Chapitre V

DÉTERMINATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

A. Introduction

50. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » à son programme de travail et a nommé Sir Michael Wood Rapporteur spécial pour le sujet[239]. À la même session, la Commission était saisie d'une note du Rapporteur spécial[240]. À la même session également, la Commission a prié le Secrétariat de préparer une étude recensant les éléments des travaux antérieurs de la Commission qui pourraient être particulièrement utiles pour ce sujet[241].

51. À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial, ainsi que le mémorandum du Secrétariat sur le sujet[242]. À la même session, elle a décidé de renommer le sujet comme suit : « Détermination du droit international coutumier ».

52. À sa soixante-sixième session (2014), la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial[243] et a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 1 à 11, figurant dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial. La Commission a ensuite examiné le rapport intérimaire du Comité de rédaction sur la « Détermination du droit international coutumier », contenant les huit projets de conclusion adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction à la soixante-sixième session.

53. À sa soixante-septième session (2015), la Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial[244] et a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusion figurant dans ce rapport. La Commission a ensuite pris note des projets de conclusions 1 à 16 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction aux soixante-sixième et soixante-septième sessions[245]. La Commission a également prié le Secrétariat de préparer une étude sur le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et des tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier[246].

B. Examen du sujet à la présente session

54. À la présente session, la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/695 et Add.1), contenant une bibliographie sur le sujet. Le quatrième rapport présentait les propositions formulées par les États et d'autres à propos des projets de conclusion provisoirement adoptés ainsi que les modifications qu'il était proposé d'apporter à plusieurs projets de conclusion à la lumière des observations reçues. Il traitait également des moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, en faisant l'historique des travaux antérieurs de la Commission, qui étaient susceptibles de servir de base à l'examen de la question par la Commission dans le cadre du sujet. En outre, la Commission était saisie d'une étude du Secrétariat concernant le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier (A/CN.4/691).

55. La Commission a examiné le quatrième rapport du Rapporteur spécial, ainsi que l'étude du Secrétariat, de sa 3301e à sa 3303e séance, du 19 au 24 mai 2016. À sa 3303e séance, le 24 mai 2016, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les propositions de modification des projets de conclusion figurant dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial[247].

56. À sa 3303e séance, le 24 mai 2016, la Commission a prié le Secrétariat d'élaborer une étude sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, dans laquelle il ferait le point sur l'état actuel de la documentation relative au droit international coutumier et formulerait des propositions d'amélioration.

---

[239] À sa 3132e séance, le 22 mai 2012 [voir *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 70, par. 157]. L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 67/92 du 14 décembre 2012, a noté avec satisfaction la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. Le sujet avait été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à sa soixante-troisième session (2011), sur la base de la proposition reproduite à l'annexe I de son rapport sur les travaux de cette session [*Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 180, par. 365 à 367 ; et ibid., annexe I, p. 189 et suiv.].

[240] *Annuaire… 2012*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/653. Voir aussi ibid., vol. II (2e partie), p. 70 et suiv., par. 157 à 202.

[241] *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 70, par. 159.

[242] *Annuaire… 2013*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/663 (premier rapport) ; et ibid., document A/CN.4/659 (mémorandum du Secrétariat). Voir aussi *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 69, par. 64.

[243] *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/672. Voir aussi ibid., vol. II (2e partie), p. 157, par. 135.

[244] *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/682.

[245] Ibid., vol. II (2e partie), p. 29, par. 60. Le texte des projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction figure dans le document A/CN.4/L.869 (disponible sur le site Web de la Commission, documents de la soixante-septième session).

[246] *Annuaire… 2015*, vol. II (2e partie), p. 29, par. 61.

[247] A/CN.4/695 et Add.1, annexe I [Modifications qu'il est proposé d'apporter au projet de conclusion 3 (Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments), au projet de conclusion 4 (Exigence d'une pratique), au projet de conclusion 6 (Formes de pratique), au projet de conclusion 9 (Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit [*opinio juris*]) et au projet de conclusion 12 (Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales)].

57. La Commission a examiné et adopté le rapport du Comité de rédaction sur les projets de conclusions 1 à 16 (A/CN.4/L.872) à sa 3309e séance, le 2 juin 2016. Elle a en conséquence adopté en première lecture un ensemble de 16 projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier (voir *infra* la section C.1).

58. À sa 3291e séance, le 2 mai 2016, la Commission a décidé de constituer un groupe de travail à composition non limitée, sous la présidence de M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, en vue d'aider le Rapporteur spécial à élaborer les projets de commentaire des projets de conclusion qui seraient soumis à l'adoption de la Commission. Le Groupe de travail a tenu cinq réunions entre le 3 et le 11 mai 2016.

59. À ses 3338e à 3340e séances, les 5 et 8 août 2016, la Commission a adopté les commentaires des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier (voir *infra* la section C.2).

60. À sa 3340e séance, le 8 août 2016, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son statut, de transmettre les projets de conclusion (section C *infra*), par l'entremise du Secrétaire général, aux gouvernements pour commentaires et observations, en demandant que ces commentaires et observations soient soumis au Secrétaire général le 1er janvier 2018 au plus tard.

61. À sa 3340e séance, le 8 août 2016, la Commission a exprimé sa profonde gratitude au Rapporteur spécial, Sir Michael Wood, pour son excellente contribution aux travaux sur le sujet, qui lui avait permis de mener à bien sa première lecture des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier.

C. Texte des projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier adoptés par la Commission en première lecture

1. Texte des projets de conclusion

62. Le texte des projets de conclusion adoptés en première lecture par la Commission est reproduit ci-après.

DÉTERMINATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

Première partie

INTRODUCTION

Conclusion 1. Portée

Les présents projets de conclusion concernent la manière dont l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier doivent être déterminés.

Deuxième partie

APPROCHE FONDAMENTALE

Conclusion 2. Deux éléments constitutifs

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

Conclusion 3. Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs

1. Dans l'appréciation des moyens permettant d'établir l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle, et des circonstances propres à chacun de ces moyens.

2. Chacun des deux éléments constitutifs doit être établi séparément. Cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence.

Troisième partie

PRATIQUE GÉNÉRALE

Conclusion 4. Exigence d'une pratique

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

2. Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.

3. La conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2.

Conclusion 5. Comportement de l'État en tant que pratique de l'État

La pratique de l'État consiste dans le comportement de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre.

Conclusion 6. Formes de pratique

1. La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle comprend des actes matériels et verbaux. Elle peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction.

2. Les formes de pratique étatique comprennent, sans y être limitées : les actes et la correspondance diplomatiques ; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ; la conduite relative aux traités ; la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle « sur le terrain » ; les actes législatifs et administratifs ; et les décisions des juridictions internes.

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

Conclusion 7. Appréciation de la pratique d'un État

1. Il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de l'État, laquelle doit être appréciée dans son ensemble.

2. Lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit.

Conclusion 8. La pratique doit être générale

1. La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante.

2. Il n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale.

Quatrième partie

ACCEPTÉE COMME ÉTANT LE DROIT (*OPINIO JURIS*)

Conclusion 9. Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)

1. La condition, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, que la pratique générale soit acceptée comme

étant le droit (*opinio juris*) signifie que la pratique en question doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit.

2. Une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) doit être distinguée du simple usage ou de la simple habitude.

Conclusion 10. Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)

1. La preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut revêtir une large variété de formes.

2. Les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États ; les publications officielles ; les avis juridiques gouvernementaux ; la correspondance diplomatique ; les décisions des juridictions nationales ; les dispositions de traités ; ainsi que la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale.

3. L'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction.

CINQUIÈME PARTIE

PORTÉE DE CERTAINS MOYENS DE DÉTERMINATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

Conclusion 11. Traités

1. Une règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la règle conventionnelle :

***a*) a codifié une règle de droit international coutumier existante à la date de la conclusion du traité ;**

***b*) a abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier qui avait commencé à émerger avant la conclusion du traité ; ou**

***c*) a servi de point de départ à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), engendrant ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier.**

2. Le fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités peut signifier, sans toutefois que cela soit nécessairement le cas, que la règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier.

Conclusion 12. Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales

1. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ne peut pas, en elle-même, créer une règle de droit international coutumier.

2. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut fournir un élément de preuve pour établir l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement.

3. Une disposition d'une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que cette disposition correspond à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Conclusion 13. Décisions de juridictions

1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier constituent un moyen auxiliaire de détermination desdites règles.

2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, à titre de moyen auxiliaire de détermination de telles règles.

Conclusion 14. Doctrine

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier.

SIXIÈME PARTIE

OBJECTEUR PERSISTANT

Conclusion 15. Objecteur persistant

1. Lorsqu'un État a objecté à une règle de droit international coutumier lorsqu'elle était en voie de formation, cette règle n'est pas opposable audit État aussi longtemps qu'il maintient son objection.

2. L'objection doit être exprimée clairement, être communiquée aux autres États et être maintenue de manière persistante.

SEPTIÈME PARTIE

DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER PARTICULIER

Conclusion 16. Droit international coutumier particulier

1. Une règle de droit international coutumier particulier, qu'elle soit régionale, locale ou autre, est une règle de droit international coutumier qui ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États.

2. Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier particulier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale entre les États concernés qui est acceptée par eux comme étant le droit (*opinio juris*).

2. TEXTE DES PROJETS DE CONCLUSION ET DES COMMENTAIRES Y RELATIFS

63. Le texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs adoptés en première lecture par la Commission à sa soixante-huitième session est reproduit ci-après.

DÉTERMINATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

Commentaire général

1) Les présents projets de conclusion concernent le mode de détermination des règles du droit international coutumier[248]. Ils visent à indiquer la voie à suivre pour déterminer l'existence (ou l'inexistence) de règles de droit international coutumier et leur contenu. Cette question n'intéresse pas seulement les spécialistes du droit international public ; d'autres praticiens, y compris ceux qui collaborent avec les juridictions nationales, sont de plus en plus appelés à appliquer le droit international coutumier ou consultés à ce sujet. Cette tâche requiert une méthode structurée et fiable d'analyse juridique et d'évaluation pour faire en sorte que toute règle de droit international coutumier soit dûment déterminée, afin de renforcer la crédibilité de cette détermination.

[248] Comme il se doit pour les travaux de la Commission, les projets de conclusion doivent être lus conjointement avec les commentaires.

2) Le droit international coutumier reste une source importante du droit international public[249]. Dans l'ordre juridique international, ce droit non écrit, issu d'une pratique acceptée comme étant le droit, peut être pour les sujets de droit international un moyen efficace de réguler leur comportement, et il est d'ailleurs souvent invoqué par les États, entre autres. Le droit international coutumier fait en outre partie des sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice qui vise, en son alinéa *b*, « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit[250] ». Ce libellé fait ressortir les deux éléments constitutifs du droit international coutumier : une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (ou *opinio juris*).

3) La détermination du droit international coutumier est un sujet sur lequel il existe une abondante documentation, y compris des décisions de jurisprudence et des travaux de doctrine[251]. Les projets de conclusion rendent compte de la démarche adoptée par les États, ainsi que par les juridictions internationales et au sein des organisations internationales. Partant du constat que le processus de détermination du droit international coutumier ne se prête pas toujours à des formulations précises, ils visent à indiquer la voie à suivre sans être excessivement prescriptifs.

4) Les 16 projets de conclusion énoncés ci-après se répartissent en sept parties. La première partie est consacrée à la portée et à l'objet. La deuxième partie décrit l'approche fondamentale de la détermination du droit international coutumier, celle des « deux éléments ». Les troisième et quatrième parties donnent plus d'indications sur les deux éléments constitutifs du droit international coutumier, qui servent également de critères de détermination, « une pratique générale » et « l'acceptation comme étant le droit » (*opinio juris*). La cinquième partie traite de certaines catégories d'éléments qui sont fréquemment invoqués pour la détermination de règles de droit international coutumier. Les sixième et septième parties sont consacrées à deux situations exceptionnelles : l'objecteur persistant et le droit international coutumier particulier (entendu comme certaines règles de droit international coutumier qui ne s'appliquent qu'entre un nombre limité d'États).

[249] Certains domaines importants du droit international sont encore régis essentiellement par le droit international coutumier, lorsqu'il n'existe que peu, ou pas, de traités applicables. Même lorsqu'un traité est en vigueur, les règles du droit international coutumier continuent de régir les questions non visées par celui-ci et les relations avec et entre les États non parties. En outre, les traités peuvent renvoyer aux règles du droit international coutumier ; et ces règles peuvent être prises en considération pour l'interprétation des traités conformément à l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969). Il peut en outre être nécessaire, parfois, de déterminer le droit applicable à l'époque où certains faits se sont produits (« le droit intertemporel »), ce qui peut être le droit international coutumier même si un traité est désormais en vigueur. Une règle de droit international coutumier peut subsister et rester applicable, séparément d'un traité, même si les deux ont le même contenu et même entre les parties au traité [voir *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 93 à 96, par. 174 à 179 ; et *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2015*, p. 3, aux pages 47 et 48, par. 88].

[250] Ce libellé a été proposé par le Comité consultatif de juristes, institué par la Société des Nations en 1920 pour élaborer un projet de statut de la Cour permanente de Justice internationale ; il a été conservé, sans changement, dans le Statut de la Cour internationale de Justice en 1945. Si ce libellé a été critiqué en raison de son imprécision, il est néanmoins considéré comme exprimant de façon synthétique l'essence du droit international coutumier.

[251] Pour une bibliographie relative au droit international coutumier, notamment des ouvrages correspondant à des thèmes traités dans certains des projets de conclusion, ou ayant trait au rôle du droit international coutumier dans différents domaines, voir le quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/695 et Add.1), annexe II.

Première partie

INTRODUCTION

La première partie, qui ne comporte qu'un seul projet de conclusion, définit la portée des projets de conclusion, en donnant un aperçu de leur fonction et de leur objet.

Conclusion 1. Portée

Les présents projets de conclusion concernent la manière dont l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier doivent être déterminés.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 1 a un caractère introductif. Il dispose que les projets de conclusion concernent la manière dont les règles de droit international coutumier doivent être déterminées, c'est-à-dire qu'il énonce la méthode juridique applicable pour entreprendre cet exercice.

2) L'expression « droit international coutumier » est employée dans tout le texte des projets de conclusion, car elle est couramment utilisée et traduit le plus clairement la nature de cette source du droit international. Parmi les autres termes que l'on trouve parfois dans des instruments juridiques (y compris des constitutions), dans la jurisprudence et dans la doctrine, on peut citer « coutume », « coutume internationale » et « droit coutumier international », ainsi que « droit des gens » et « droit international général »[252]. Parmi les « règles » de droit international coutumier, certaines sont parfois qualifiées de « principes » (de droit) en raison de leur caractère plus général et plus fondamental[253].

[252] Certains de ces termes peuvent être employés dans d'autres sens ; en particulier, l'expression « droit international général » est employée de diverses manières (sans que cela soit toujours clairement précisé), notamment pour désigner des règles de droit international d'application générale, qu'il s'agisse de droit conventionnel, de droit international coutumier ou de principes généraux du droit. Pour une analyse juridique de l'expression « droit international général », voir *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2015*, p. 665, opinion individuelle de la juge Donoghue (par. 2), opinion individuelle du juge ad hoc Dugard (par. 12 à 17).

[253] Voir *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 246, aux pages 288 à 290, par. 79 (« Quant à l'association des termes "règles" et "principes", il ne s'agit […] que d'une expression double pour énoncer la même idée, car dans ce contexte [de la détermination du droit international applicable] on entend manifestement par principes des principes de droit, donc aussi des règles du droit international pour lesquelles l'appellation de principes peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fondamental. ») ; et *Affaire du « Lotus »*, arrêt du 7 septembre 1927, *C.P.J.I. série A, n° 10*, p. 16 et 17 (« la Cour estime que le sens des mots "principes du droit international" ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale »).

3) Les termes *identify* et *determine* sont utilisés de manière interchangeable dans le texte anglais des projets de conclusion et des commentaires. L'idée de déterminer « l'existence et le contenu » des règles de droit international coutumier traduit le fait qu'il est souvent nécessaire de déterminer à la fois l'existence et le contenu d'une règle mais que, dans certains cas, alors que l'existence de la règle est admise, sa portée exacte est contestée. Tel peut être le cas, par exemple, s'il y a un désaccord sur le point de savoir si une formulation particulière (figurant généralement dans des textes de traités ou de résolutions) correspond en fait à une règle existante de droit international coutumier ou si la question se pose de savoir s'il existe des exceptions à une règle reconnue de droit international coutumier.

