

**Projets de conclusion sur la détermination du
droit international coutumier
et commentaires y relatifs
2018**

Texte adopté par la Commission du droit international à sa soixante-dixième session, en 2018, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/73/10). Le rapport, qui contient également des commentaires sur des projets de conclusion (para. 66), sera reproduit dans l'*Annuaire de la Commission du droit international, 2018*, vol. II(2).



Détermination du droit international coutumier

Commentaire général

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

2) Les présents projets de conclusion concernent le mode de détermination des règles de droit international coutumier. Ils visent à indiquer la voie à suivre pour déterminer l'existence 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 mettre en évidence des règles de droit international coutumier. Dans chaque cas, une méthode structurée et fiable d'analyse juridique et d'évaluation est nécessaire pour que toute règle du droit international coutumier soit dûment déterminée, de manière à renforcer la crédibilité de cette détermination ainsi que, plus généralement, celle du droit international coutumier.

3) Le droit international coutumier est un droit non écrit, issu d'une pratique acceptée comme étant le droit. Il reste une source importante du droit international public⁶⁶³. Il fait 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 »⁶⁶⁴. Ce libellé fait ressortir les deux éléments constitutifs du droit international coutumier : une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (souvent appelée *opinio juris*)⁶⁶⁵.

4) 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 doctrine⁶⁶⁶. Les projets de conclusion rendent compte de la démarche adoptée par les États, ainsi que par les juridictions et les organisations internationales et la plupart des auteurs. Partant du constat que le processus de détermination du droit international coutumier ne se

⁶⁶³ 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. De plus, 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 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 331 (ci-après « 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. En tout état de cause, une règle du 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 ; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, C.I.J. Recueil 2015, p. 3, aux pages 48 et 49, par. 88).

⁶⁶⁴ 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.

⁶⁶⁵ Dans les projets de conclusion et les commentaires, 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 (y compris dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice), mais aussi parce qu'elle caractérise mieux la nature particulière de cet élément subjectif, qui constitue une conviction juridique plutôt qu'un consentement formel.

⁶⁶⁶ Le présent commentaire ne mentionne pas de textes de doctrine sur le sujet, bien que ceux-ci puissent être utiles (et que le Rapporteur spécial y fait abondamment référence dans ses rapports). Pour une bibliographie, notamment des ouvrages correspondant à des thèmes traités dans différents projets de conclusion, ou ayant trait au droit international coutumier dans différents domaines, voir l'annexe II du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/717/Add.1).

prête pas toujours à des formulations précises, les projets de conclusion visent à indiquer la voie à suivre sans être excessivement prescriptifs.

5) 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. Alors que les règles de droit international coutumier sont contraignantes pour tous les États, les sixième et septième parties sont consacrées à deux situations exceptionnelles : l'objecteur persistant et le droit international coutumier particulier (règles du droit international coutumier qui ne s'appliquent qu'entre un nombre limité d'États).

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, 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 »⁶⁶⁷.

3) Dans le présent texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs, les « règles » de droit international coutumier englobent les dispositions de droit international coutumier qui sont susceptibles d'être qualifiées de « principes » en raison de leur caractère plus général et plus fondamental⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ 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 ou de droit international coutumier ou de principes généraux du droit. Pour une analyse 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, à la page 782 (opinion individuelle de la juge Donoghue, par. 2) et aux pages 846 à 849 (opinion individuelle du juge ad hoc Dugard, par. 12 à 17).

⁶⁶⁸ Voir aussi *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 de droit international pour lesquelles

4) 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, son contenu exact est contesté. Tel peut être le cas, par exemple, s'il est question de savoir si une formulation particulière (figurant généralement dans des textes de traités ou de résolutions) coïncide en fait avec une règle existante de droit international coutumier ou s'il existe des exceptions à une règle reconnue de droit international coutumier.

5) 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 du 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 de droit international coutumier. Cependant, les projets de conclusion ne traitent pas systématiquement de la façon dont ces règles apparaissent, évoluent ou prennent fin.

