquelles les États souscrivent». Mais voir Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 112: «Les ordres du jour des organes internationaux ont aujourd'hui tendance à être excessivement répétitifs, et les votes représentent la répétition automatique d'une décision de principe prise lorsque la question a été examinée pour la première fois.» Cf. *Sahara occidental*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975, p. 12, à la page 99 (opinion individuelle de M. Ammoun, Vice-Président): «L'Assemblée générale a affirmé la légitimité de cette lutte [pour la libération de la domination étrangère] dans au moins quatre résolutions, [...] dont l'ensemble constitue déjà une coutume»; et *ibid.*, p. 121 (opinion individuelle de M. Dillard): «[M]ême si une résolution isolée de l'Assemblée générale n'a pas force obligatoire, l'effet cumulatif de nombreuses résolutions d'un contenu semblable, votées par une forte majorité et fréquemment réitérées pendant un certain laps de temps, peut devenir l'expression d'une *opinio juris* et constituer ainsi une norme de droit coutumier international.»

²⁷⁷ Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, aux pages 254 et 255 et *ibid.*,

(Suite de la note page suivante.)

77. *L'abstention comme preuve de l'élément subjectif.* L'«acceptation comme étant le droit» peut également résulter de l'inaction ou de l'abstention, lorsque ces comportements valent assentiment ou acquiescement à la pratique considérée²⁷⁸. Selon Sir Gerald Fitzmaurice,

[L]'absence d'opposition, cela va de soi, n'a d'importance que dans la mesure où elle permet de présumer le consentement, l'acquiescement ou la tolérance de la part des autres États intéressés; en soi, elle n'emporte pas nécessairement cette présomption. Il n'en est ainsi que si une opposition est nécessaire pour éviter qu'en son absence il y ait présomption de consentement ou d'acquiescement. Tel n'est pas le cas, en particulier, lorsque la pratique ou l'usage en question n'ont pas été portés à la connaissance d'autres États ou, à tout le moins, lorsqu'ils manquent de la notoriété qui peut faire présumer leur connaissance; tel n'est pas le cas non plus lorsque la pratique ou l'usage en question se présentent sous une forme telle que, rationnellement, il est impossible pour les autres États de connaître leur véritable nature²⁷⁹.

(Suite de la note 277.)

aux pages 319 et 320 (opinion dissidente de M. Schwebel, Vice-Président): «[Le fait que les résolutions de l'Assemblée générale] ont été adoptées à des majorités variables, malgré une opposition puissante, constante et qualitativement importante [...] [et que] cette opposition [...] regroupe des États qui représentent une bonne partie du pouvoir économique et militaire dans le monde et un pourcentage important de sa population suffit à ôter toute valeur juridique aux résolutions [de l'Assemblée générale] en question. [...] [L]e fait que l'Assemblée générale ait adopté des résolutions successives de la même veine [...] montre plutôt ce que le droit n'est pas. Leur répétition, face à une opposition considérable et durable, dénote le caractère inopérant de ces résolutions tant sur le plan de la formation du droit que sur le plan des effets pratiques»; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, aux pages 435 et 436 (opinion dissidente de Sir Garfield Barwick): «Il se peut que [...] les résolutions des Nations Unies et autres expressions de l'opinion internationale, quelque fréquentes, nombreuses et vigoureuses qu'elles puissent être, soient insuffisantes pour justifier la thèse que le droit coutumier [entérine] dès maintenant [telle ou telle règle]»; voir également Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 112: «Le consensus est une notion particulièrement fallacieuse, et il est fréquent que l'indication formelle d'un vote négatif cache de nombreuses réserves dont l'expression est reléguée dans les comptes rendus; souvent le consensus signifie uniquement qu'il y a accord sur les termes à utiliser ou sur leur place dans la phrase, et qu'il n'y a pas d'accord, voire qu'il existe un désaccord, sur leur sens ou sur l'intention du document dans son ensemble»; Déclaration de Londres (note 42 *supra*).

²⁷⁸ Voir, par exemple, *Interprétation des traités de paix (deuxième phase)*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 221, à la page 242 (opinion dissidente de M. Read): «Le fait qu'aucun État n'a pris cette position [à savoir qu'il serait loisible à une partie au différend d'empêcher que ce différend soit arbitré, en recourant à l'expédient consistant à s'abstenir de désigner un représentant à la commission] apporte la confirmation la plus forte à la pratique ou à l'usage international, en matière d'arbitrage, qui a été exposé plus haut»; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 232 (opinion dissidente de M. Lachs); Cour suprême argentine, *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, affaire n° 16.063/94, 2 novembre 1995, par. 90. Voir également Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 48: «le fait que les autres États tolèrent une pratique, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, justifie la présomption que cette pratique est acceptée comme étant le droit»; Charney, «Universal International Law», p. 536. Selon les termes du juge Hudson (*The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, p. 609), «le fait pour les États de ne pas avoir à l'époque contesté cette conception [de l'État qui a agi selon laquelle la pratique était rendue obligatoire par une règle de droit] est un des éléments constitutifs de la coutume internationale.