4) Les projets de conclusion portent sur la détermination des règles de droit international coutumier et ne traitent donc pas directement des processus d'élaboration du droit international coutumier dans le temps. Cela étant, dans la pratique, la détermination ne peut pas toujours être envisagée isolément de la formation ; la détermination de l'existence et du contenu d'une règle de droit international coutumier peut très bien nécessiter l'examen des processus par lesquels cette règle a vu le jour. Il est donc inévitable que les projets de conclusion renvoient parfois à la formation des règles, mais ils ne traitent pas systématiquement de la façon dont les règles apparaissent ni de quelle manière elles se modifient ou prennent fin.

5) Plusieurs autres questions sont extérieures au champ d'application des projets de conclusion. Tout d'abord, ceux-ci ne traitent pas du contenu du droit international coutumier ; ils ne visent que la question méthodologique du mode de détermination des règles de droit international coutumier[254]. Ensuite, les projets de conclusion ne tentent nullement d'expliquer les rapports existant entre le droit international coutumier et d'autres sources du droit international ; ils n'abordent cet aspect que dans la mesure où cela est nécessaire pour expliquer comment il convient de déterminer les règles de droit international coutumier, par exemple la pertinence des traités à cet égard. De plus, les projets de conclusion sont sans préjudice des questions de hiérarchie entre les règles du droit international, y compris celles concernant les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), ou des questions concernant le caractère *erga omnes* de certaines obligations. Enfin, les projets de conclusion ne portent pas sur le statut du droit international coutumier au sein des ordres juridiques nationaux.

Deuxième partie

APPROCHE FONDAMENTALE

La deuxième partie expose l'approche fondamentale de la détermination du droit international coutumier. Dans les deux projets de conclusion qu'elle comprend, il est précisé que la détermination d'une règle de droit international coutumier suppose que soit établie l'existence des deux éléments constitutifs : une pratique générale et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), ce qui exige une analyse minutieuse de la preuve de chaque élément.

Conclusion 2. Deux éléments constitutifs

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

Commentaire

1) Le projet de conclusion 2 expose l'approche fondamentale selon laquelle la détermination d'une règle de droit international coutumier suppose une recherche concernant deux questions distinctes, mais liées : celles de savoir, d'une part, s'il existe une pratique générale et, d'autre part, si cette pratique générale est acceptée comme étant le droit (c'est-à-dire assortie de l'*opinio juris*)[255]. En d'autres termes, il faut rechercher quels États agissent ainsi et tenter de comprendre s'ils considèrent qu'il y a une obligation ou un droit d'agir de cette façon. Cette méthodologie, « l'approche des deux éléments », qui sous-tend les projets de conclusion, est largement appuyée par les États, la jurisprudence et la doctrine. Elle permet de faire en sorte que l'exercice de détermination des règles de droit international coutumier ne serve à déterminer que les règles qui existent effectivement[256].

2) Une pratique générale et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*) sont les deux éléments constitutifs du droit international coutumier ; ensemble, elles sont les conditions indispensables à l'existence d'une règle de droit international coutumier. La détermination d'une telle règle exige donc un examen minutieux des éléments de preuve disponibles pour établir leur présence dans tel ou tel cas. Cela est notamment confirmé par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, laquelle vise « deux conditions [qui] doivent être remplies[257] » et a, de façon répétée, indiqué qu'« une "pratique effective" assortie d'une *opinio juris* est en particulier requise pour qu'existe une telle règle [de droit international coutumier][258] ». Établir le bien-fondé d'une affirmation concernant l'existence et/ou le contenu d'une règle de droit international coutumier

[254] À cet égard, il importe de noter que toute référence, dans les présents commentaires, à des décisions particulières de juridictions vise à illustrer la méthodologie et non le fond des décisions.

[255] L'expression latine a été conservée parallèlement à la formule « acceptation comme étant le droit » non seulement parce qu'elle est largement employée dans le discours juridique, ces termes étant notamment employés comme des synonymes dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, mais encore parce qu'elle caractérise mieux la nature particulière de cet élément subjectif qui constitue une conviction juridique plutôt qu'un consentement formel.

[256] Il ne suffit pas que les parties soient du même avis sur l'existence et le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle de droit international coutumier ; il faut s'assurer de l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit : *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* la note 249), aux pages 97 et 98, par. 184.

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

[258] *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 ; voir aussi, par exemple, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 13, aux pages 29 et 30, par. 27 ; et *Plateau continental de la mer du Nord* (note 257 *supra*), à la page 44, par. 77.

implique la recherche d'une pratique dont l'acceptation par les États est telle qu'elle peut être considérée comme l'expression d'une obligation juridique ou d'un droit (c'est-à-dire qu'elle est requise, autorisée ou interdite en droit)[259]. Le test doit toujours être le suivant : existe-t-il une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit ?

3) Lorsque l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ne peut être établie, il y a lieu de conclure que la prétendue règle de droit international coutumier n'existe pas. Dans l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, par exemple, la Cour internationale de Justice a considéré que les faits relatifs à l'existence prétendue d'une règle de droit international coutumier (particulier) révélaient

> tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances dans l'exercice de l'asile diplomatique et dans les vues officiellement exprimées à diverses occasions ; il y a eu un tel manque de consistance dans la succession rapide des textes conventionnels relatifs à l'asile, ratifiés par certains États et rejetés par d'autres, et la pratique a été influencée à tel point par des considérations d'opportunité politique dans les divers cas, qu'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 de la qualification unilatérale et définitive du délit[260].

4) Comme l'indique clairement le projet de conclusion 2, la présence d'un seul élément constitutif ne suffit pas pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier. La pratique, même répandue et constante, qui n'est pas acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) ne peut être qu'un usage non contraignant, tandis qu'une croyance que quelque chose est (ou devrait être) le droit n'est qu'une simple aspiration si elle n'est pas étayée par la pratique ; ce sont les deux éléments qui, ensemble, établissent l'existence d'une règle de droit international coutumier[261]. Si, de temps à autre, des auteurs ont tenté de concevoir d'autres approches pour la détermination du droit international coutumier, en privilégiant un élément constitutif par rapport à l'autre, voire en excluant totalement un élément, de telles théories ne sont pas appuyées par les États ni étayées par la jurisprudence.

5) L'approche des deux éléments est souvent qualifiée d'« inductive », par opposition à d'éventuelles approches « déductives » suivant lesquelles les règles peuvent être établies par un raisonnement juridique plutôt que par la preuve empirique d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). L'approche des deux éléments n'exclut pas, en fait, tout élément déductif, en particulier lorsque l'on envisage d'éventuelles règles de droit international coutumier qui entrent en jeu dans le contexte de règles formulées en termes plus généraux qui elles-mêmes découlent et sont l'expression d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*)[262], ou lorsque l'on conclut que d'éventuelles règles de droit international font partie d'un « tout indivisible[263] ».

6) L'approche des deux éléments s'applique à la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international coutumier dans tous les domaines du droit international. Cela est confirmé par la pratique des États et la jurisprudence, et est conforme à l'unité et à la cohérence du droit international, qui constitue un système juridique unique que l'on ne saurait diviser en branches distinctes dont chacune aurait sa propre approche à l'égard des sources[264]. Si, concrètement, il est possible que l'application de l'approche fondamentale tienne compte des circonstances et du contexte particuliers dans lesquels une règle supposée est apparue et doit être appliquée[265], la nature fondamentale du droit international coutumier en tant que pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*) doit toujours être respectée.

Conclusion 3. Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs

1. Dans l'appréciation des moyens permettant d'établir l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle, et des circonstances propres à chacun de ces moyens.

2. Chacun des deux éléments constitutifs doit être établi séparément. Cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence.

---

[259] Par exemple, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, une étude approfondie de la pratique des États sous la forme de lois nationales, de décisions judiciaires et de demandes et autres déclarations officielles, assorties de façon avérée d'une *opinio juris*, a permis de déterminer la portée de l'immunité de l'État en droit international coutumier [*Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra* la note 258), aux pages 122 à 139, par. 55 à 91].

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

[261] Dans l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien*, par exemple, la Cour internationale de Justice a estimé que rien n'indiquait que la pratique récurrente du passage des forces armées et de la police armée portugaises entre Damao et les enclaves portugaises en Inde, ou entre les enclaves elles-mêmes à travers le territoire indien, avait été autorisée ou exercée à titre de droit. La Cour a expliqué « qu'eu égard aux circonstances spéciales de l'espèce l'exigence d'une autorisation préalable au passage est la négation même de l'exercice du passage à titre de droit. La pratique suppose que le souverain territorial avait le pouvoir discrétionnaire de retirer ou de refuser son autorisation. Il est allégué que cette autorisation était toujours accordée mais, de l'avis de la Cour, cela ne saurait affecter la situation juridique. Rien dans le dossier n'indique que les Britanniques ou les Indiens aient été obligés d'accorder leur autorisation. » (*Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, aux pages 42 et 43). Dans son avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a considéré que « [l]'apparition, en tant que *lex lata*, d'une règle coutumière prohibant spécifiquement l'emploi des armes nucléaires en tant que telles se heurte aux tensions qui subsistent entre, d'une part, une *opinio juris* naissante et, d'autre part, une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion. » (*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. 73). Voir aussi *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, affaire nº SCSL-2004-14-AR72(E), décision du 31 mai 2004 concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (recrutement d'enfants), Tribunal spécial pour la Sierra Leone, par. 17.

[262] Telle est apparemment l'approche suivie dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 14, aux pages 55 et 56, par. 101.

[263] *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 624, à la page 674, par. 139.

[264] Voir les conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 186, par. 251 1).

[265] Voir *infra* le projet de conclusion 3.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 3 concerne l'appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs du droit international coutumier[266]. Les deux paragraphes du projet de conclusion contiennent des orientations générales pour la détermination de l'existence (ou de l'absence) et du contenu d'une règle de droit international coutumier à partir des différents éléments de preuve disponibles au moment de l'appréciation, orientations qui reflètent à la fois l'analyse rigoureuse requise et la nature dynamique du droit international coutumier en tant que source de droit international.

2) Le paragraphe 1 énonce un principe général qui sous-tend l'ensemble du projet de conclusions, à savoir que l'appréciation de tous les éléments de preuve disponibles doit être minutieuse et contextualisée. La question de l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*) doit être étudiée soigneusement dans chaque cas, à la lumière des circonstances pertinentes[267]. Pareille analyse non seulement renforce la crédibilité de chaque décision particulière mais permet aussi d'appliquer l'approche des deux éléments, avec la souplesse nécessaire, à tous les domaines du droit international.

3) La condition selon laquelle il faut tenir compte du contexte général reflète la nécessité d'appliquer l'approche des deux éléments tout en tenant compte de la matière que la règle est réputée réglementer. Cela signifie que, dans chaque cas, les principes du droit international qui pourraient être applicables en la matière devraient être pris en considération[268]. En outre, le type d'éléments de preuve consultés (et l'examen de leur existence ou inexistence) doit être adapté à la situation, et certaines formes de pratique et de preuves de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peuvent se révéler particulièrement importantes, compte tenu du contexte. Par exemple, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice a considéré ce qui suit :

> Dans le cas d'espèce, une pratique étatique particulièrement importante se dégage de la jurisprudence des tribunaux internes qui ont été amenés à se prononcer sur l'immunité d'un État étranger, des lois adoptées par ceux des États qui ont légiféré en la matière, de l'invocation de l'immunité par certains États devant des tribunaux étrangers, ainsi que des déclarations faites par les États à l'occasion de l'examen approfondi de cette question par la Commission du droit international puis de l'adoption de la convention des Nations Unies. Dans ce contexte, l'*opinio juris* est reflétée notamment par l'affirmation, de la part des États qui invoquent l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'autres États, qu'ils sont, en vertu du droit international, fondés à en bénéficier ; par la reconnaissance, de la part des États qui accordent cette immunité, qu'il s'agit d'une obligation que leur impose le droit international ; et, inversement, par l'affirmation par des États, dans d'autres affaires, de leur droit d'exercer leur juridiction à l'égard d'États étrangers[269].

4) La nature de la règle en question peut aussi être importante dans l'appréciation des éléments de preuve en vue de déterminer s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*). En particulier, lorsqu'il s'agit de règles prohibitives (comme l'interdiction de la torture), il peut parfois être difficile de trouver une pratique étatique positive (par opposition à l'inaction) ; dans les affaires portant sur de telles règles, il s'agit la plupart du temps d'évaluer si la pratique (à savoir l'inaction délibérée) est acceptée comme étant le droit[270].

5) Étant donné qu'un comportement peut présenter de multiples ambiguïtés, le paragraphe 1 indique en outre qu'il faut tenir compte des circonstances propres à chacun des moyens ; ce n'est qu'alors que toute l'importance voulue peut leur être accordée. Dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, par exemple, la Cour internationale de Justice, cherchant à déterminer l'existence d'une règle (particulière) de droit international coutumier, a déclaré ce qui suit :

> 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 qui démontre qu'à tout moment la France et les États-Unis cherchaient une solution fondée sur un accord réciproque et que ni l'une ni l'autre des Parties n'envisageait l'abandon de sa position juridique[271].

---

[266] Le terme « moyens » est employé ici dans un sens général qui renvoie à tous les éléments qui pourraient être pris en considération pour la détermination du droit international coutumier, et non dans le sens technique que lui accordent certains tribunaux ou systèmes juridiques.

[267] Voir aussi *Plateau continental de la mer du Nord* (note 257 *supra*), opinion dissidente du juge Tanaka, à la page 175 : « 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. On ne peut pas mesurer selon des critères mathématiques et uniformes la répétition, le nombre d'exemples de la pratique des États ou la durée nécessaires à la formation d'un droit coutumier. Chaque fait doit être apprécié en fonction des circonstances particulières. »

[268] Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice a estimé que la règle coutumière de l'immunité de l'État procédait du principe de l'égalité souveraine des États, et, dans ce contexte, devait être considérée conjointement avec celui en vertu duquel chaque État détient la souveraineté sur son propre territoire, souveraineté dont découle pour lui un pouvoir de juridiction à l'égard des faits qui se produisent sur son sol et des personnes qui y sont présentes [*Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra* la note 258), aux pages 123 et 124, par. 57]. Voir aussi *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (note 252 *supra*), opinion individuelle de la juge Donoghue (par. 3 à 10).

[269] *Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra* la note 258), à la page 123, par. 55. Dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, où s'est posée la question de savoir si la pratique, établie de longue date, de la pêche à des fins de subsistance (reconnue par les deux parties à l'affaire) avait évolué pour devenir une règle (particulière) de droit international coutumier, la Cour internationale de Justice a fait observer « qu'il ne faut pas s'attendre qu'une telle pratique, par sa nature même, et tout particulièrement au vu de l'isolement de la région, ainsi que de la faible densité et du caractère clairsemé de sa population, soit consignée de manière formelle dans un quelconque compte rendu officiel. De l'avis de la Cour, le fait que le Nicaragua n'ait pas nié l'existence d'un droit découlant de cette pratique, qui s'était poursuivie sans être entravée ni remise en question durant une très longue période, est particulièrement révélateur » [*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 213, aux pages 265 et 266, par. 141]. La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a noté qu'il était difficile d'observer la pratique des États sur le champ de bataille : *Le Procureur c. Duško Tadić alias « Dule »*, affaire nº IT-94-1-AR72, arrêt du 2 octobre 1995 relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *Recueils judiciaires 1994-1995*, vol. I, p. 352 et suiv., à la page 140, par. 99.

[270] Sur l'inaction comme forme de pratique, voir le projet de conclusion 6 et le commentaire y relatif, par. 3.

[271] *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 200.

Lors de l'examen de la législation en tant que pratique, la manière dont le texte a été interprété et appliqué peut parfois être plus importante que son contenu même. Les décisions des juridictions nationales auront moins d'influence si elles sont invalidées par le législateur ou demeurent inappliquées en raison de problèmes de compatibilité avec le droit international. Les déclarations impromptues ou impulsives compteront généralement moins que celles qui sont mûrement réfléchies, et celles faites par des subalternes peuvent avoir moins de poids que celles de hauts responsables du Gouvernement. L'importance à accorder au fait qu'un État s'abstient de protester dépendra de toutes les circonstances, mais elle peut être particulièrement déterminante lorsque des mesures concrètes dont cet État a connaissance et qui ont des incidences négatives immédiates sur ses intérêts ont été prises. Et lorsque la pratique d'un État va à l'encontre de ses intérêts manifestes ou engendre pour lui des coûts importants, elle est davantage susceptible de refléter une acceptation comme étant le droit.

6) Le paragraphe 2 dispose que, pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier, l'existence de chacun des deux éléments constitutifs doit être établie, et précise que cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence. En d'autres termes, la pratique et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) pris ensemble donnent les informations nécessaires à la détermination du droit international coutumier, mais deux examens distincts doivent être effectués. Même si les éléments constitutifs peuvent être indissolublement liés (dans le sens où la pratique peut être assortie d'une certaine motivation), chacun d'eux est une notion autonome aux fins de la détermination d'une règle de droit international coutumier.