6) Plusieurs autres questions sont extérieures au champ d'application des projets de conclusion. Premièrement, ceux-ci ne traitent pas du fond du droit international coutumier ; ils ne visent que la question méthodologique du mode de détermination des règles de droit international coutumier⁶⁶⁹. Deuxièmement, les projets de conclusion ne tentent nullement d'expliquer les rapports existant entre le droit international coutumier et d'autres sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, et les principes généraux de droit) ; 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. Troisièmement, les projets de conclusion sont sans préjudice des questions de hiérarchie entre les règles de droit international, y compris en ce qui concerne les normes impératives de droit international général (*jus cogens*), ou des questions relatives au caractère *erga omnes* de certaines obligations. Quatrièmement, les projets de conclusion ne portent pas sur le statut du droit international coutumier dans les ordres juridiques nationaux. Enfin, les projets de conclusion n'abordent pas en termes généraux la question d'une possible charge de la preuve quant à l'existence du droit international coutumier.

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 du droit international coutumier suppose que soit établie l'existence de 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*).

l'appellation de "principes" peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fondamental. »).

⁶⁶⁹ En conséquence, toute référence, dans les présents commentaires, à des décisions particulières de juridictions vise à illustrer la méthodologie, et non le fond des décisions.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 2 expose l'approche fondamentale selon laquelle la détermination d'une règle du 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*). En d'autres termes, il faut examiner ce que font effectivement les États et chercher à déterminer si ceux-ci considèrent avoir le droit ou l'obligation 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 effectivement⁶⁷⁰.

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 du droit international coutumier. Pour déterminer une telle règle, il faut donc examiner avec attention les éléments de preuve disponibles et établir que ces deux éléments sont présents en toutes circonstances. Cela est notamment confirmé par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, laquelle vise « deux conditions [qui] doivent être remplies »⁶⁷¹ et a indiqué de façon répétée qu'« une "pratique effective" assortie d'une *opinio juris* est en particulier requise pour qu'existe une telle règle [du droit international coutumier] »⁶⁷². Établir le bien-fondé d'une affirmation concernant l'existence ou le contenu d'une règle du droit international coutumier suppose de rechercher une pratique dont l'acceptation par les États est telle que celle-ci 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)⁶⁷³. La question qui doit être systématiquement posée est la suivante : 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 du droit international coutumier n'existe pas. Dans l'affaire du *Droit d'asile*, par exemple, la Cour internationale de Justice a considéré que les faits relatifs à l'existence prétendue d'une règle du 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

⁶⁷⁰ Il ne suffit pas que les parties soient du même avis ; il faut s'assurer qu'il existe bien une pratique générale acceptée comme étant le droit. Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), aux pages 97 et 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. »).

⁶⁷¹ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 44, par. 77.

⁶⁷² Voir, par exemple, *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 ; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 13, aux pages 29 et 30, par. 27 ; *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 44, par. 77.

⁶⁷³ 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*, note 672), aux pages 122 à 139, par. 55 à 91).

droit en ce qui concerne la prétendue règle de la qualification unilatérale et définitive du délit »⁶⁷⁴.

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 du droit international coutumier. La pratique, même répandue et constante, qui n'est pas acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) ne peut être plus 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 du droit international coutumier⁶⁷⁵. 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 n'ont pas été adoptées 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, qu'un élément déductif soit utilisé, avec prudence, à titre d'aide, 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 droit⁶⁷⁶, ou lorsque l'on conclut que d'éventuelles règles de droit international font partie d'un « tout indivisible »⁶⁷⁷.

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, système juridique unique que l'on ne saurait diviser en branches distinctes ayant chacune sa propre approche à l'égard des sources⁶⁷⁸. Si, dans son application effective, l'approche fondamentale peut très bien tenir compte des circonstances et du contexte particuliers dans lesquels une règle supposée est apparue et doit être appliquée⁶⁷⁹, 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.

⁶⁷⁴ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950, p. 266, à la page 277.*

⁶⁷⁵ Dans l'affaire du *Droit de passage*, par exemple, la Cour a estimé que rien n'indiquait que la pratique récurrente du passage, à travers le territoire indien, des forces armées et de la police armée portugaises entre Damao et les enclaves portugaises en Inde, ou entre les enclaves elles-mêmes, avait été autorisée ou exercée à titre de droit. La Cour a expliqué : « La Cour estime 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 40 à 43*). Dans son avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour 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*, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), *decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment)*, 31 mai 2004, p. 13, par. 17.

⁶⁷⁶ 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.

⁶⁷⁷ *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 624, à la page 674, par. 139.

⁶⁷⁸ Voir aussi les conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire ... 2006*, vol. II (2^e partie), par. 251 1).

⁶⁷⁹ Voir *infra*, projet de conclusion 3.