²⁷⁹ Fitzmaurice, «The law and procedure of the international court of justice, 1951-54», p. 33; voir aussi *Affaire du «Lotus»*, arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, *C.P.J.I. série A n° 10*, p. 18: «[C]'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience [des États] d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale»; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 42, par. 73: «On ne saurait s'appuyer sur le fait que la non-ratification puisse être due parfois à des facteurs autres qu'une désapprobation active de la convention en cause pour en déduire l'acceptation positive de ces principes: les raisons sont conjecturales mais

78. La pratique contraire à la règle (c'est-à-dire celle incompatible avec la règle coutumière présumée) peut attester l'absence d'«acceptation comme étant le droit»²⁸⁰, de même qu'elle peut empêcher de regarder telle pratique comme constante. Cependant, toute pratique non conforme à une règle peut venir confirmer l'existence d'une *opinio juris* si la conduite est justifiée en des termes qui vont à l'appui de la règle coutumière²⁸¹.

79. La preuve de l'«acceptation d'une pratique comme étant le droit» par un État (ou une organisation internationale) peut pêcher par défaut de constance; ainsi, «dans un même État, les pouvoirs exécutif et judiciaire peuvent avoir des avis différents sur la question: il est alors d'autant plus difficile d'y discerner l'existence d'une quelconque *opinio juris* en ce sens²⁸²». Comme pour la pratique, cette ambivalence est de nature à nuire à l'intérêt de l'*opinio juris* de cet État (ou organisation intergouvernementale) s'agissant de déterminer si telle règle de droit international coutumier existe ou non.

80. Le projet de conclusion ci-après est proposé:

«*Projet de conclusion II. Preuve de l'acceptation comme étant le droit*

«1. La preuve de l'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit peut revêtir diverses formes, celles-ci pouvant varier selon la nature de la règle et les circonstances de son application.

«2. Les formes de preuves comprennent, sans s'y limiter, les déclarations par lesquelles l'État affirme ce qui est ou n'est pas la règle de droit international coutumier, la correspondance diplomatique, la jurisprudence des juridictions internes, les avis des conseillers juridiques de gouvernements, les publications officielles dans les domaines du droit international, la pratique conventionnelle et les décisions touchant les résolutions des organes d'organisations internationales et de conférences internationales.

«3. L'inaction peut également valoir preuve d'acceptation comme étant le droit.

«4. Le fait qu'un acte (positif ou négatif) accompli par tel État établit l'existence d'une pratique aux fins de la détermination d'une règle de droit international coutumier n'empêche pas le même acte de prouver que la pratique en question est acceptée comme étant le droit.»

les faits demeurent.» Selon les termes de Danilenko (*Law-making in the International Community*, p. 108): «En droit international positif, l'absence de protestations n'implique l'acquiescement que si la pratique touche les intérêts [(directs ou indirects)] et les droits de l'État qui ne réagit pas.»

²⁸⁰ Voir, par exemple, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, à la page 305 (opinion individuelle de M. Petrán): «Le comportement de ces États [qui ont procédé à des essais nucléaires atmosphériques] prouve que leurs gouvernements n'ont pas été d'avis que le droit international coutumier interdit les essais nucléaires atmosphériques.»

²⁸¹ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, aux pages 106, 108 et 109, par. 202 et 207.

²⁸² *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil, 2002*, p. 3, à la page 171 (opinion dissidente de M^{me} Van den Wyngaert).

CHAPITRE VI

Futur programme de travail

81. Comme cela a été annoncé précédemment²⁸³, le troisième rapport, à paraître en 2015, sera l'occasion de poursuivre la réflexion sur les deux éléments constitutifs de la coutume internationale («une pratique générale», «acceptée comme étant le droit») ainsi que les rapports qu'ils entretiennent l'un avec l'autre au vu de l'évolution des travaux sur le sujet en 2014. Il reviendra plus en détail sur certains aspects évoqués dans le présent rapport, en particulier le rôle de traités, des résolutions issues d'organisations internationales et de conférences internationales, et des organisations internationales en général. Le Rapporteur spécial envisagera également les notions d'«objecteur persistant», de droit international coutumier «spécial» ou «régional», et de «coutume bilatérale».

82. Comme cela a été rappelé dans le premier rapport, à ses première et deuxième sessions tenues en 1949 et en 1950, respectivement, la Commission du droit international, conformément à l'article 24 de son statut, a examiné le sujet intitulé «Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier²⁸⁴». Cet examen a débouché sur une série de recom-

mandations, adoptées par l'Assemblée générale qui sont d'actualité aujourd'hui encore²⁸⁵.

83. Ainsi qu'il est dit plus haut, l'éparpillement et le siège de la pratique (et de l'*opinio juris*) demeurent une importante question d'ordre pratique dans le monde d'aujourd'hui²⁸⁶. Aussi le Rapporteur spécial propose-t-il d'assortir le projet de conclusions d'indications quant aux sources à interroger et aux méthodes à suivre pour établir la pratique et son acceptation comme étant le droit. Il s'agirait de décrire les diverses sources constatant la pratique et l'*opinio juris*, notamment les recueils et autres publications des États mais aussi les ouvrages consacrés à la pratique dans tels ou tels domaines du droit international.