7) Bien que le droit international coutumier se manifeste par un comportement assorti d'une *opinio juris*, les actes constituant la pratique pertinente ne sont pas en eux-mêmes une preuve de l'acceptation comme étant le droit. En outre, l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) doit être recherchée non seulement chez ceux qui prennent part à la pratique mais aussi chez ceux qui sont en mesure d'y réagir. Aucune conclusion simple concernant l'acceptation comme étant le droit ne peut donc se déduire de la pratique en question ; la Cour internationale de Justice a ainsi déclaré que « le fait d'avoir agi ou de s'être engagé à agir d'une certaine façon ne prouve rien sur le plan juridique[272] ».

8) Le paragraphe 2 souligne que l'existence d'un élément ne peut pas être déduite de la seule existence de l'autre et qu'un examen distinct doit être effectué pour chaque élément. Néanmoins, il n'exclut pas que le même matériau puisse être utilisé pour établir une pratique et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). Une décision d'une juridiction nationale, par exemple, pourrait constituer une pratique pertinente et indiquer que ses effets sont nécessaires en vertu du droit international coutumier. Le point important reste cependant que les éléments doivent faire l'objet de deux examens distincts, l'un pour établir la pratique, l'autre pour s'assurer de son acceptation comme étant le droit.

9) Même si, pour déterminer une règle de droit international coutumier, l'existence d'une pratique générale est souvent le premier facteur à prendre en considération, et que ce n'est qu'ensuite qu'un examen est entrepris pour déterminer si cette pratique générale est acceptée comme étant le droit, il n'est pas obligatoire de respecter cet ordre. La détermination d'une règle de droit international coutumier peut aussi consister à évaluer d'abord un texte écrit ou une déclaration qui exprimerait une certaine conviction juridique, puis à chercher à vérifier l'existence d'une pratique générale correspondant à celle-ci.

Troisième partie

PRATIQUE GÉNÉRALE

Comme cela est indiqué dans le projet de conclusion 2, il est nécessaire, pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier, d'établir à la fois l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). La troisième partie contient des directives plus détaillées sur le premier de ces deux éléments constitutifs du droit international coutumier, « une pratique générale ». Également appelé élément « matériel » ou « objectif »[273], celui-ci vise les comportements (accompagnés de leur acceptation comme étant le droit) qui contribuent à la formation ou à l'expression du droit international coutumier. Un certain nombre de facteurs doivent être pris en considération pour déterminer si une pratique générale existe bel et bien.

Conclusion 4. Exigence d'une pratique

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

2. Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.

3. La conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2.

---

[272] *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), à la page 44, par. 76. Dans l'*Affaire du « Lotus »*, la Cour permanente de Justice internationale a de même considéré ce qui suit : « Même si la rareté des décisions judiciaires que l'on peut trouver dans les recueils de jurisprudence était une preuve suffisante du fait invoqué […], il en résulterait simplement que les États se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire ; or, c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. Le fait allégué ne permet pas de conclure que les États aient été conscients de pareil devoir » [*Affaire du « Lotus »* (voir *supra* la note 253), à la page 28]. Voir aussi *infra* le projet de conclusion 10, par. 2.

[273] Parfois également appelé *usus* (usage), ce qui risque de prêter à confusion avec l'expression « du simple usage ou de la simple habitude », qui est à distinguer du droit international coutumier : voir *infra* le projet de conclusion 9, par. 2.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 4 précise quelle est la pratique à prendre en considération pour déterminer l'existence d'une règle du droit international coutumier et le rôle de cette pratique.

2) Le paragraphe 1 indique clairement que c'est avant tout la pratique des États qui doit être recherchée pour déterminer l'existence et le contenu des règles du droit international coutumier ; l'élément matériel de ce droit est en effet souvent appelé « pratique des États »[274]. Le mot « principalement » met en évidence la primauté des États en tant que sujets de droit international disposant d'une compétence générale, et souligne le rôle prédominant de leur conduite dans la formation et la détermination du droit international coutumier. La Cour internationale de Justice, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, a considéré que pour « identifier les règles du droit international coutumier applicables au présent différend […], elle [devait] examiner la pratique et l'*opinio juris* des États[275] ». Dans le même temps, le mot « principalement » indique que ce n'est pas exclusivement la pratique des États qui est pertinente et oriente le lecteur vers le paragraphe 2.

3) Le paragraphe 2 a trait à la pratique des organisations internationales et précise que, « dans certains cas », cette pratique contribue également à la détermination des règles du droit international coutumier. Dans les projets de conclusion et les commentaires, les références à la pratique des États devraient donc être lues comme renvoyant aussi, lorsque cela est pertinent, à la pratique des organisations internationales. Le paragraphe traite de la pratique attribuée aux organisations internationales elles-mêmes, et non de celle de leurs États membres agissant dans le cadre de celles-ci (qui est attribuée aux États en question)[276]. Le terme « organisations internationales » renvoie, aux fins des projets de conclusion et des commentaires, aux organisations qui ont été instituées par des instruments régis par le droit international, en général des traités, et qui sont aussi dotées d'une personnalité juridique internationale propre. Il ne vise pas les organisations non gouvernementales.

4) Les organisations internationales ne sont pas des États[277]. Ce sont des entités créées et habilitées par des États (ou par des États et/ou des organisations internationales) dans le but d'exercer certaines fonctions et dont, à cette fin, la personnalité juridique internationale a été reconnue, c'est-à-dire qu'elles peuvent avoir leurs propres droits et obligations au regard du droit international. Leur pratique dans les relations internationales peut aussi être tenue pour une pratique qui, lorsqu'elle s'accompagne de l'acceptation de ces relations comme étant le droit (*opinio juris*), donne lieu à des règles du droit international coutumier ou atteste de leur existence dans les domaines dans lesquels elles opèrent[278], mais uniquement dans certains cas, comme décrit ci-après[279].

5) Sans nul doute, la pratique visée au paragraphe 2 se manifeste lorsque des États membres ont transféré des compétences exclusives à l'organisation internationale afin que celle-ci exerce certaines prérogatives de puissance publique de ses États membres, de sorte que la pratique de l'organisation peut être assimilée à la pratique de ces États. C'est le cas pour certaines compétences de l'Union européenne.

6) La pratique visée au paragraphe 2 peut également se manifester dans certains cas où les États membres ont transféré à l'organisation internationale non pas des compétences exclusives, mais des pouvoirs fonctionnellement équivalents à ceux qu'ils exercent. La pratique des secrétariats d'organisations internationales dans leur fonction de dépositaires de traités, lorsqu'ils déploient des forces militaires (par exemple, dans le cadre d'opérations de maintien de la paix) ou qu'ils prennent position sur l'étendue des privilèges et immunités de l'organisation et de ses fonctionnaires, pourrait contribuer à la formation ou à l'expression de règles du droit international coutumier dans ces domaines. Il est peu probable que les actes des organisations internationales qui ne sont pas fonctionnellement équivalents aux actes des États constituent une pratique pertinente.

7) La pratique des organisations internationales peut être particulièrement pertinente s'agissant des règles du droit international coutumier qui les concernent spécifiquement, telles que celles se rapportant à leur responsabilité internationale ou relatives à des traités auxquels elles sont parties.

8) Dans le même temps, la pertinence et l'importance d'une telle pratique doivent être appréciées avec prudence. Les organisations internationales sont très diverses, non seulement quant à leurs pouvoirs, mais aussi quant à leur composition et à leurs fonctions. En règle générale, plus une pratique d'une organisation internationale est menée directement au nom de ses États membres ou approuvée

---

[274] La pratique des États remplit d'autres fonctions importantes en droit international public, notamment en ce qui concerne l'interprétation des traités (voir le chapitre VI du présent rapport sur « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités »).

[275] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* la note 249), à la page 97, par. 183. Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour a confirmé que c'est de « la pratique des États [que] découle le droit international coutumier » [*Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra* la note 258), à la page 143, par. 101].

[276] Voir aussi *infra* les projets de conclusions 6, 10 et 12, qui traitent notamment de la pratique des États (et de son acceptation comme étant le droit) au sein des organisations internationales.

[277] Voir aussi le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adopté par la Commission en 2011, commentaire général, par. 7 : « Les organisations internationales sont tout à fait différentes des États, et sont elles-mêmes très diverses. Au rebours des États, elles ne disposent pas d'une compétence générale et elles ont été établies pour exercer des fonctions spécifiques (“principe de spécialité”). Il existe des différences considérables entre les organisations internationales au regard de leurs pouvoirs et fonctions, du nombre de leurs membres, des relations entre l'organisation et ses membres, des procédures de délibération, de leur structure et de leurs moyens matériels, ainsi que s'agissant des règles primaires, y compris les obligations conventionnelles, auxquelles elles sont tenues. » [*Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 45].

[278] La pratique qui est extérieure à l'organisation internationale (c'est-à-dire la pratique dans ses relations avec les États, les organisations internationales et autres entités) peut être particulièrement utile à la détermination du droit international coutumier.

[279] Voir aussi *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 174, à la page 178 (« Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits »).

par eux et plus le nombre de ces États membres est élevé, plus elle peut avoir de poids s'agissant de la formation, ou de l'expression, de règles du droit international coutumier. La réaction des États membres à une telle pratique est importante. Les autres facteurs à prendre en considération dans l'appréciation de la pratique sont notamment : la nature de l'organisation ; la nature de l'organe dont le comportement est examiné ; l'objet de la règle en question et le fait que l'organisation serait elle-même liée ou non par cette règle ; la question de savoir si le comportement est *ultra vires* de l'organisation ou de l'organe ; et la question de savoir si le comportement est conforme à celui des États membres de l'organisation.

9) Le paragraphe 3 rend explicite ce qui est peut-être implicite dans les paragraphes 1 et 2, à savoir le fait que la conduite d'autres entités que les États et les organisations internationales − par exemple, des organisations non gouvernementales, des groupes armés non étatiques, des sociétés transnationales et des particuliers − ne contribue ni à la formation ni à l'expression du droit international coutumier. En elle-même, leur conduite ne constitue pas une preuve directe (première) de l'existence et du contenu de règles du droit international coutumier. Il est cependant reconnu dans le paragraphe qu'elle peut jouer un rôle indirect important dans la détermination du droit international coutumier, en stimulant ou en constatant la pratique des États et des organisations internationales et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)[280]. Si la conduite des groupes armés non étatiques n'est pas une pratique dont on peut dire qu'elle est un élément constitutif ou une expression du droit international coutumier, tel peut bel et bien être le cas de la réaction des États à cette conduite. De la même manière, les actes de particuliers peuvent aussi parfois être pertinents, mais seulement dans la mesure où des États les ont approuvés ou y ont réagi[281].

10) Les déclarations officielles du Comité international de la Croix-Rouge, telles que ses appels en faveur du respect du droit international humanitaire et ses études sur le sujet, peuvent également jouer un rôle important en orientant la pratique des États qui réagissent à ces déclarations ; en outre, les publications du Comité peuvent servir de registres utiles de la pratique pertinente. Ces activités peuvent donc contribuer au développement et à la détermination du droit international coutumier, mais elles ne constituent pas une pratique en tant que telle[282].

Conclusion 5. Comportement de l'État en tant que pratique de l'État

La pratique de l'État consiste dans le comportement de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre.

Commentaire

1) Bien que, dans leurs relations internationales, les États agissent le plus souvent par leur exécutif, le projet de conclusion 5 dispose que la pratique de l'État consiste dans tout comportement de celui-ci, quelles que soient la branche concernée et les fonctions exercées. Conformément au principe de l'unité de l'État, cela inclut le comportement de tout organe de l'État faisant partie de son organisation et agissant en cette qualité, dans l'exercice des fonctions exécutive, législative, judiciaire ou « autre », par exemple l'exercice d'activités commerciales ou la promulgation par l'administration de directives à l'intention du secteur privé.

2) Pour être qualifié de pratique de l'État, le comportement en question doit être « de l'État ». Le comportement de tout organe de l'État doit être considéré comme le comportement de cet État, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autre, 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'État. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État ; le comportement d'une personne ou entité autrement habilitée par le droit de l'État à exercer les prérogatives de la puissance publique est un comportement « de l'État », pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité[283].

3) La pratique pertinente des États n'est pas limitée à leur comportement vis-à-vis d'autres États ou d'autres sujets de droit international ; un comportement au sein de l'État, comme le traitement par celui-ci de ses propres ressortissants, peut aussi être lié à des questions de droit international.

4) La pratique étatique peut être celle d'un seul État ou de deux États ou davantage agissant ensemble. Des exemples de ce dernier type de pratique peuvent concerner une action conjointe de plusieurs États patrouillant en haute mer pour lutter contre la piraterie ou coopérant pour la mise en orbite d'un satellite. Il faut distinguer ce type d'action conjointe de l'action des organisations internationales[284].

5) La pratique doit être publiquement accessible ou au moins connue des autres États[285] pour contribuer à la formation et à la détermination des règles du droit international coutumier. De fait, on voit mal comment le comportement confidentiel d'un État pourrait jouer ce rôle tant qu'il n'est pas révélé.

---

[280] En cette dernière capacité, leur production peut relever du projet de conclusion 14. La Commission a examiné un point similaire s'agissant de la pratique des « acteurs non étatiques » dans le cadre de son sujet « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » : voir le chapitre VI du présent rapport, par. 75 (projet de conclusion 5, par. 2).

[281] Voir, par exemple, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (note 269 *supra*), aux pages 265 et 266, par. 141.

[282] Cela est sans préjudice de l'importance des actes du Comité international de la Croix-Rouge dans l'exercice des fonctions spécifiques qui lui sont conférées, en particulier par les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre.

[283] Voir les articles 4 et 5 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, annexe. Pour le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires s'y rapportant, voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

[284] Voir aussi *supra* le projet de conclusion 4, par. 2, et le commentaire y relatif.

[285] Ou, dans le cas du droit international coutumier particulier, connue d'au moins un autre État ou d'un groupe d'États (voir *infra* le projet de conclusion 16).

Conclusion 6. Formes de pratique

1. La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle comprend des actes matériels et verbaux. Elle peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction.

2. Les formes de pratique étatique comprennent, sans y être limitées : les actes et la correspondance diplomatiques ; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ; la conduite relative aux traités ; la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle « sur le terrain » ; les actes législatifs et administratifs ; et les décisions des juridictions internes.

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

Commentaire

1) Le projet de conclusion 6 indique les types de comportement que recouvre le terme « pratique », en donnant des exemples et en précisant qu'aucun type de pratique ne prévaut a priori sur un autre. Il vise les formes de pratique en tant que faits empiriquement vérifiables et évite, pour le moment, de distinguer entre un acte et la preuve de l'existence d'une pratique.

2) Vu que les États exercent leurs compétences de diverses manières et ne se limitent pas à certains types d'actes, le paragraphe 1 dispose que la pratique peut revêtir une large variété de formes. Si certains auteurs ont soutenu que ce qui compte en tant que pratique aux fins de déterminer le droit international coutumier est ce que les États « font » et non ce qu'ils « disent », il est désormais généralement admis qu'un comportement verbal (qu'il soit écrit ou oral) peut constituer une pratique ; un acte peut parfois consister seulement en déclarations, par exemple une protestation adressée par un État à un autre.

3) Le paragraphe 1 dispose en outre clairement que l'inaction peut constituer une pratique. L'expression « dans certaines circonstances » vise toutefois à rappeler que seule l'inaction délibérée peut jouer ce rôle : l'État en question doit s'abstenir consciemment d'agir dans une situation donnée. Des exemples de telles omissions (parfois dénommées « pratique négative ») consistent notamment à s'abstenir d'engager des poursuites pénales ; à ne pas protéger certaines personnes naturalisées ; ou à s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force[286].

4) Le paragraphe 2 donne une liste des formes de pratique qui sont souvent jugées utiles pour la détermination du droit international coutumier. Comme le soulignent les mots « sans y être limitées », la liste n'est pas exhaustive ; en tout état de cause, compte tenu du rythme de l'évolution politique et technologique, et du caractère inévitable de celle-ci, il serait impossible d'établir une liste de la totalité des nombreuses formes que la pratique est susceptible de prendre[287]. Les formes de pratique énumérées ne sont que des exemples qui, de plus, peuvent se chevaucher (par exemple, « les actes et la correspondance diplomatiques » et « la conduite exécutive »).