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.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 3 concerne l'appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs du droit international coutumier⁶⁸⁰. Il contient des orientations générales pour la détermination de l'existence et du contenu d'une règle du droit international coutumier à partir des différents éléments de preuve disponibles au moment de l'appréciation, orientations qui rendent compte à la fois de l'analyse systématique et rigoureuse requise et de 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 tous les projets de conclusion, 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 (*opinio juris*) doit être étudiée soigneusement dans chaque cas, à la lumière des circonstances pertinentes⁶⁸¹. Pareille analyse non seulement renforce la crédibilité de chaque décision particulière, mais aussi permet d'appliquer l'approche des deux éléments, avec la souplesse nécessaire, dans tous les domaines du droit international.

3) L'obligation de considérer le contexte général dénote la nécessité d'appliquer l'approche des deux éléments tout en tenant compte de la matière que la règle supposée est censée régler. Autrement dit, dans chaque cas, les principes du droit international qui pourraient être applicables en la matière devraient être pris en considération⁶⁸². De plus, 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 ainsi que certaines formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peuvent se révéler particulièrement

⁶⁸⁰ 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.

⁶⁸¹ Voir aussi *Plateau continental de la mer du Nord* (*supra*, note 671), 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. ») ; *Freedom and Justice Party v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, [2018] EWCA Civ 1719 (19 juillet 2018), par. 19 ("the ascertainment of customary international law involves an exhaustive and careful scrutiny of a wide range of evidence") [l'établissement de l'existence du droit international coutumier suppose un examen complet et attentif d'un large éventail de preuves].

⁶⁸² 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 procède du principe de l'égalité souveraine des États, et, dans ce contexte, doit 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*, note 672), 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* (*supra*, note 667), opinion individuelle de la juge Donoghue (par. 3 à 10). La Cour internationale de Justice a aussi expliqué qu'« une règle du droit international, coutumier ou conventionnel, ne s'applique pas dans le vide ; elle s'applique par rapport à des faits et dans le cadre d'un ensemble plus large de règles juridiques dont elle n'est qu'une partie » (*Interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1980*, p. 73, à la page 76, par. 10).

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 [sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens]. 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. »⁶⁸³.

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 *opinio juris*). Par exemple, lorsqu'il est question de règles prohibitives, il peut parfois être difficile de trouver beaucoup d'éléments d'une pratique étatique positive (par opposition à l'inaction⁶⁸⁴) ; dans les affaires portant sur de telles règles, il s'agira plus probablement d'évaluer si l'inaction est acceptée comme étant le droit.

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'à cette condition que ceux-ci seront appréciés à leur juste valeur. 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) du 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. »⁶⁸⁵.

De même, 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

⁶⁸³ *Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), 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 ce qui suit : « [I]l 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. Tadić*, affaire IT-94-1-AR72, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence du 2 octobre 1995, par. 99.

⁶⁸⁴ Sur l'inaction comme forme de pratique, voir *infra*, projet de conclusion 6 et commentaire y relatif, par. 3).

⁶⁸⁵ *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.

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. 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 du droit international coutumier, la présence 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, même si la pratique et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) fournissent ensemble les informations nécessaires à la détermination du droit international coutumier, deux examens distincts doivent être effectués. Les éléments constitutifs peuvent être indissolublement liés (dans le sens où la pratique peut être assortie d'une certaine motivation), mais chacun d'eux est une notion autonome aux fins de la détermination d'une règle du 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. De plus, l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) doit être recherchée non seulement auprès de ceux qui prennent part à la pratique, mais aussi auprès de ceux qui sont en mesure d'y réagir⁶⁸⁶. 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 : « [L]e fait d'avoir agi ou de s'être engagé à agir d'une certaine façon ne prouve rien sur le plan juridique »⁶⁸⁷.

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. De même, un rapport officiel publié par un État peut valoir pratique (ou contenir des informations sur la pratique étatique) et témoigner des conceptions juridiques qui la sous-tendent. Cependant, le point important reste 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) Si, pour déterminer une règle du 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, rien n'oblige à procéder dans cet ordre. La détermination d'une règle du droit international coutumier peut aussi consister à évaluer un texte écrit qui exprimerait une conviction juridique répandue, puis à chercher à vérifier l'existence d'une pratique générale correspondant à celle-ci.

⁶⁸⁶ Voir aussi *infra*, commentaire du projet de conclusion 9, par. 5.

⁶⁸⁷ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 44, par. 76. De même, dans l'affaire du *Lotus*, la Cour permanente de Justice internationale a 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 »*, C.P.J.I., Série A, n° 10 (1927), à la page 28). Voir aussi *infra*, projet de conclusion 9, par. 2.