84. Le Rapporteur spécial envisage toujours de présenter notre rapport final en 2016, accompagné de projets de conclusion et de commentaires révisés à la lumière des débats et des décisions qui auront été prises en 2014 et 2015, même s'il convient avec certains membres de la Commission que c'est là un programme de travail ambitieux.

²⁸³ *Annuaire...* 2013, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663, par. 102.

²⁸⁴ *Ibid.*, par. 9.

²⁸⁵ Voir *ibid.*, document A/CN.4/659, par. 9 à 11 ; et *ibid.*, document A/CN.4/663, par. 9.

²⁸⁶ Voir, par exemple, Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 58 à 61 ; Corten, *Méthodologie du droit international public*, p. 149 à 178.

ANNEXE

Projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

Projet de conclusion 1. Portée

1. Les présents projets de conclusion intéressent la méthodologie à suivre pour déterminer l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier.

2. Les présents projets de conclusion sont sans préjudice de la méthodologie concernant d'autres sources du droit international et les questions relatives aux normes impératives de droit international (*jus cogens*).

Projet de conclusion 2. Emploi des termes

Aux fins des présents projets de conclusion :

a) l'expression « droit international coutumier » s'entend des règles de droit international qui découlent et sont l'expression d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;

b) l'expression « organisation internationale » s'entend de toute organisation intergouvernementale ;

c) ...

PARTIE II

DEUX ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

Projet de conclusion 3. Approche fondamentale

Pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier et son contenu, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit.

Projet de conclusion 4. Appréciation de la preuve

Pour apprécier si telle pratique générale est acceptée comme étant le droit, il faut tenir compte du contexte, notamment des circonstances de l'espèce.

PARTIE III

PRATIQUE GÉNÉRALE

Projet de conclusion 5. Rôle de la pratique

L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément du droit international coutumier signifie que c'est avant tout la pratique des États qui contribue à la création ou à l'expression de règles de droit international coutumier.

Projet de conclusion 6. Attribution de comportement

La pratique de l'État consiste dans le comportement qui lui est attribuable, dans l'exercice d'une fonction exécutive, législative, judiciaire ou autre.

Projet de conclusion 7. Formes de pratique

1. La pratique peut prendre diverses formes et résulte d'actes matériels et verbaux.

2. La pratique se manifeste notamment dans le comportement des États « sur le terrain », l'action et la correspondance diplomatiques, les actes législatifs, la jurisprudence interne, les publications officielles dans le domaine du droit international, les déclarations faites au nom d'États concernant telle ou telle entreprise de codification, la pratique en matière de traités et les actes résultant de résolutions adoptées par des organes d'organisations ou de conférences internationales.

3. L'inaction peut aussi valoir pratique.

4. Les actes (y compris l'inaction) des organisations internationales peuvent également valoir pratique.

Projet de conclusion 8. Appréciation de la preuve de la pratique

1. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.

2. Il convient d'envisager l'ensemble de la pratique connue de l'État. On accordera moins de poids à la pratique des organes de l'État dès lors qu'ils ne parlent pas d'une même voix.

Projet de conclusion 9. La pratique doit être générale et constante

1. Pour concourir à constituer une règle de droit international coutumier, la pratique correspondante doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, sans être forcément universelle.

2. La pratique doit être généralement constante.

3. Il n'est prescrit aucune durée précise, pour autant que la pratique soit suffisamment générale et constante.

4. Pour déterminer l'existence d'une pratique, on prendra dûment en considération la pratique des États particulièrement intéressés.

PARTIE IV

« ACCEPTÉE COMME ÉTANT LE DROIT »

Projet de conclusion 10. Rôle de l'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit

1. La condition que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, signifie que la pratique en question s'accompagne d'un sentiment d'obligation juridique.

2. Distingue la règle de droit international coutumier de la simple habitude ou du simple usage le fait d'être acceptée comme étant le droit.

*Projet de conclusion 11. Preuve de l'acceptation
comme étant le droit*

1. La preuve de l'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit peut revêtir diverses formes, celles-ci pouvant varier selon la nature de la règle et les circonstances de son application.

2. Les formes de preuves comprennent, sans s'y limiter, les déclarations par lesquelles l'État affirme ce qui est ou n'est pas la règle de droit international coutumier, la

correspondance diplomatique, la jurisprudence des juridictions internes, les avis des conseillers juridiques de gouvernements, les publications officielles dans les domaines du droit international, la pratique conventionnelle et les décisions touchant les résolutions des organes d'organisations internationales et de conférences internationales.

3. L'inaction peut également valoir preuve d'acceptation comme étant le droit.

4. Le fait qu'un acte (positif ou négatif) accompli par tel État établisse l'existence d'une pratique aux fins de la détermination d'une règle de droit international coutumier n'empêche pas le même acte de prouver que la pratique en question est acceptée comme étant le droit.