5) L'ordre dans lequel les formes de pratique sont énumérées au paragraphe 2 n'entraîne aucune conséquence. Il convient de donner à chaque forme une interprétation large pour tenir compte de la grande variété des manières dont les États agissent et réagissent ; ainsi, l'expression « la conduite exécutive » vise de manière générale tout acte de l'exécutif, qu'il s'agisse d'ordonnances, de décrets ou d'autres mesures ; de déclarations officielles faites sur le plan international, devant un organe législatif ou à l'intention des médias ; et de demandes soumises à des juridictions nationales ou internationales. L'expression « les actes législatifs et administratifs » englobe de même toute forme de réglementation émanant d'une autorité publique. Par la formule « la conduite opérationnelle "sur le terrain" », on entend les mesures de police et la saisie de biens, ainsi que les opérations sur le champ de bataille ou toute autre activité militaire, comme le mouvement de troupes ou de navires, ou le déploiement de certaines armes. Les mots « la conduite relative aux traités » visent tous les actes liés à la négociation et à la conclusion des traités, ainsi que leur application ; en concluant un traité, un État peut participer à une pratique dans le domaine auquel se rapporte le traité, par exemple des accords de délimitation maritime ou des accords avec le pays hôte. Le membre de phrase « la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale » recouvre de même tous les actes des États liés à la négociation, à l'adoption et à l'application de résolutions, de décisions ou d'autres actes adoptés par les États dans le cadre d'organisations internationales ou lors de conférences intergouvernementales, quel que soit leur intitulé et indépendamment de leur caractère juridiquement contraignant ou non. La question de savoir si l'un quelconque de ces exemples de formes de pratique est en fait pertinent dans un cas déterminé dépendra, notamment, de la règle particulière en cause[288].

6) Les décisions des juridictions internes, à tous les niveaux, peuvent constituer la pratique de l'État[289] (même si, vraisemblablement, celles des juridictions supérieures auront plus de poids) ; des décisions ayant été infirmées sur le point particulier en cause ne seront probablement pas considérées comme pertinentes. Il convient de distinguer le rôle des décisions des juridictions internes comme forme de pratique de l'État de leur rôle éventuel en tant

[286] À titre d'illustrations, voir *Affaire du « Lotus »* (note 253 *supra*), à la page 28 ; *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4, à la page 22 ; et *Immunités juridictionnelles de l'État* (note 258 *supra*), à la page 135, par. 77.

[287] Voir aussi « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), deuxième partie, par. 31.

[288] Voir *supra* le paragraphe 3 du commentaire du projet de conclusion 3.

[289] Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État* (note 258 *supra*), aux pages 131 à 135, par. 72 à 77 ; et *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, par. 58. Le terme « juridictions internes » peut aussi s'entendre de juridictions ayant une composante internationale exerçant leur activité dans le cadre d'un ou de plusieurs ordres juridiques internes, comme les juridictions à composition mixte nationale et internationale.

que «moyen auxiliaire» de détermination des règles de droit international coutumier[290].

7) Le paragraphe 3 précise qu'en principe aucune forme de pratique n'a, dans l'abstrait, une valeur probante supérieure aux autres. Dans certains cas particuliers, cependant, comme cela est expliqué dans les commentaires des projets de conclusions 3 et 7, il peut arriver que pour apprécier différents types (ou cas) de pratique dans leur contexte, il faille leur accorder un poids différent.

Conclusion 7. Appréciation de la pratique d'un État

1. Il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de l'État, laquelle doit être appréciée dans son ensemble.

2. Lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 7 concerne l'appréciation de la pratique d'un État particulier afin de déterminer la position de cet État dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'une pratique générale (qui fait l'objet du projet de conclusion 8). Comme le font clairement ressortir les deux paragraphes du projet de conclusion 7, il est nécessaire de prendre en considération et d'apprécier dans son ensemble toute la pratique accessible de l'État concerné sur la question en cause, y compris sa constance.

2) Le paragraphe 1 dispose, d'abord, que pour tenter de déterminer la position d'un État sur la question considérée, il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de cet État. Cela signifie que la pratique examinée devrait être exhaustive, dans les limites de son accessibilité, c'est-à-dire qu'elle devrait inclure la pratique pertinente de tous les organes de l'État et toute la pratique pertinente d'un organe particulier. Il est en outre indiqué dans le paragraphe que cette pratique doit être appréciée dans son ensemble; c'est alors seulement que la position effective de l'État peut être déterminée.

3) L'obligation d'apprécier toute la pratique accessible «dans son ensemble» est illustrée par l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, dans laquelle la Cour de cassation grecque a décidé, sur la base de «l'exception territoriale», que l'immunité de l'État en droit international coutumier ne s'étendait pas aux actes perpétrés par les forces armées au cours d'un conflit armé. Toutefois, une position différente a été adoptée par le Tribunal supérieur spécial, par le Gouvernement grec lorsqu'il a refusé de faire exécuter l'arrêt rendu par la Cour de cassation grecque et a défendu cette position devant la Cour européenne des droits de l'homme, et par la Cour de cassation grecque elle-même dans une décision ultérieure. L'appréciation de cette pratique «dans son ensemble» a conduit la Cour internationale de Justice à conclure que «la pratique suivie par l'État grec, considérée dans son ensemble, contredit plutôt qu'elle n'étaye l'argument de l'Italie[291]».

4) Le paragraphe 2 vise expressément les situations dans lesquelles la pratique d'un État particulier est ou paraît être incertaine. Comme le montre le paragraphe 3 *supra*, tel peut être le cas lorsque différents organes ou branches au sein de l'État adoptent des comportements différents sur la même question ou que la pratique d'un organe varie dans le temps. Si, dans de telles circonstances, la pratique d'un État dans son ensemble s'avère être inconstante, la contribution de cet État à la «pratique générale» peut être réduite, voire vidée de toute valeur.

5) L'emploi du verbe «peut» indique cependant qu'il convient de faire preuve de prudence pour une telle appréciation et que la même conclusion ne serait pas nécessairement tirée dans tous les cas. Dans l'*Affaire des pêcheries*, la Cour internationale de Justice a ainsi estimé qu'il n'y avait pas lieu

> d'attacher trop d'importance aux quelques incertitudes ou contradictions, apparentes ou réelles, […] 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 […][292].

De même, par exemple, en cas de divergence dans la pratique des organes de niveaux différents du même État, il est peu probable que cela aboutisse à accorder moins de poids à la pratique de l'organe supérieur. Aux fins de la présente étude, la pratique des organes d'un gouvernement central sera souvent plus importante que celle des composantes d'un État fédéral ou des subdivisions politiques de l'État; et la pratique de l'exécutif est souvent la plus pertinente sur le plan international, bien qu'il puisse être nécessaire de tenir compte de la position constitutionnelle des différents organes en question[293].

Conclusion 8. La pratique doit être générale

1. La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante.

2. Il n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 8 concerne le critère de généralité auquel doit répondre la pratique, et vise à dégager l'essence de ce critère et l'examen auquel il convient de procéder pour établir qu'il y est bien répondu dans un cas particulier.

2) Le paragraphe 1 explique que la notion de généralité, qui renvoie à la totalité des cas dans lesquels la règle supposée de droit international coutumier a été suivie, inclut deux conditions. Tout d'abord, la pratique doit être suivie par un nombre suffisamment élevé et représentatif d'États. Ensuite, ces cas doivent révéler de la constance. Comme l'a dit la Cour internationale de Justice dans les

[290] Voir *infra* le projet de conclusion 13, par. 2. Les décisions des juridictions internes peuvent aussi constituer la preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*); voir à ce propos *infra* le projet de conclusion 10, par. 2.

[291] *Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra* la note 258), à la page 134, par. 76. Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 249 *supra*), à la page 98, par. 186.

[292] *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, à la page 138.

[293] Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État* (note 258 *supra*), à la page 136, par. 83 (affaire dans laquelle la Cour a fait observer que, «en vertu du droit grec», le point de vue exprimé par le Tribunal supérieur spécial prévalait sur celui de la Cour de cassation grecque).

affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la pratique en question doit être « fréquente et pratiquement uniforme[294] » ; les actes doivent représenter une « pratique constante[295] ». Comme cela est expliqué plus loin, il ne peut être indiqué aucune norme absolue pour l'une ou l'autre condition ; il convient de tenir compte du contexte pour apprécier le seuil à atteindre pour chacune d'elles[296]. Dans chaque cas, cependant, la pratique devrait être de nature à permettre de dégager un usage constant et uniforme.

3) La condition selon laquelle la pratique doit être « répandue et représentative » ne se prête pas à des formulations précises, dès lors que les circonstances peuvent considérablement varier d'un cas à un autre (par exemple, la fréquence des situations appelant une action)[297]. S'agissant des relations diplomatiques, par exemple, auxquelles tous les États participent régulièrement, une pratique devrait se manifester largement, tandis que, dans le cas des canaux internationaux, qui sont très peu nombreux, la somme de pratique serait nécessairement inférieure. C'est ce qu'exprime le terme « suffisamment », qui laisse entendre que le nombre et la répartition nécessaires des États participant à la pratique pertinente (comme le nombre de cas de pratique) ne peuvent être déterminés dans l'abstrait. Il est toutefois évident qu'une participation universelle n'est pas exigée : il n'est pas nécessaire de montrer que tous les États ont participé à la pratique en question[298]. Les États participants devraient inclure ceux ayant eu l'occasion ou la possibilité d'appliquer la règle supposée[299]. Il est important que ces États soient représentatifs des différentes régions géographiques et/ou des différents intérêts en jeu.

4) Dans l'évaluation de la généralité, il importe de prendre en considération la mesure dans laquelle les États qui sont particulièrement impliqués dans l'activité considérée ou les plus susceptibles d'être concernés par la règle supposée ont participé à la pratique[300]. Il serait manifestement impossible de déterminer, par exemple, l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier relative à la navigation dans des zones maritimes sans prendre en considération la pratique des États côtiers et des États qui ont les flottes les plus importantes, ou l'existence et le contenu d'une règle sur l'investissement étranger sans évaluer la pratique des pays exportateurs de capitaux ainsi que celle des États dans lesquels l'investissement est réalisé. Dans de nombreux cas, la totalité ou la quasi-totalité des États seront également concernés.

5) La condition relative à la constance de la pratique signifie que, lorsque les actes pertinents sont à ce point divergents qu'aucune forme de comportement systématique ne peut être dégagée, aucune pratique générale (et, partant, aucune règle correspondante de droit international coutumier) n'est censée exister. Dans l'*Affaire des pêcheries*, la Cour internationale de Justice a ainsi estimé que

> si la règle des dix milles a été adoptée par certains États, […] d'autres États, en revanche, ont adopté une limite différente. En conséquence, la règle des dix milles n'a pas acquis l'autorité d'une règle générale de droit international[301].

6) Pour déterminer si la pratique est cohérente, il est naturellement important de prendre en considération des comportements qui sont en fait comparables, c'est-à-dire qui sont intervenus alors que les questions qui se posaient étaient identiques ou analogues de sorte qu'ils pourraient effectivement constituer des guides fiables. Dans l'*Affaire du « Lotus »*, la Cour permanente de Justice internationale a fait état

> de précédents présentant une analogie étroite avec le cas d'espèce ; car c'est seulement dans les précédents de cette nature que pourrait se manifester, le cas échéant, l'existence d'un principe général [de droit international coutumier] applicable à l'espèce[302].

7) En revanche, une totale uniformité dans la pratique des États n'est pas nécessaire. La pratique pertinente doit être pratiquement ou sensiblement uniforme ; certaines incohérences ou contradictions n'invalideront donc pas nécessairement la constatation de l'existence d'une « pratique générale ». Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour internationale de Justice a déclaré ce qui suit :

---

[294] *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), à la page 43, par. 74. De nombreux termes ont été employés pour qualifier le critère de généralité, notamment par la Cour internationale de Justice, sans que cela implique une quelconque différence de sens.

[295] Ibid., à la page 44, par. 77.

[296] Voir aussi *supra* le projet de conclusion 3.

[297] Voir aussi Cour fédérale d'Australie, *Ure v. The Commonwealth of Australia*, [2016] FCAFC 8, arrêt du 4 février 2016, par. 37 (« nous ne dirions peut-être pas qu'il est impossible de déduire l'existence d'une règle de droit international coutumier d'un petit nombre de cas de pratique étatique. Nous pourrions souscrire à la proposition moins prescriptive selon laquelle la tâche est d'autant plus difficile que le nombre de cas est restreint »).

[298] Voir, par exemple, Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 2 BvR 1506/03, ordonnance de la Deuxième Chambre du 5 novembre 2003, BVerfGE, vol. 109, p. 38, par. 59 (« Cette pratique n'est cependant pas suffisamment répandue pour être considérée comme une pratique uniforme créatrice de droit international coutumier. »).

[299] Un nombre relativement faible d'États participant à une certaine pratique peut ainsi être suffisant si, de fait, cette pratique, ainsi que l'inaction des autres États face à celle-ci, est généralement acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

[300] Comme l'a dit la Cour internationale de Justice, « 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 », *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), à la page 43, par. 74.

[301] *Affaire des pêcheries* (voir *supra* la note 292), p. 131. Une chambre de la Cour a estimé dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* que la pratique était là pour démontrer « que chaque cas concret est finalement différent des autres […]. Les conditions pour la formation de principes et règles de nature coutumière […] ne sauraient donc être réunies. » [*Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* (voir *supra* la note 253), à la page 290, par. 81]. Voir aussi, par exemple, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (note 260 *supra*), à la page 277 (« Les faits soumis à la Cour révèlent tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances dans l'exercice de l'asile diplomatique […] qu'il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme […] en ce qui concerne la prétendue règle de la qualification unilatérale et définitive du délit. ») ; et *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy*, avis consultatif du 17 juillet 1965, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI (numéro de vente : E/F.69.V.1), p. 75, à la page 100 (« Il est exact que seule une pratique constante, observée dans les faits et sans changement, peut constituer une règle de droit international coutumier. »).

[302] *Affaire du « Lotus »* (voir *supra* la note 253), à la page 21. Voir aussi *Plateau continental de la mer du Nord* (note 257 *supra*), à la page 45, par. 79 ; et *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, affaire n° SCSL-04-14-A, arrêt du 28 mai 2008, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, par. 406.

Il 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 […][303].

8) Lorsque des comportements non conformes prennent la forme de violations d'une règle, cela n'empêche pas nécessairement l'établissement d'une pratique générale. Cela est particulièrement vrai lorsque l'État concerné nie la violation et/ou exprime son soutien à la règle. Comme l'a fait observer la Cour internationale de Justice :

Il lui paraît suffisant […] que les États […] 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 nouvelle. Si un État agit d'une manière apparemment inconciliable avec une règle reconnue, 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[304].

9) Le paragraphe 2 vise l'élément temporel, en indiquant clairement que le fait qu'une pratique générale soit suivie durant une période relativement brève ne constitue pas en soi un obstacle à la détermination de l'existence d'une règle correspondante de droit international coutumier. Une longue période peut générer une pratique pertinente plus abondante, mais l'existence d'une règle coutumière n'est pas subordonnée à une pratique générale observée depuis des temps immémoriaux ou pendant une période considérable ou d'une durée déterminée[305]. C'est ce qu'a confirmé la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, en déclarant 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[306] ». Cependant, ainsi qu'il ressort clairement de ce passage, il doit s'écouler un certain temps pour qu'une pratique générale se dégage ; il n'existe pas de « coutume instantanée ».

Quatrième partie

ACCEPTÉE COMME ÉTANT LE DROIT (*OPINIO JURIS*)

Il ne suffit pas d'établir qu'une certaine pratique est suivie de manière constante par un nombre suffisamment important et représentatif d'États pour dégager une règle de droit international coutumier. La quatrième partie concerne le second élément constitutif du droit international coutumier, parfois qualifié d'élément « subjectif » ou « psychologique » : dans chaque cas, il convient aussi de s'assurer de l'existence, parmi les États, d'une acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) quant à la valeur obligatoire de la pratique considérée.

*Conclusion 9. Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)*

1. La condition, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) signifie que la pratique en question doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit.

2. Une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) doit être distinguée du simple usage ou de la simple habitude.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 9 vise à présenter de façon synthétique la nature et la fonction du second élément constitutif du droit international coutumier, l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*).

2) Le paragraphe 1 explique que l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, vise l'exigence que la pratique pertinente soit menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit ; c'est-à-dire que cette pratique doit être assortie de la conviction qu'elle est autorisée, requise ou interdite par le droit international coutumier. Il est donc essentiel d'établir dans chaque cas que les États ont agi d'une certaine façon parce qu'ils se sentaient ou se croyaient juridiquement contraints ou autorisés à le faire en vertu d'une règle de droit international coutumier : ils doivent avoir poursuivi la pratique en vertu d'un droit, ou s'y être soumis en vertu d'une obligation. Comme la Cour internationale de Justice l'a souligné dans l'arrêt relatif au *Plateau continental de la mer du Nord* :

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*. Les États intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique[307].

3) Il convient de distinguer l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) d'autres motifs d'action extrajuridiques, comme la courtoisie, l'opportunité politique ou la convenance ; si la pratique en question est motivée uniquement par ces autres considérations, il n'existe aucune règle de droit international coutumier. Ainsi, dans l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, la Cour internationale de Justice a refusé d'admettre l'existence d'une règle de droit international coutumier, considérant que, dans les cas particuliers cités, il n'avait pas été établi, notamment, que la règle prétendue qui avait été invoquée avait été

appliquée […] par les États qui accordaient l'asile, en tant que droit appartenant à ceux-ci, et respectée par les États territoriaux en tant que devoir leur incombant, et pas seulement pour des raisons d'opportunité politique. […] [D]es considérations de convenance ou de simple

[303] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* la note 249), à la page 98, par. 186.