Troisième partie

Pratique générale

Comme il est indiqué dans le projet de conclusion 2, ci-dessus, 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 »⁶⁸⁸, il 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.

Commentaire

- 1) Le projet de conclusion 4 précise quelle est la pratique à prendre en considération pour déterminer l'existence et le contenu de règles du droit international coutumier.
- 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 »⁶⁸⁹. Parce qu'ils sont les principaux sujets du système juridique international et disposent d'une compétence générale, les États jouent un rôle prédominant dans la formation du droit international coutumier et c'est avant tout leur pratique qui doit être examinée aux fins de la détermination de ce droit. Dans bien des cas, la pratique des États est même le seul élément pertinent à prendre en considération pour déterminer l'existence et le contenu des règles du droit international coutumier. Ainsi que l'a fait savoir la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, pour « identifier les règles du droit international coutumier applicables au présent différend ... elle doit examiner la pratique et l'*opinio juris* des États »⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ Parfois également appelé *usus* (usage), ce qui risque de prêter à confusion avec l'expression « simple usage ou habitude », qui est à distinguer du droit international coutumier : voir *infra*, projet de conclusion 9, par. 2.

⁶⁸⁹ La pratique des États remplit d'autres fonctions importantes en droit international public, notamment en ce qui concerne l'interprétation des traités, mais ces fonctions n'entrent pas dans le champ d'application du présent projet de conclusions.

⁶⁹⁰ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 97, par. 183. De la même manière, en l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, la Cour a considéré qu'« [i]l 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 [...] » (*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* (voir *supra*, note 672), à la page 29, par. 27) ; dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour a confirmé une fois encore que c'est de « la pratique des États [que] découle le droit international coutumier » (*Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), à la page 143, par. 101).

3) L'adverbe « principalement » a une double utilité. En plus de mettre en avant le rôle prépondérant que joue la pratique des États dans la formation et l'expression des règles du droit international coutumier, il sert à renvoyer le lecteur à l'autre pratique qui contribue, dans certains cas, à la formation ou à l'expression des règles du droit international coutumier, laquelle est traitée au paragraphe 2.

4) Le paragraphe 2 indique que, « [d]ans certains cas », la pratique des organisations internationales contribue elle aussi à la formation et à l'expression des règles de droit international coutumier⁶⁹¹. Si les organisations internationales servent souvent d'arènes ou de catalyseurs de la pratique des États, ce paragraphe traite de la pratique attribuée aux organisations internationales elles-mêmes, et non de la pratique de leurs États membres agissant dans le cadre de ces organisations ou en rapport avec elles (pratique qui est attribuée aux États concernés)⁶⁹². Dans les cas où la pratique des organisations internationales elles-mêmes est pertinente (comme décrit ci-après), les références à la pratique des États dans le projet de conclusions et les commentaires devraient être interprétées comme incluant, *mutatis mutandis*, la pratique des organisations internationales.

5) Les organisations internationales ne sont pas des États⁶⁹³. Ce sont des entités créées et habilitées par des États (ou par des États et/ou d'autres organisations internationales) dans le but d'exercer certaines fonctions et qui, à cette fin, sont dotées d'une personnalité juridique internationale, c'est-à-dire qu'elles ont leurs propres droits et obligations au regard du droit international. La pratique des organisations internationales dans les relations internationales⁶⁹⁴ (lorsqu'elle s'accompagne de l'*opinio juris*) peut être considérée comme donnant lieu à des règles du droit international coutumier ou attestant de leur existence ; ce principe ne s'applique toutefois qu'aux règles a) dont l'objet relève du mandat des organisations, et/ou b) qui concernent expressément les organisations (telles que les règles relatives à leur responsabilité internationale ou aux traités auxquels elles peuvent être parties). L'expression « [d]ans certains cas », au paragraphe 2, vise d'ailleurs à indiquer que la pratique des organisations internationales n'est pas pertinente aux fins de la détermination de toutes les règles du droit international coutumier et qu'en outre, il se peut que seule soit pertinente la pratique de certaines organisations internationales, et non de toutes.

6) Dans ce contexte, la pratique relevant du paragraphe 2 se manifeste de la façon la plus évidente 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, par exemple, pour certaines compétences de l'Union européenne. La pratique visée au paragraphe 2 peut également se manifester dans des cas où les États membres ont transféré à l'organisation internationale non pas des compétences

⁶⁹¹ Le terme « organisations internationales » renvoie, dans le présent projet de conclusions, 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.