[304] Ibid. Voir aussi, par exemple, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (note 261 *supra*), par. 51. La même observation vaut pour l'appréciation de la pratique d'un État particulier : voir *supra le* projet de conclusion 7.

[305] Dans des domaines comme le droit international de l'espace ou le droit de la mer, par exemple, le droit international coutumier s'est, en plusieurs occasions, développé rapidement.

[306] *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), à la page 43, par. 74.

[307] Ibid., à la page 44, par. 77 ; voir aussi ibid., par. 76 (visant la condition selon laquelle les États « croyaient appliquer une règle de droit international coutumier à caractère obligatoire »).

opportunité politique semblent avoir déterminé l'État territorial à reconnaître l'asile sans que cette décision lui fût dictée par le sentiment d'un devoir juridique quelconque[308].

4) L'intention de se conformer à une obligation conventionnelle en tant que telle, de même que celle de se conformer au droit interne, ne correspond pas à l'acceptation comme étant le droit aux fins de la détermination du droit international coutumier, et l'on ne saurait en conséquence déduire de la pratique guidée par une telle intention l'existence d'une règle de droit international coutumier[309]. Cependant, un État peut considérer qu'il est lié par une certaine obligation à la fois par le droit international coutumier et par un traité ; mais cela devrait être démontré. En revanche, le fait que des États agissent en conformité avec un traité par lequel ils ne sont pas liés, ou appliquent les dispositions de celui-ci dans leurs relations avec des États qui n'y sont pas parties, peut établir l'existence d'une acceptation comme étant le droit en l'absence de toute explication indiquant le contraire.

5) L'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) doit être recherchée en ce qui concerne à la fois les États qui suivent la pratique pertinente et ceux qui sont en position d'y réagir ; il faut démontrer qu'ils ont interprété la pratique comme étant conforme au droit international coutumier[310]. Il n'est pas nécessaire d'établir que tous les États ont considéré (accepté comme étant le droit) la règle supposée comme une règle de droit international coutumier ; ce qu'il faut, c'est une large acceptation conjuguée à l'absence ou à la quasi-absence d'objection[311].

6) Le paragraphe 2 fait valoir que sans l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), une pratique générale ne peut être censée créer, ou exprimer, le droit international coutumier ; c'est alors un simple usage ou une simple habitude. En d'autres termes, lorsque les États estiment avoir juridiquement toute latitude pour suivre une pratique ou ne pas en tenir compte, cette pratique ne contribue pas et ne correspond pas au droit international coutumier (à moins que la règle à déterminer ne prévoie elle-même cette faculté de choix)[312]. Les constantes de comportement observées au niveau international n'ont pas toutes une portée juridique ; les mesures de courtoisie diplomatique, par exemple, comme le déroulement de tapis rouges lors de visites de chefs d'État, ne sont assorties d'aucun sentiment d'obligation juridique et ne sauraient donc générer ni démontrer un quelconque devoir ou droit d'agir ainsi[313].

*Conclusion 10. Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (***opinio juris***)*

1. La preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut revêtir une large variété de formes.

2. Les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États ; les publications officielles ; les avis juridiques gouvernementaux ; la correspondance diplomatique ; les décisions des juridictions nationales ; les dispositions de traités ; ainsi que la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale.

3. L'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 10 concerne la preuve permettant d'établir qu'une pratique est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*). Il en ressort que l'acceptation comme étant le droit peut être manifestée par divers comportements de la part des États.

2) Le paragraphe 1 énonce le principe général selon lequel l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)

---

[308] *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra* la note 260), aux pages 277 et 286. Voir aussi *Affaire du « Lotus »* (note 253 *supra*), à la page 28 (« Même si la rareté des décisions judiciaires que l'on peut trouver dans les recueils de jurisprudence était une preuve suffisante du fait invoqué […], il en résulterait simplement que les États se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire ; or, c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. Le fait allégué ne permet pas de conclure que les États aient été conscients de pareil devoir ; par contre, […] il y a d'autres circonstances qui sont de nature à persuader du contraire. ») ; et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 249 *supra*), aux pages 108 à 110, par. 206 à 209.

[309] Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord* (note 257 *supra*), à la page 43, par. 76. Il peut ainsi être particulièrement difficile de déterminer l'éventuelle émergence d'une règle de droit international coutumier lorsqu'un traité non déclaratoire a suscité une participation quasi universelle.

[310] Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 249 *supra*), à la page 109, par. 207 [« 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." » (citant l'arrêt du *Plateau continental de la mer du Nord*)].

[311] Ainsi, lorsque « les membres de la communauté internationale sont profondément divisés » sur la question de savoir si une certaine pratique est assortie de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il n'est pas possible de conclure à l'existence d'une telle *opinio juris* : voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 261 *supra*), à la page 254, par. 67.

[312] Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien*, la Cour internationale de Justice a ainsi fait observer, à propos du passage des forces armées et de la police armée : « La pratique suppose que le souverain territorial avait le pouvoir discrétionnaire de retirer ou de refuser son autorisation. Il est allégué que cette autorisation était toujours accordée mais, de l'avis de la Cour, cela ne saurait affecter la situation juridique. Rien dans le dossier n'indique que les Britanniques ou les Indiens aient été obligés d'accorder leur autorisation. » [*Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra* la note 261), aux pages 42 et 43]. Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État,* la Cour internationale de Justice a de même estimé, en tentant de déterminer la teneur d'une règle de droit international coutumier, ce qui suit : « 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. » [*Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra* la note 258), à la page 123, par. 55]. Voir aussi *Plateau continental de la mer du Nord* (note 257 *supra*), aux pages 43 et 44, par. 76.

[313] La Cour internationale de Justice a ainsi souligné : « 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. » [*Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), à la page 44, par. 77].

peut revêtir une grande variété de formes. Les États peuvent faire savoir qu'ils acceptent (ou non) l'existence d'une règle de droit international coutumier de nombreuses manières différentes. Ainsi qu'il ressort clairement des paragraphes suivants, l'acceptation d'une pratique comme étant le droit peut être déduite tant d'une déclaration que d'une action (ou au contraire d'une inaction) au regard de la pratique en question.

3) Le paragraphe 2 donne une liste non exhaustive des formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). Les éléments énumérés peuvent également permettre de démontrer qu'une pratique n'est pas acceptée comme étant le droit. À certains égards, les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit et les formes de pratique étatique se recoupent, ce qui s'explique en partie par le fait que les moyens permettant d'établir l'existence de l'un et l'autre élément sont parfois les mêmes (ces deux éléments devant néanmoins toujours être établis séparément)[314]. Quoi qu'il en soit, les déclarations sont davantage susceptibles d'exprimer la conviction juridique de l'État et s'avèrent souvent plus révélatrices de l'acceptation (ou non) comme étant le droit que de l'existence d'une pratique.

4) En ce qui concerne les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), une déclaration publique faite au nom d'un État dont il ressort expressément qu'une pratique est autorisée, interdite ou prescrite par le droit international coutumier est le meilleur moyen de déterminer si l'État en question a rejeté ou, au contraire, adopté cette pratique (ou reconnu qu'elle a à juste titre été rejetée ou adoptée par d'autres) avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit. Sont notamment considérés comme des déclarations publiques faites au nom d'un État les déclarations faites dans le cadre d'une instance multilatérale, les projets de loi présentés au parlement, les écritures ou plaidoiries présentées devant les tribunaux, les déclarations dénonçant le caractère illicite de la conduite d'un autre État et les réponses à des propositions de codification. Ces déclarations peuvent être individuelles ou conjointes. Inversement, l'effet de la pratique correspondant à une règle présumée peut être annulé par une déclaration niant l'existence de la règle[315].

5) Les autres formes de preuve énumérées au paragraphe 2 peuvent aussi permettre de déterminer la position juridique des États en ce qui concerne certaines pratiques. Les « publications officielles » sont les documents publiés au nom de l'État, y compris les manuels militaires et les cartes officielles, susceptibles de révéler l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). Les avis publiés de conseillers juridiques gouvernementaux peuvent aussi être indicatifs de la position juridique de l'État, sauf lorsque celui-ci a refusé d'y souscrire. La correspondance diplomatique désigne notamment les circulaires adressées aux missions diplomatiques, par exemple celles portant sur les privilèges et immunités. La législation nationale, bien qu'elle découle dans la plupart des cas d'un choix politique, peut démontrer l'acceptation d'une pratique comme étant le droit, en particulier lorsqu'il est précisé qu'elle a été prescrite par le droit international coutumier ou vise à donner effet à celui-ci. Il arrive également que les décisions de juridictions nationales portant sur des questions de droit international contiennent pareilles précisions.

6) Les instruments multilatéraux et les négociations diplomatiques sont des éléments accessibles et très utiles pour établir la conviction juridique des États au regard du contenu du droit international coutumier lorsqu'ils examinent cette question et en débattent, d'où la référence aux « dispositions de traités » et à la « conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale », dont l'utilité potentielle aux fins de la détermination des règles de droit international coutumier est examinée plus avant dans les projets de conclusions 11 et 12.

7) Le paragraphe 3 prévoit que, dans certaines conditions, le fait pour un État de ne pas réagir dans un délai raisonnable peut aussi, comme l'a dit la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire des pêcheries*, « atteste[r] que [les gouvernements] [n']ont pas considér[é] [une pratique adoptée par d'autres] comme étant contraire au droit international[316] ». Effectivement, le fait de tolérer une pratique peut être une preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) s'il traduit l'adhésion à cette pratique. Toutefois, pour que l'absence d'objection ou de protestation expresses ait une valeur probante, deux conditions doivent être remplies, l'objectif étant de s'assurer que cette absence ne procède pas de motifs sans rapport avec la légalité de la pratique en question[317]. Premièrement, il faut que les circonstances aient appelé une réaction à la pratique[318], ce qui peut être le cas, par exemple,

---

[314] Voir *supra* le projet de conclusion 3.

[315] Parfois, la pratique elle-même s'accompagne du rejet explicite de toute obligation juridique, par exemple lorsque les États versent des indemnités *ex gratia* au titre de dommages causés aux biens de missions ou d'agents diplomatiques étrangers.

[316] *Affaire des pêcheries* (voir *supra* la note 292), à la page 139. Voir aussi *Affaire du « Lotus »* (note 253 *supra*), à la page 29 (« [L]a Cour croit devoir souligner le fait qu'il n'apparaît pas que les États intéressés se soient opposés aux poursuites pénales relatives à des cas d'abordage devant les tribunaux d'un pays autre que celui du pavillon ou qu'ils aient avancé des protestations : leur conduite ne semble guère avoir été différente de celle qu'ils tiennent dans tous les cas de juridictions concurrentes. Cette circonstance va directement à l'encontre de l'existence du consentement tacite des États en faveur de la compétence exclusive de l'État du pavillon, que l'agent du Gouvernement français a cru pouvoir déduire de la rareté des questions de compétence devant les tribunaux répressifs. Il ne semble guère probable, et il ne serait pas conforme à la pratique internationale, que le Gouvernement français dans le cas de l'*Ortigia − Oncle-Joseph* et le Gouvernement allemand dans celui de l'*Ekbatana − West-Hinder* eussent omis de protester contre l'exercice de la juridiction pénale de la part des tribunaux italiens et belges, si vraiment ils avaient pensé qu'il y avait là une violation du droit international. ») ; et Cour suprême de l'Argentine, *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, affaire nº 16.063/94, arrêt du 2 novembre 1995, opinion du juge Gustavo A. Bossert, par. 90.

[317] Voir aussi, plus généralement, *Plateau continental de la mer du Nord* (note 257 *supra*), à la page 27, par. 33.

[318] Dans un contexte différent, la Cour internationale de Justice a fait observer ce qui suit : « L'absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement. […] Autrement dit, un silence peut aussi être éloquent, mais seulement si le comportement de l'autre État appelle une réponse. » [*Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2008*, p. 12, aux pages 50 et 51, par. 121]. Voir aussi *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (note 269 *supra*), aux pages 265 et 266, par. 141 (« De l'avis de la Cour, le fait que le Nicaragua n'ait pas nié l'existence d'un droit découlant de cette pratique, qui s'était poursuivie sans être entravée ni remise en question durant une très longue période, est particulièrement révélateur. »).

lorsque celle-ci a un effet (direct ou indirect) − surtout s'il est défavorable − sur les intérêts ou les droits de l'État n'ayant pas réagi ou ayant refusé de réagir[319]. Deuxièmement, l'État doit avoir été « en mesure de réagir », c'est-à-dire qu'il doit avoir eu connaissance de la pratique (ce qui est présumé être le cas lorsque celle-ci a bénéficié d'une large publicité, par exemple) et avoir disposé du temps et des moyens nécessaires pour réagir. Lorsque l'État n'a pas eu connaissance de la pratique, qu'on ne pouvait pas s'attendre à ce qu'il en ait connaissance, ou qu'il n'a pas eu suffisamment de temps pour réagir, son inaction ne saurait valoir acceptation du fait que cette pratique est prescrite (ou permise) par le droit international coutumier.

Cinquième partie

PORTÉE DE CERTAINS MOYENS DE DÉTERMINATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

1) Pour déterminer l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier, il peut être recouru à diverses sources autres que des preuves directes de l'acceptation d'une pratique comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*). On citera notamment les textes portant sur des questions juridiques, en particulier les traités, les résolutions des organisations et des conférences internationales, la jurisprudence des tribunaux (nationaux et internationaux) et la doctrine, qui peuvent aider à collecter, synthétiser et interpréter les informations indicatives de la pratique pertinente aux fins de la détermination du droit international coutumier et contenir des formulations explicites permettant d'encadrer et d'orienter l'établissement de ses deux éléments constitutifs. La cinquième partie a pour but d'expliquer la valeur potentielle de ces sources et de souligner qu'il est éminemment important d'examiner soigneusement tant leur contenu que leur contexte.

2) La Commission a décidé de ne pas inclure à ce stade une conclusion distincte sur les textes issus de ses travaux. Ces textes méritent toutefois une attention particulière aux fins de la question qui nous intéresse. Comme la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions l'ont fait observer[320], la détermination par la Commission de l'existence (ou de l'absence) et du contenu d'une règle de droit international coutumier peut avoir un poids considérable. Cela tient au fait que la Commission tient des États un mandat unique de développement progressif et de codification du droit international[321], ainsi qu'au caractère minutieux de ses procédures (qui supposent notamment la réalisation d'études approfondies de la pratique des États) et à l'étroite relation qu'elle entretient avec les États en sa qualité d'organe subsidiaire de l'Assemblée générale (et au fait que ceux-ci lui transmettent des observations orales et écrites tout au long de ses travaux). Le poids à accorder aux déterminations de la Commission dépend toutefois de divers facteurs, dont les sources sur lesquelles se fonde la Commission, l'état d'avancement de ses travaux et, surtout, la réaction des États aux produits obtenus[322].

Conclusion 11. Traités

1. Une règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la règle conventionnelle :

***a*) a codifié une règle de droit international coutumier existante à la date de la conclusion du traité ;**

***b*) a abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier qui avait commencé à émerger avant la conclusion du traité ; ou**

***c*) a servi de point de départ à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), engendrant ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier.**

2. Le fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités peut signifier, sans toutefois que cela soit nécessairement le cas, que la règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 11 porte sur l'importance des traités, en particulier les traités multilatéraux largement ratifiés, aux fins de la détermination du droit international coutumier. Il ne traite pas de la question de la conduite des États au regard des traités en tant que forme de pratique, qui est traitée dans le projet de conclusion 6, et ne concerne pas non plus directement le processus d'élaboration des traités et les projets de dispositions conventionnelles, qui peuvent contribuer à la formation d'une pratique étatique et constituer une preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), ainsi qu'il est indiqué dans les projets de conclusions 6 et 10.

2) Bien que les traités ne lient que les parties, ils « peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant[323] ». Leurs dispositions (et les processus qui conduisent à leur adoption et à leur application)

[319] Il est fort possible qu'une pratique soit considérée comme ayant une incidence sur la totalité ou la quasi-totalité des États.

[320] Voir, par exemple, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, à la page 40, par. 51 ; *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1er février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10, à la page 56, par. 169 ; *Le Procureur c. Élizaphan Ntakirutimana et Gérard Ntakirutimana*, affaires nos ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, arrêt du 13 décembre 2004, Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel, par. 518 ; *Dubai-Sharjah Border Arbitration*, 19 octobre 1981, *International Law Reports*, vol. 91, p. 543 à 701, à la page 575 ; et 2 BvR 1506/03 (note 298 *supra*), par. 47.

[321] Voir le statut de la Commission du droit international, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 174 (II) du 21 novembre 1947.

[322] Une fois que l'Assemblée générale a pris des mesures à l'égard d'un projet final de la Commission, par exemple qu'elle l'a approuvé et annexé à une résolution, ce projet peut aussi relever du projet de conclusion 12.

[323] *Plateau continental* (voir *supra* la note 258), aux pages 29 et 30, 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, même si les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant. »). L'article 38 de la Convention de Vienne de 1969 fait référence à la possibilité « qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un État tiers en tant que règle coutumière de droit international reconnue comme telle ».

peuvent faire la lumière sur le contenu du droit international coutumier[324]. Les dispositions conventionnelles explicites peuvent s'avérer être des preuves particulièrement claires de l'existence ou du contenu des règles du droit international coutumier lorsqu'elles sont déclaratoires de ces règles. La référence à une « règle énoncée dans un traité » vise à indiquer qu'une règle n'est pas nécessairement exprimée par une seule disposition conventionnelle, mais peut être reflétée par plusieurs dispositions prises ensemble[325]. Quoi qu'il en soit, l'expression « peut refléter » indique que les traités ne peuvent en eux-mêmes créer le droit international coutumier, ni en fournir une preuve concluante.

3) Le nombre d'États qui adhèrent à un traité peut être un facteur important lorsqu'il s'agit de déterminer si le traité reflète le droit international coutumier, les traités acceptés par la quasi-totalité des États pouvant être particulièrement révélateurs à cet égard[326]. Cela étant, les traités qui ne sont pas encore entrés en vigueur ou n'ont pas encore recueilli une large adhésion peuvent également être significatifs dans certaines circonstances, surtout lorsqu'ils ont été adoptés sans opposition ou par une très grande majorité d'États[327].

4) Le paragraphe 1 décrit les trois situations dans lesquelles une règle énoncée dans un traité peut être considérée comme une expression du droit international coutumier, ces situations se distinguant l'une de l'autre par le moment auquel la règle de droit international coutumier s'est formée (ou a commencé à se former). Le membre de phrase « s'il est établi que » indique clairement qu'il ne suffit pas d'examiner le texte d'un traité pour déterminer si une règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier ; dans chaque cas, l'existence de la règle doit être confirmée par la pratique (qui doit être acceptée comme étant le droit). Il faut pouvoir démontrer que les États ne suivent pas une pratique (seulement) parce que le traité leur en fait obligation, mais parce qu'ils sont convaincus que la règle énoncée est, ou est devenue, une règle de droit international coutumier[328].

5) L'alinéa *a* concerne la situation dans laquelle il est établi qu'une règle énoncée dans un traité est déclaratoire d'une règle préexistante du droit international coutumier[329]. Pour faire pareil constat, il faut d'abord examiner le texte du traité, qui peut contenir des dispositions explicites[330]. Le fait que les réserves à une disposition conventionnelle soient expressément autorisées peut être important, mais ne permet pas nécessairement de savoir si la disposition en question reflète ou non le droit international coutumier[331]. Il est rare que les traités contiennent des indications à ce sujet et, le cas échéant, celles-ci concernent généralement le traité dans son ensemble plutôt que telle ou telle règle[332] ; dans ce cas,

---

[324] Voir *Immunités juridictionnelles de l'État* (note 258 *supra*), à la page 128, par. 66 ; et « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier » (note 287 *supra*), par. 29 (« il n'est pas rare que, pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier, on s'appuie sur la formulation conventionnelle par certains États d'une pratique également suivie par d'autres États. Et même des conventions multilatérales qui ont été signées, mais qui n'ont pas été mises en vigueur, sont souvent considérées comme ayant une certaine valeur comme preuve du droit international coutumier »).

[325] Il se peut aussi qu'une seule disposition ne soit que partiellement déclaratoire du droit international coutumier.

[326] Voir, par exemple, Commission des demandes d'indemnisation [Éthiopie/Érythrée], *Sentence partielle, Prisonniers de guerre − Réclamation de l'Éthiopie n° 4*, décision du 1er juillet 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI (numéro de vente : B.06.V.7), p. 73, aux pages 86 et 87, par. 31 (« Assurément, d'importantes sources modernes soutiennent l'idée que les Conventions de Genève de 1949 sont dans une grande mesure devenues l'expression du droit international coutumier, ce dont les deux parties conviennent. Le simple fait qu'elles aient recueilli une adhésion presque universelle appuie cette conclusion. » [note de bas de page omise]) ; *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (note 261 *supra*), par. 17 à 20 (où il est notamment dit que le fait que la Convention relative aux droits de l'enfant ait recueilli une large adhésion, puisqu'elle est la plus largement acceptée de toutes les conventions internationales, fait de ses dispositions pertinentes une expression du droit international coutumier) ; 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 47, par. 94 [« Les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités concernant la cessation d'un traité violé (qui ont été adoptées sans opposition) peuvent, à bien des égards, être considérées comme une codification du droit coutumier existant dans ce domaine. »].

[327] Voir, par exemple, *Plateau continental* (note 258 *supra*), à la page 30, par. 27 (« Il est […] indéniable que, ayant été adoptée par l'écrasante majorité des États, la Convention [des Nations Unies sur le droit de la mer, qui n'était alors pas encore entrée en vigueur] de 1982 revêt une importance majeure, de sorte que, même si les Parties ne l'invoquent pas, il incombe manifestement à la Cour d'examiner jusqu'à quel point l'une quelconque de ses dispositions pertinentes lie les Parties en tant que règle de droit international coutumier. »).

[328] Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, ce raisonnement a conduit la Cour à ne pas tenir compte de plusieurs des exemples de pratique des États qui avaient été mis en avant comme reflétant une règle du droit international coutumier [*Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), à la page 43, par. 76].

[329] Voir, par exemple, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* [note 249 *supra*], par. 87.

[330] Dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, de 1948, par exemple, les parties « *confirment** que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens » (article premier) ; et le préambule de la Convention sur la haute mer, de 1958, contient un alinéa libellé comme suit : « *Désireux* de codifier les règles du droit international relatives à la haute mer ». Un traité peut également préciser qu'il relève du développement progressif plutôt que de la codification du droit international ; dans l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, par exemple, la Cour internationale de Justice a jugé que le préambule de la Convention sur l'asile politique, de 1933, où il est dit que la Convention modifie une convention antérieure, et le fait qu'un nombre limité d'États aient ratifié cette convention infirmaient la thèse selon laquelle la Convention « n'a[vait] fait que codifier des principes déjà reconnus par la coutume » [*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra* la note 260), à la page 277].

[331] Voir également le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, adopté par la Commission à sa soixante-troisième session, directives 3.1.5.3 (Réserves portant sur une disposition reflétant une règle coutumière) et 4.4.2 (Absence d'effet sur les droits et obligations découlant d'une règle de droit international coutumier), *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 24 et suiv., par. 75 ; et ibid., vol. II (3e partie). Le texte des directives constituant le Guide de la pratique sur les réserves aux traités est reproduit dans l'annexe de la résolution 68/111 de l'Assemblée générale en date du 16 décembre 2013.

[332] La Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, de 1930, par exemple, dispose que « [l]'insertion de ces principes et règles ne préjuge en rien la question de savoir si lesdits principes et règles font ou non partie actuellement du droit international » (art. 18). Il est parfois fait référence, de manière générale, à la fois à la codification et au développement : dans le préambule de la Convention de Vienne de 1969, par exemple, les États parties se disent convaincus que « la codification et le développement progressif du droit des traités [sont] réalisés dans la présente Convention » ; dans le préambule de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, de 2004, les États parties disent considérer « que les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens procèdent d'un principe

ou lorsque le traité est muet, on peut recourir aux travaux préparatoires[333], y compris à toutes déclarations faites par les États pendant le processus de rédaction susceptibles de traduire une intention de codifier une règle de droit international coutumier existante. S'il est établi que les États ayant participé à la négociation considéraient effectivement la règle en question comme une règle de droit international coutumier, preuve est faite de l'acceptation de celle-ci comme étant le droit (*opinio juris*), cette preuve ayant d'autant plus de poids aux fins de la détermination de la règle coutumière que les États ayant participé à la négociation étaient nombreux. Cela n'empêche pas, toutefois, qu'il faille se pencher sur la question de savoir si l'existence de cette règle est étayée par une pratique suffisamment vaste et représentative, non seulement parce que le fait que les parties soutiennent que le traité est déclaratoire du droit existant ne constitue (en ce qui concerne les tiers) qu'un seul élément de preuve, mais aussi parce que la règle coutumière sous-tendant telles ou telles dispositions conventionnelles peut avoir changé ou être devenue caduque depuis la conclusion du traité. En d'autres termes, la pratique doit venir confirmer ou accompagner l'*opinio juris*.

6) L'alinéa *b* porte sur les cas dans lesquels il est établi qu'une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*) a été cristallisée par une règle conventionnelle établie sur la base d'une pratique limitée des États. En d'autres termes, la règle conventionnelle a renforcé et précisé une règle de droit international coutumier qui avait seulement commencé à émerger au moment de l'élaboration du traité et qui, par la suite, en est devenue l'expression[334]. Pour pouvoir faire un tel constat, il faut là encore déterminer si la règle telle qu'elle est formulée dans le traité a ou non été acceptée comme étant le droit et est étayée par une pratique générale[335].

7) L'alinéa *c* concerne la situation dans laquelle il est établi qu'une règle énoncée dans un traité a engendré une nouvelle règle de droit international coutumier[336]. On ne considère pas facilement ce résultat comme étant atteint. Comme la Cour internationale de Justice l'a expliqué dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, pour établir qu'une règle énoncée dans un traité a engendré la formation d'une règle du droit international coutumier,

> [i]l faut d'abord que la disposition en cause ait, en tout cas virtuellement, un caractère fondamentalement normatif et puisse ainsi constituer la base d'une règle générale de droit. […] [I]l 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 dans le sens de la disposition invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu[337].

En d'autres termes, une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*) « dans le sens de la disposition invoquée » doit exister. Le fait que les parties au traité adoptent un comportement concordant les unes envers les autres pouvant être attribué à l'obligation mise à leur charge par le traité plutôt qu'à l'acceptation de la règle conventionnelle en question comme une règle contraignante de droit international coutumier, la pratique de ces parties à l'égard des États non parties au traité et celle des États non parties à l'égard des États parties ou entre eux auront une valeur particulière.

8) Le paragraphe 2 vise à souligner que ce n'est pas parce qu'une disposition figure dans un grand nombre de traités, bilatéraux ou autres, faisant ainsi naître des droits et obligations semblables pour un large éventail d'États, qu'elle reflète nécessairement le droit international coutumier. Si la répétition d'une disposition peut effectivement attester l'existence d'une règle de droit international coutumier (ou engendrer pareille règle), elle peut « tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire », en ce que les États concluent des traités soit pour combler l'absence

---

généralement accepté du droit international coutumier » et expriment leur conviction que la Convention « contribuer[a] à la codification et au développement du droit international et à l'harmonisation des pratiques dans ce domaine ».

[333] Lorsqu'elle s'est penchée, dans le cadre des affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, sur la question de savoir si l'article 6 de la Convention sur le plateau continental, de 1958, reflétait le droit international coutumier lorsque la Convention a été élaborée, la Cour internationale de Justice a dit ce qui suit : « La valeur de la règle dans la Convention doit donc surtout être jugée par rapport aux conditions dans lesquelles la Commission [du droit international] a été amenée à la proposer et qui ont déjà été examinées au sujet de la thèse du Danemark et des Pays-Bas sur le caractère nécessaire et a priori de l'équidistance. La Cour considère que cet examen suffit, aux fins du présent raisonnement, à montrer que le principe de l'équidistance, tel qu'il est actuellement énoncé à l'article 6 de la Convention, a été proposé par la Commission avec beaucoup d'hésitation, à titre plutôt expérimental et tout au plus *de lege ferenda*, donc certainement pas *de lege lata* ni même à titre de règle de droit international coutumier en voie de formation. Tel n'est manifestement pas le genre de fondement que l'on pourrait invoquer pour prétendre que l'article 6 de la Convention a consacré ou cristallisé la règle de l'équidistance. » [*Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), à la page 38, par. 62]. Voir aussi *Immunités juridictionnelles de l'État* (note 258 *supra*), aux pages 138 et 139, par. 89.

[334] Même lorsqu'une disposition conventionnelle n'a pas fait l'objet d'un consensus, il se peut que l'évolution du droit international coutumier se soit poursuivie « par la pratique des États dans la ligne des débats de la conférence [où le traité avait été négocié] et des accords auxquels on avait presque abouti » [*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, à la page 23, par. 52].

[335] Voir, par exemple, *Plateau continental* (note 258 *supra*), à la page 33, par. 34 (« Il est incontestable selon la Cour qu[e] *la pratique des États** démontre que l'institution de la zone économique exclusive, où il est de règle que le titre soit déterminé par la distance, s'est intégrée au droit coutumier »).

[336] Comme l'a dit la Cour internationale de Justice, « cette situation est du domaine des possibilités et elle se présente de temps à autre : c'est même l'une des méthodes reconnues par lesquelles des règles nouvelles de droit international coutumier peuvent se former » [*Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), à la page 41, par. 71]. Voir, par exemple, le règlement figurant à l'annexe de la Convention IV concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, de 1907 : bien que, d'après les participants, ce règlement ait été établi dans le but de « réviser les lois et coutumes générales de la guerre » de l'époque (et non, par conséquent, de codifier le droit international coutumier existant), il a par la suite été considéré comme l'expression du droit international coutumier (voir *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 172, par. 89).

[337] *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), aux pages 41 à 43, par. 72 et 74 (où la Cour souligne, au paragraphe 71, que l'« on ne considère pas facilement ce résultat comme atteint »). Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (note 249 *supra*), à la page 98, par. 184 (« Lorsque deux États conviennent d'incorporer dans un traité une règle particulière, leur accord suffit pour qu'elle fasse loi entre eux ; mais 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. »).

de règle, soit pour déroger à une règle existante[338]. Là encore, il y a lieu de se pencher sur la question de savoir s'il existe des exemples de pratiques acceptées comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*) qui viennent étayer la règle écrite.

Conclusion 12. Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales

1. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ne peut pas, en elle-même, créer une règle de droit international coutumier.

2. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut fournir un élément de preuve pour établir l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement.

3. Une disposition d'une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que cette disposition correspond à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Commentaire

1) Le projet de conclusion 12 concerne le rôle que les résolutions adoptées par les organisations internationales ou lors des conférences intergouvernementales peuvent jouer dans la détermination des règles du droit international coutumier. Il dispose que si ces résolutions ne peuvent en elles-mêmes ni constituer des règles du droit international coutumier ni être une preuve concluante de l'existence ou du contenu de telles règles, elles peuvent parfois avoir valeur de preuve d'une règle de droit existante ou en train de se faire jour[339].

2) Comme dans le projet de conclusion 6, le terme « résolutions » s'entend de l'ensemble des résolutions, décisions et autres actes adoptés par les organisations internationales ou lors d'une conférence intergouvernementale, quel que soit le terme employé pour les désigner[340] et qu'ils soient ou non juridiquement contraignants. Une attention particulière est accordée dans le présent contexte aux résolutions de l'Assemblée générale, organe plénier à composition quasi universelle qui peut offrir un moyen commode d'examiner les opinions collectives de ses membres. Les résolutions adoptées par des organes ou lors de conférences à participation plus limitée peuvent également être pertinentes, bien que leur poids soit probablement moindre s'agissant de déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier (général).

3) Bien que les résolutions des organes des organisations internationales soient des actes de ces organes, ce qui importe dans le cadre du présent projet de conclusion est qu'elles peuvent être l'expression collective des vues des États membres de ces organes. Lorsqu'elles portent (explicitement ou implicitement) sur des questions juridiques, elles peuvent donner une idée de la position des membres de ces organes sur ces questions. Une grande partie de ce qui a été dit des traités dans le projet de conclusion 11 vaut pour les résolutions ; mais, à la différence des traités, celles-ci ne sont normalement pas juridiquement contraignantes, ne visent pas pour la plupart à consacrer des droits et des obligations juridiques, et retiennent généralement beaucoup moins l'attention de la communauté des juristes que les projets de traité. Comme les traités, les résolutions ne sauraient dispenser de vérifier s'il existe en fait une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*).

4) Le paragraphe 1 indique clairement que les résolutions adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences intergouvernementales ne peuvent en elles-mêmes constituer des règles de droit international coutumier. En d'autres termes, la seule adoption d'une résolution (ou de résolutions successives) prétendant énoncer une règle de droit international coutumier ne crée pas une telle règle : il doit être établi que la règle ainsi énoncée correspond en fait à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*). Aucune « coutume instantanée » ne naît des résolutions elles-mêmes.

5) Le paragraphe 2 dispose, premièrement, que les résolutions peuvent néanmoins aider à déterminer les règles du droit international coutumier en fournissant une preuve de leur existence ou de leur contenu. Comme l'a relevé la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, les résolutions, « même si elles n'ont pas force obligatoire, […] peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*[341] ». Il en est ainsi en particulier lorsqu'une résolution se veut déclaratoire d'une règle de droit international coutumier existante, auquel cas elle peut constituer une preuve de l'acceptation de cette règle comme étant le droit par les États l'ayant appuyée. En d'autres termes, « [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

---

[338] Voir *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 [pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États] 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. »).

[339] Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 261 *supra*), aux pages 254 et 255, par. 70 ; *Sedco Inc. v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, deuxième sentence interlocutoire, sentence n° ITL 59-129-3 du 27 mars 1986, *International Law Reports*, vol. 84, p. 483 à 592, à la page 526.

[340] De très nombreux termes sont utilisés pour les désigner, par exemple « déclaration » ou « déclaration de principes ».

[341] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 261), aux pages 254 et 255, par. 70 (visant les résolutions de l'Assemblée générale).

déclarées par la résolution[342] ». À l'inverse, les votes contre, les abstentions ou les dissociations d'un consensus, ainsi que les déclarations générales et les explications de positions, peuvent attester qu'il n'y a pas d'acceptation comme étant le droit, et ainsi qu'il n'y a pas de règle.

6) Comme la position des États sur telle ou telle résolution (ou règle particulière énoncée dans une résolution), exprimée par leur vote ou autrement, est souvent motivée par des considérations politiques ou d'autres considérations non juridiques, déterminer s'il y a acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) à partir de ces résolutions doit s'effectuer « avec la prudence nécessaire[343] ». C'est ce qu'indique le mot « peut ». Dans chaque cas, il convient d'évaluer avec soin les divers facteurs pour s'assurer que les États concernés entendaient effectivement reconnaître l'existence d'une règle du droit international coutumier. Comme la Cour internationale de Justice l'a indiqué dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires,*

> il faut […] examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption [de la résolution] ; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif. Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle[344].

Le libellé précis de la résolution est le point de départ de l'évaluation de l'importance juridique de celle-ci ; la référence au droit international et la présence (ou l'absence) de termes particuliers dans ce texte, préambule compris, peuvent être significatives[345]. Sont également pertinents les débats et négociations ayant précédé l'adoption de la résolution et en particulier les explications de vote, explications de position et autres déclarations faites immédiatement avant ou après l'adoption[346]. L'appui dont bénéficie la résolution (dont l'importance de la majorité et le nombre des votes contre ou des abstentions donnent la mesure) est critique. Des divergences d'opinion sur certaines dispositions d'une résolution peuvent indiquer qu'il n'y a pas acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), au moins concernant ces dispositions, et les résolutions auxquelles un nombre substantiel d'États se sont opposés ne sont généralement pas considérées comme reflétant le droit international coutumier[347].

7) Le paragraphe 2 indique en outre que les résolutions adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences intergouvernementales, même si elles sont dénuées de force juridique propre, peuvent parfois jouer un rôle important dans le développement du droit international coutumier. Tel peut être le cas lorsque, à l'instar de dispositions conventionnelles, une résolution (ou une série de résolutions) inspire ou promeut l'apparition d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*) conforme à ses termes ou lorsqu'elle cristallise une règle en train de se faire jour.

8) Le paragraphe 3, conséquence logique des paragraphes 1 et 2, précise que les dispositions des résolutions adoptées par des organisations internationales et lors de conférences intergouvernementales ne peuvent en elles-mêmes constituer une preuve concluante de l'existence ou du contenu de règles de droit international coutumier. Cela découle de l'indication selon laquelle, pour qu'une règle existe, l'*opinio juris* des États, telle qu'attestée par une résolution, doit être confirmée par la pratique ; d'autres éléments de preuve sont ainsi nécessaires, en particulier pour démontrer que la règle alléguée est en fait observée dans la pratique des États[348]. Une disposition d'une résolution ne peut prouver l'existence d'une règle de droit international coutumier en l'absence d'une pratique effective, ou si la pratique est divergente ou incohérente.

Conclusion 13. Décisions de juridictions

1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier constituent un moyen auxiliaire de détermination desdites règles.

2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, à titre de moyen auxiliaire de détermination de telles règles.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 13 porte sur le rôle des décisions des juridictions nationales et des juridictions internationales aux fins de la détermination des règles de droit international coutumier. Il convient de noter que les décisions des juridictions nationales peuvent avoir une double fonction à cet égard. D'une part, elles peuvent être considérées comme une forme de pratique ou une forme de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) de la part de l'État du for, ainsi qu'il ressort des projets de conclusions 6 et 10. D'autre part, lorsqu'elles sont elles-mêmes relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, elles peuvent constituer un

---

[342] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* la note 249), à la page 100, par. 188. Voir également *Government of Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil)*, sentence finale du 24 mars 1982, *International Law Reports*, vol. 66, p. 518 à 627, aux pages 601 et 602, par. 143.

[343] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* la note 249), à la page 100, par. 188.

[344] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 261), à la page 255, par. 70.

[345] Dans sa résolution 96 (I) du 11 décembre 1946, par exemple, l'Assemblée générale « *[a]ffirme* que le génocide est un crime de droit des gens », une formule qui donne à penser que le paragraphe est déclaratoire du droit international coutumier.

[346] À l'Assemblée générale, les explications de vote sont souvent données lors de l'adoption par une grande commission, auquel cas elles ne sont généralement pas répétées en plénière.

[347] Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 261 *supra*), à la page 255, par. 71 (« Plusieurs résolutions dont il est question en l'espèce ont cependant été adoptées avec un nombre non négligeable de voix contre et d'abstentions. Ainsi, bien que lesdites résolutions constituent la manifestation claire d'une inquiétude profonde à l'égard du problème des armes nucléaires, elles n'établissent pas encore l'existence d'une *opinio juris* quant à l'illicéité de l'emploi de ces armes. »).

[348] Voir, par exemple, Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre de la Cour suprême, *KAING Guek Eav alias Duch*, dossier n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, arrêt du 3 février 2012, par. 194 (« Étant donné que la Déclaration relative à la torture de 1975 [résolution 3452 (XXX) du 9 décembre 1975, Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants] était une résolution non contraignante de l'Assemblée générale des Nations Unies, il faut disposer d'éléments supplémentaires pour conclure que la définition de la torture qui s'y trouve reflétait le droit international coutumier au moment des faits. »).

moyen auxiliaire de détermination de ces règles, comme cela est indiqué dans le projet de conclusion 13.

2) Le texte du projet de conclusion 13 est largement inspiré du libellé du paragraphe 1 *d* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, selon lequel les décisions de justice constituent un « moyen auxiliaire » de détermination des règles de droit international, y compris le droit international coutumier. L'emploi de l'expression « moyen auxiliaire » vise à indiquer que les décisions de justice jouent un rôle secondaire dans la détermination du droit et ne sont pas elles-mêmes une source de droit international, contrairement aux traités, au droit international coutumier et aux principes généraux du droit. On ne saurait toutefois en déduire que ces décisions ne sont pas importantes en pratique.

3) Les décisions portant sur des questions de droit international, en particulier les décisions relatives à l'existence de règles de droit international coutumier et dans lesquelles pareilles règles sont déterminées et appliquées, peuvent être très utiles lorsqu'il s'agit d'établir l'existence ou l'absence de règles de droit international coutumier. Toutefois, leur valeur varie considérablement en fonction tant de la qualité du raisonnement juridique suivi (et notamment de la mesure dans laquelle ce raisonnement repose sur un examen approfondi des éléments tendant à prouver qu'une pratique générale alléguée est acceptée comme étant le droit) que de la réaction des États et d'autres juridictions. Selon les circonstances, peuvent aussi entrer en ligne de compte, entre autres éléments, la composition de la juridiction concernée (et les compétences particulières de ses membres), l'ampleur de la majorité avec laquelle la décision a été adoptée et les conditions dans lesquelles la juridiction mène ses travaux. On retiendra en outre que les décisions relatives à l'état du droit international coutumier ne gravent pas celui-ci dans le marbre et que les règles du droit international coutumier peuvent avoir évolué depuis la date à laquelle telle ou telle décision a été rendue[349].

4) Le paragraphe 1 fait mention des « juridictions internationales », cette expression désignant tout organe international doté de compétences judiciaires et appelé à examiner des règles de droit international coutumier. Il fait expressément référence à la Cour internationale de Justice, principal organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies, dont le Statut fait partie intégrante de la Charte des Nations Unies et dont les membres sont nommés par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, eu égard à l'importance de sa jurisprudence et à l'autorité particulière qu'elle tient du fait qu'elle est le seul tribunal international de droit commun permanent[350]. Outre la Cour internationale de Justice et sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, l'expression « juridictions internationales » désigne notamment, mais non exclusivement, les tribunaux régionaux et spécialisés tels que le Tribunal international du droit de la mer, la Cour pénale internationale et les autres tribunaux pénaux internationaux, les tribunaux régionaux des droits de l'homme et l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce, ainsi que les tribunaux arbitraux interétatiques et les autres tribunaux arbitraux appliquant le droit international. Les compétences dont disposent les juridictions internationales et le vaste éventail d'éléments de preuve auquel elles ont accès donnent un poids considérable à leurs décisions, sous réserve des considérations mentionnées dans le paragraphe précédent.

5) Aux fins du présent projet de conclusion, le terme « décisions » s'entend des jugements et des avis consultatifs, ainsi que des ordonnances portant sur des questions de procédure et des décisions interlocutoires. Si les opinions individuelles et dissidentes peuvent faire la lumière sur telle ou telle décision et aborder des questions qui ne sont pas couvertes par celle-ci, elles doivent néanmoins être traitées avec circonspection, car il se peut qu'elles ne reflètent que le point de vue de leur auteur et qu'y soient exposés des arguments auxquels la juridiction concernée n'adhère pas.

6) Le paragraphe 2 concerne les décisions de juridictions nationales (également appelées « tribunaux internes » ou « tribunaux municipaux »)[351]. La distinction entre les juridictions internationales et les juridictions nationales n'est pas toujours évidente ; aux fins du présent projet de conclusions, l'expression « juridictions nationales » désigne également les juridictions composées de magistrats internationaux qui appliquent le droit d'un ou de plusieurs pays, tels les tribunaux hybrides, de composition et de compétence à la fois nationales et internationales.

7) Il convient de faire preuve d'une certaine prudence lorsqu'on envisage de considérer les décisions de juridictions nationales comme des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international coutumier. En conséquence, les deux paragraphes du projet de conclusion sont formulés différemment, le paragraphe 2 contenant le membre de phrase « [u]ne attention peut être portée, le cas échéant ». Aux fins de la question qui nous intéresse, les jugements des juridictions internationales se voient en principe accorder davantage de poids que ceux des juridictions nationales étant donné que, de manière générale, les juridictions internationales ont davantage d'expérience en droit international et sont moins susceptibles de refléter la perspective d'un pays. On retiendra en outre que les juridictions nationales appliquent un droit particulier qui peut tenir compte des règles du droit international dans une certaine mesure et à certains égards seulement. Contrairement aux juridictions internationales, les juridictions nationales peuvent manquer de compétences en droit international et se prononcer sans avoir entendu les arguments des États[352].

---

[349] À cet égard, les décisions de juridictions internationales ne peuvent donc pas non plus être considérées comme des preuves concluantes aux fins de la détermination des règles de droit international.

[350] Bien qu'il n'y ait pas de hiérarchie des juridictions internationales, les décisions de la Cour internationale de Justice se voient souvent accorder un grand poids par les autres tribunaux. Voir, par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n[os] 34356/06 et 40528/06, CEDH 2014, par. 198 ; *Navire « SAIGA » (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, arrêt, *TIDM Recueil 1999*, p. 10, par. 133 et 134 ; et Organisation mondiale du commerce, *Japon — Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R-WT/DS10/AB/R-WT/DS11/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 1er novembre 1996, sect. D.

[351] À propos des décisions de juridictions nationales en tant que moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international coutumier, voir aussi, par exemple, *Le Procureur c. Zejnil Delalić et consorts*, affaire n° IT-96-21-T, jugement du 16 novembre 1998, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 1998*, vol. II, p. 950 et suiv., par. 414.

[352] Voir aussi « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier » (note 287 *supra*), par. 53.

Conclusion 14. Doctrine

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 14 porte sur le rôle de la doctrine dans la détermination des règles de droit international coutumier. Calqué sur le libellé du paragraphe 1 *d* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ce projet de conclusion indique que ces travaux peuvent être utilisés comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier, c'est-à-dire pour rechercher s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*). Le mot « doctrine » doit s'entendre au sens large ; il englobe la doctrine se présentant sous une forme non écrite, par exemple les conférences et les matériels audiovisuels.

2) Comme les décisions des juridictions, qui font l'objet du projet de conclusion 13, la doctrine ne constitue pas en tant que telle une source du droit international coutumier, mais elle peut donner des indications aux fins de la détermination de l'existence et du contenu des règles de ce droit. Cette fonction auxiliaire s'explique par l'intérêt que peut présenter la doctrine en tant qu'elle collecte des informations sur la pratique des États et qu'elle en fait l'analyse, qu'elle relève les divergences dans cette pratique et l'absence ou la formation éventuelles de règles, et qu'elle évalue le droit.

3) Il faut être prudent lorsqu'on s'appuie sur la doctrine, car l'intérêt qu'elle présente pour la détermination de l'existence d'une règle de droit international coutumier est variable ; c'est ce qu'indiquent les mots « peut servir ». Premièrement, les auteurs peuvent viser non seulement à rendre compte de l'état du droit à un moment donné (*lex lata*), mais aussi à en promouvoir le développement (*lex ferenda*). Ce faisant, ils ne marquent pas toujours clairement la distinction entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'ils voudraient qu'il soit. Deuxièmement, la doctrine peut refléter les positions nationales ou autres positions individuelles des auteurs. Troisièmement, la qualité de la doctrine peut varier considérablement. Évaluer l'autorité de tel ou tel travail est donc essentiel ; dans l'affaire du *Paquete Habana*, la Cour suprême des États-Unis a visé les travaux des juristes et commentateurs qui, grâce à des années de travail, de recherche et d'expérience, ont acquis une connaissance approfondie des sujets dont ils traitent. Les tribunaux judiciaires consultent ces travaux non pour les considérations de leurs auteurs sur ce que devrait être le droit, mais pour les preuves fiables qu'ils contiennent de ce qu'il est réellement[353].

4) Le mot « publicistes », qui est tiré du Statut de la Cour internationale de Justice, vise toutes les personnes dont les travaux universitaires peuvent contribuer à éclaircir des points de droit international. Naturellement, la plupart de ces personnes seront des spécialistes du droit international public, mais d'autres auteurs ne sont pas à exclure. La référence aux publicistes « les plus qualifiés » vise à souligner qu'une attention doit être accordée aux écrits des auteurs éminents dans le domaine concerné. Cela étant, c'est la qualité des travaux et non la réputation de leur auteur qui importe en dernière analyse ; comptent parmi les facteurs à prendre en considération à cet égard l'approche retenue par l'auteur pour déterminer le droit international coutumier et la mesure dans laquelle son texte y est fidèle. La référence aux publicistes « des différentes nations » vise à souligner qu'il importe de tenir compte autant que possible de la doctrine représentative des principaux systèmes juridiques et des principales régions du monde dans les différentes langues de travail.

5) Les textes issus des travaux des organes internationaux œuvrant à la codification et au développement du droit international peuvent être une ressource utile à cet égard. Figurent notamment parmi ces organes collectifs l'Institut de droit international et l'Association de droit international ainsi que des organes internationaux d'experts spécialisés dans certains domaines. La valeur de chaque texte doit être soigneusement évaluée en tenant compte du mandat et des compétences de l'organe concerné, du soin et de l'objectivité dont il fait preuve dans le cadre de ses travaux sur telle ou telle question, du soutien dont bénéficie le texte en question au sein de l'organe ainsi que de l'accueil qui lui a été réservé par les États.

Sixième partie

OBJECTEUR PERSISTANT

La sixième partie comprend un seul projet de conclusion, relatif à l'objecteur persistant.

Conclusion 15. Objecteur persistant

1. Lorsqu'un État a objecté à une règle de droit international coutumier lorsqu'elle était en voie de formation, cette règle n'est pas opposable audit État aussi longtemps qu'il maintient son objection.

2. L'objection doit être exprimée clairement, être communiquée aux autres États et être maintenue de manière persistante.

Commentaire

1) Les règles du droit international coutumier « par nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent donc être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un quelconque des membres de la communauté à son propre avantage[354] ». Toutefois, lorsqu'un État s'est systématiquement opposé à une règle *émergente* de droit international coutumier et continue de s'y opposer après sa cristallisation, cette règle ne lui est pas opposable. C'est ce que l'on appelle souvent la « règle » ou la « doctrine » de l'objecteur persistant, et il n'est pas rare que cette question se pose dans le cadre de la détermination des règles du droit international coutumier.

[353] Cour suprême des États-Unis, *The Paquete Habana and The Lola*, 175 U.S. 677 (1900), à la page 700. Voir également *Affaire du « Lotus »* (note 253 *supra*), aux pages 26 et 31.

[354] *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* la note 257), aux pages 38 et 39, par. 63. Cela est vrai des règles du droit international coutumier « général », par opposition au droit international coutumier « particulier » (voir *infra* le projet de conclusion 16).

2) La règle de l'objecteur persistant ne vise pas les cas où l'objection d'un nombre important d'États à la formation d'une nouvelle règle de droit international coutumier empêche purement et simplement la cristallisation de la règle en question (du fait qu'il n'y a pas de pratique générale acceptée comme étant le droit)[355], et son application est assortie de conditions rigoureuses.

3) Un État qui s'oppose à une règle de droit international coutumier en voie de formation en faisant valoir des arguments contre elle ou en appliquant une pratique s'écartant de celle-ci peut adopter l'une ou l'autre des positions suivantes ou combiner les deux : il peut tenter d'empêcher la formation de la règle, et/ou, si la règle parvient à se former, faire en sorte qu'elle ne lui soit pas opposable. On peut citer par exemple le cas de certains États qui se sont opposés, alors qu'elle était en voie de formation, à la règle permettant à chaque État de fixer la largeur de sa mer territoriale pour autant que celle-ci ne dépasse pas 12 milles marins. Peut-être auraient-ils voulu définir comme règle générale une largeur de 3, 4 ou 6 milles marins mais, quoi qu'il en soit, ils n'étaient pas disposés à accepter qu'un élargissement des mers territoriales leur soit imposé[356]. S'il est établi qu'une règle du droit international coutumier s'est formée, c'est à l'État objecteur qu'il incombe de prouver qu'il peut se prévaloir du statut d'objecteur persistant.

4) La règle de l'objecteur persistant est très souvent invoquée et reconnue dans la jurisprudence, tant internationale que nationale[357], ainsi que dans d'autres contextes[358]. Si les vues divergent parfois, la règle de l'objecteur persistant est largement acceptée par les États et les auteurs ainsi que par les institutions scientifiques qui s'occupent de droit international[359].

5) Le paragraphe 1 indique clairement que l'objection doit avoir été exprimée alors que la règle en question était en voie de formation. Cet aspect temporel de l'objection est essentiel : l'État doit exprimer son opposition avant qu'une pratique donnée se soit cristallisée en règle du droit international coutumier, et sa position sera d'autant plus ferme qu'il aura fait connaître son opposition tôt. S'il n'est pas toujours facile de faire la distinction entre objection et violation, il ne saurait y avoir de règle de l'objecteur ultérieur : une fois que la règle est formée, un État ne peut pas s'y soustraire simplement en s'y opposant.

6) Si un État établit son statut d'objecteur persistant, la règle ne lui est pas applicable tant qu'il maintient son objection ; l'expression « pas opposable » est utilisée pour illustrer le caractère exceptionnel de la position d'objecteur persistant. Comme il est indiqué plus loin dans le paragraphe, une fois qu'il a abandonné son objection (ce qu'il peut faire à tout moment, expressément ou d'une autre manière), l'État concerné est lié par la règle.

7) Le paragraphe 2 énonce en termes précis les conditions rigoureuses qui doivent être remplies pour qu'un État puisse établir et conserver son statut d'objecteur persistant à l'égard d'une règle du droit international coutumier. Outre qu'elle doit être formulée avant que la pratique ne se cristallise en règle de droit, l'objection doit être exprimée clairement, à savoir que la non-acceptation de la règle en voie de formation ou le refus d'être lié par elle doit être sans ambiguïté[360]. L'objection n'a toutefois pas à être exprimée sous une forme particulière. Il n'est notamment pas nécessaire qu'elle se traduise par une action concrète ; une objection verbale claire, formulée par écrit ou oralement, suffit pour que l'État concerné conserve son statut juridique d'objecteur.

8) La condition exigeant que l'objection soit communiquée aux autres États signifie que l'objection doit être communiquée à l'échelle internationale ; elle ne peut pas simplement être exprimée au niveau national. C'est à l'État objecteur qu'il incombe de veiller à ce que l'objection soit effectivement communiquée aux autres États.

9) La condition exigeant que l'objection soit maintenue de manière persistante s'applique à la fois avant et après la formation de la règle du droit international coutumier.

---

[355] Voir, par exemple, Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 2 BvM 1/76, décision n° 32 du 13 décembre 1977, BVerfGE, vol. 46 (1978), p. 342 à 404, aux pages 388 et 389, par. 6 [« Cela ne concerne pas simplement une action qu'un État peut soutenir avec succès depuis toujours contre l'application d'une règle générale existante du droit international en faisant valoir ses droits de manière persistante (au sens de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire des pêcheries* [voir *supra* la note 292], p. 131), mais au contraire l'impossibilité de postuler à l'heure actuelle l'existence d'une règle générale correspondante du droit international. »].

[356] Finalement, dans le cadre d'un accord global sur le droit de la mer, les États n'ont pas maintenu leurs objections. Il peut parfois être difficile de conserver le statut d'objecteur persistant sur la durée, mais cela ne remet pas en cause l'existence de la règle.

[357] Voir, par exemple, *Affaire des pêcheries* (voir *supra* la note 292), à la page 131 ; *Michael Domingues c. États-Unis*, affaire n° 12.285 (2002), Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport n° 62/02, par. 48 et 49 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Sabeh El Leil c. France* [GC], n° 34869/05, 29 juin 2011, par. 54 ; Organisation mondiale du commerce, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R-WT/DS292/R-WT/DS293/R [et Corr.1 et Add.1 à 9], rapport du Groupe spécial adopté le 21 novembre 2006, à la page 380, note 248 ; et cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699, à la page 715, par. 54.

[358] Voir, par exemple, l'intervention de la Turquie en 1982 à la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, *Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. XVII (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.84.V.3), 189e séance (A/CONF.62/SR.189), p. 76, par. 150 (disponible à l'adresse suivante : https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/vol17.shtml) ; États-Unis, Département de la défense, *Law of War Manual*, Office of General Counsel, Washington, juin 2015, aux pages 29 à 34, sect. 1.8 (droit international coutumier), en particulier à la page 30, par. 1.8 (« Le droit international coutumier est généralement contraignant pour tous les États, mais ceux qui se sont opposés de manière persistante à une règle de droit international coutumier pendant qu'elle était en voie de formation ne sont pas liés par cette règle »), et à la page 34, par. 1.8.4 ; et Cour permanente d'arbitrage, *Procédure arbitrale sur l'aire marine protégée de Chagos (République de Maurice c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)*, affaire n° 2011-03, réplique de la République de Maurice, vol. 1 (18 novembre 2013), p. 124, par. 5.11 (disponible à l'adresse suivante : https://pca-cpa.org/en/cases/11/).

[359] La Commission a elle-même récemment évoqué la règle dans son Guide de la pratique sur les réserves aux traités, dans lequel elle indique qu'« une réserve peut être le moyen pour un "objecteur persistant" de manifester la constance de son objection : celui-ci peut certainement refuser l'application, par le biais d'un traité, d'une règle qui ne lui est pas opposable en vertu du droit international général » [voir le paragraphe 7 du commentaire concernant la directive 3.1.5.3, *Annuaire… 2011*, vol. II (3e partie), p. 231].

[360] Voir, par exemple, Cour d'appel de la Haute Cour de la Région administrative spéciale de Hong Kong, *C. v. Director of Immigration and another*, HKCA 159, CACV 132/2008, jugement du 21 juillet 2011, par. 68 (« La preuve de l'objection doit être manifeste »).

Pour déterminer si cette condition est remplie, il faut faire preuve de pragmatisme et tenir compte des circonstances propres à chaque cas. Cette condition signifie, premièrement, que l'objection devrait être réaffirmée lorsque les circonstances sont telles que cette réaffirmation s'impose (c'est-à-dire, lorsque le silence ou l'inaction pourraient raisonnablement amener à conclure que l'État a abandonné son objection). Ce pourrait par exemple être le cas lorsque l'État objecteur participe à une conférence à laquelle la règle concernée est réaffirmée. L'on ne peut toutefois pas attendre des États qu'ils manifestent leur objection en toute occasion, en particulier lorsque leur position est déjà bien connue. Deuxièmement, les réaffirmations successives de l'objection doivent être globalement cohérentes, c'est-à-dire ne pas présenter de contradictions notables.

10) L'incorporation du projet de conclusion 15 dans le présent projet de conclusions est sans préjudice des questions afférentes au *jus cogens*.

Septième partie

DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER PARTICULIER

La septième partie comprend un seul projet de conclusion, relatif au droit international coutumier particulier (parfois appelé « coutume régionale » ou « coutume spéciale »). Si les règles de droit international coutumier général revêtent un caractère contraignant pour tous les États, les règles de droit international coutumier particulier s'appliquent entre un nombre limité d'États. Même si celles-ci ne sont pas fréquentes, elles jouent parfois un rôle important dans les relations interétatiques, en conciliant des valeurs et intérêts différents propres à certains États seulement[361].

Conclusion 16. Droit international coutumier particulier

1. Une règle de droit international coutumier particulier, qu'elle soit régionale, locale ou autre, est une règle de droit international coutumier qui ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États.

2. Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier particulier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale entre les États concernés qui est acceptée par eux comme étant le droit (*opinio juris*).

Commentaire

1) Il est incontesté qu'il peut exister des règles de droit international coutumier n'ayant pas un caractère général. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice le confirme, laquelle cite notamment un droit international coutumier « particulier au système juridique interaméricain[362] » ou « dont la valeur serait limitée au continent africain comme elle l'aurait été auparavant à l'Amérique hispanique[363] », « une coutume locale[364] » et un droit international coutumier « de caractère régional[365] ». Les affaires dans lesquelles la Cour a été appelée à identifier de telles règles comprennent l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*[366] et l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien*[367]. Le terme « droit international coutumier particulier » désigne ces règles par opposition aux règles du droit international coutumier d'application générale. Il a été préféré à « coutume particulière » pour souligner que le projet de conclusion concerne des règles de droit et non de simples coutumes ou usages : il peut en effet exister entre les États des « coutumes locales » qui ne sont pas des règles de droit international[368].

2) Le projet de conclusion 16 a été placé à la fin du projet de conclusions parce que, d'une manière générale, les projets de conclusion qui précèdent s'appliquent également à la détermination des règles de droit international coutumier particulier, sauf si le présent projet de conclusion en dispose autrement. En particulier, l'approche des deux éléments s'applique, comme indiqué dans le présent commentaire[369].

3) Le paragraphe 1, qui a le caractère d'une définition, explique que le droit international coutumier particulier ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États. Il doit être distingué du droit international coutumier général, c'est-à-dire du droit international coutumier qui s'impose en principe à tous les États. En soi, une règle de droit international coutumier particulier ne crée ainsi ni obligations ni droits pour les États tiers[370].

4) Les règles de droit international coutumier particulier peuvent s'appliquer entre divers types de groupements d'États. On parle souvent de règles coutumières de caractère régional, comme celles « propre[s] aux États de l'Amérique latine » (dont l'institution de l'asile diplomatique est un exemple couramment cité)[371]. Un droit international coutumier particulier peut s'appliquer à une aire géographique plus réduite, par exemple une sous-région, ou même ne lier que deux États. Une telle coutume était en cause dans l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien*, dans laquelle la Cour internationale de Justice a jugé ce qui suit :

---

[361] Il n'est pas exclu qu'elles puissent avec le temps se transformer en règles de droit international coutumier général.

[362] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra* la note 249), à la page 105, par. 199.

[363] *Différend frontalier*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 554, à la page 565, par. 21.

[364] *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* (voir *supra* la note 271), à la page 200 ; et *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra* la note 261), à la page 39.

[365] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 269), à la page 233, par. 34.

[366] *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra* la note 260).

[367] *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra* la note 261).

[368] Voir également *supra* le projet de conclusion 9, par. 2.

[369] La Cour internationale de Justice a considéré que le droit international coutumier particulier relevait du paragraphe 1 *b* de l'Article 38 de son statut : voir *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (note 260 *supra*), à la page 276.

[370] La situation est comparable à celle exposée dans les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 en ce qui concerne les traités et les États tiers (partie III, sect. 4).

[371] *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra* la note 260), à la page 276.

On voit difficilement pourquoi le nombre des États entre lesquels une coutume locale peut se constituer sur la base d'une pratique prolongée devrait nécessairement être supérieur à deux. La Cour ne voit pas de raison pour qu'une pratique prolongée et continue entre deux États, pratique acceptée par eux comme régissant leurs rapports, ne soit pas à la base de droits et d'obligations réciproques entre ces deux États[372].

Les affaires dans lesquelles des prétentions concernant l'existence d'un tel droit international coutumier particulier ont été examinées concernaient, par exemple, un droit d'accès à des enclaves en territoire étranger[373] ; la copropriété (condominium) d'eaux historiques entre trois États côtiers[374] ; le droit des habitants de la rive d'un fleuve servant de frontière entre deux États de pratiquer la pêche de subsistance[375] ; un droit de transit transfrontalier/international avec dispense des formalités d'immigration[376] ; et une obligation de parvenir à un accord dans l'administration de la production d'énergie sur un fleuve servant de frontière entre deux États[377].

5) S'il existe généralement une certaine proximité géographique entre les États auxquels une règle de droit international coutumier particulier s'applique, cela n'est pas toujours nécessaire. L'expression « régionale, locale ou autre » vise à indiquer que bien qu'une règle de droit international coutumier particulier soit le plus souvent régionale, sous-régionale ou locale, il n'y a pas de raison, en principe, pour qu'une règle de droit international coutumier particulier ne puisse également se former entre États liés par une cause, une activité ou un intérêt commun autre que leur situation géographique ou constituant une communauté d'intérêt, établie par un traité ou autrement.

6) Le paragraphe 2 concerne les conditions de fond de la détermination de l'existence d'une règle de droit international coutumier particulier. Pour l'essentiel, déterminer si une telle règle existe consiste à rechercher s'il existe une pratique générale des États concernés qui est acceptée par eux comme régissant leurs relations. Dans l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, la Cour internationale de Justice a fourni des indications sur ce point lorsqu'elle a déclaré ce qui suit en ce qui concerne l'argument de la Colombie concernant l'existence d'une « coutume régionale ou locale, propre aux États de l'Amérique latine » :

La Partie qui invoque une coutume de cette nature doit prouver qu'elle s'est constituée de telle manière qu'elle est devenue obligatoire pour l'autre Partie. Le Gouvernement de la Colombie doit prouver que la règle dont il se prévaut est conforme à un usage constant et uniforme, pratiqué par les États en question, et que cet usage traduit un droit appartenant à l'État octroyant l'asile et un devoir incombant à l'État territorial. Ceci découle de l'Article 38 du Statut de la Cour, qui fait mention de la coutume internationale « comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit »[378].

7) L'approche des deux éléments qui exige à la fois une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) s'applique ainsi également à la détermination des règles de droit international coutumier particulier. Toutefois, s'agissant de ce droit, la pratique doit être générale au sens où elle doit être constante « entre les États concernés », c'est-à-dire tous les États auxquels la règle en question s'applique. Chacun d'eux doit l'avoir acceptée comme étant le droit entre eux. À cet égard, l'application de l'approche des deux éléments est plus stricte dans le cas des règles de droit international coutumier particulier.

---

[372] *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra* la note 261), à la page 39.

[373] Ibid., p. 6.

[374] Voir les prétentions du Honduras dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant))*, arrêt du 11 septembre 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 351, à la page 597, par. 399.

[375] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 269), aux pages 265 et 266, par. 140 à 144 ; voir également l'opinion individuelle du juge Sepúlveda-Amor, aux pages 278 à 282, par. 20 à 36.

[376] *Nkondo v. Minister of Police and Another*, Cour suprême d'Afrique du Sud, 1980 (2) SA 894 (O), 7 mars 1980, *International Law Reports*, vol. 82, p. 358 à 375, aux pages 368 à 375 [le juge Smuts déclarant ce qui suit : « Il n'y a pas de preuve d'une pratique établie de longue date entre l'Afrique du Sud et le Lesotho qui se serait cristallisée en un droit coutumier local de transit avec dispense des formalités d'immigration » (p. 359)].

[377] Tribunal fédéral suisse, *Kraftwerk Reckingen AG c. Canton de Zurich et autres*, ATF 129 II 114, arrêt du 10 octobre 2002, deuxième Cour de droit public, par. 4.

[378] *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra* la note 260), aux pages 276 et 277.