⁶⁹² Voir *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.

⁶⁹³ Voir aussi le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adopté par la Commission en 2011, par. 7 du commentaire général : « 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 leurs structure et moyens matériels, ainsi que s'agissant des règles primaires comportant des obligations conventionnelles dont elles sont tenues. » (*Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 47). 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 »).

⁶⁹⁴ La « pratique établie » de l'organisation (c'est-à-dire la pratique faisant partie des règles de l'organisation au sens du paragraphe 1 j) de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales) n'entre pas dans le champ d'application des présentes conclusions.

exclusives, mais des compétences fonctionnellement équivalentes à celles qu'ils exercent. La pratique des organisations internationales lorsqu'elles concluent des traités, qu'elles font fonction de dépositaires, qu'elles déploient des forces militaires (par exemple, dans le cadre d'opérations de maintien de la paix), qu'elles administrent des territoires ou qu'elles prennent position sur l'étendue des privilèges et immunités de l'organisation et de ses fonctionnaires, peut par conséquent contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles du droit international coutumier dans ces domaines⁶⁹⁵.

7) Il convient néanmoins de faire preuve de prudence lorsqu'on apprécie l'importance de la pratique d'une organisation internationale dans le cadre d'une pratique générale. 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 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 de droit international coutumier. Les autres facteurs qui devront peut-être être pris 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, 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.

8) Il est expressément indiqué au paragraphe 3 que la conduite d'autres entités que les États et les organisations internationales – par exemple, des organisations non gouvernementales (ONG) et des particuliers, ainsi que des sociétés transnationales et des groupes armés non étatiques – ne crée pas ni n'exprime le droit international coutumier. En elle-même, cette conduite ne contribue ni à la formation ni à l'expression de règles du droit international coutumier et ne constitue pas une preuve directe (première) de l'existence et du contenu de ces règles. Il est cependant reconnu dans le paragraphe qu'elle peut jouer un rôle indirect 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*)⁶⁹⁶. Par exemple, les actes de particuliers peuvent parfois être pertinents aux fins de la formation, ou de l'expression, de règles du droit international coutumier, mais seulement dans la mesure où des États les ont approuvés ou y ont réagi⁶⁹⁷.

9) Les déclarations officielles du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), 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 CICR peuvent être utiles aux fins de la détermination 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 telle⁶⁹⁸.

⁶⁹⁵ Ainsi, on peut lire à la fois dans les conditions générales des accords de prêt et de garantie et autres accords de financement de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) et dans les conditions générales applicables aux prêts consentis à ses membres par la Banque asiatique d'investissement dans les infrastructures (BAII) que différentes sources du droit international public peuvent s'appliquer en cas de litige entre la Banque et une partie à l'accord de financement, parmi lesquelles différentes formes de coutume internationale, notamment la pratique des États et des institutions financières internationales lorsqu'elle est assez généralisée, constante et durable pour créer des obligations juridiques (Banque européenne pour la reconstruction et le développement, Standard Terms and Conditions (1^{er} décembre 2012), par. 8.04 b) vi) C) ; Banque asiatique d'investissement dans les infrastructures, General Conditions for Sovereign-backed Loans (1^{er} mai 2016), par. 7.04 vii) c) (non souligné dans l'original)).

⁶⁹⁶ En cette dernière capacité, leur production peut relever du projet de conclusion 14, ci-après. La Commission a examiné un point similaire s'agissant de la pratique des « acteurs non étatiques » dans le cadre de son sujet « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » : voir *infra*, projet de conclusion 5, par. 2, adopté en seconde lecture dans le cadre de l'examen de ce sujet.

⁶⁹⁷ Voir, par exemple, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (*supra*, note 683), aux pages 265 et 266, par. 141.

⁶⁹⁸ Ceci est sans préjudice de l'importance des actes du CICR dans l'exercice des fonctions spécifiques qui lui sont conférées, en particulier par les Conventions de Genève du 12 août 1949 relatives à la

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 aussi un comportement « de l'État », pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité⁶⁹⁹.

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 internationales⁷⁰⁰.

5) Pour contribuer à la formation et à la détermination des règles du droit international coutumier, la pratique doit être connue des autres États (qu'elle soit publiquement accessible ou non)⁷⁰¹. De fait, on voit mal comment le comportement confidentiel d'un État pourrait jouer ce rôle tant qu'il n'est pas connu des autres États.

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 pratiques étatiques 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

protection des victimes de guerre.

⁶⁹⁹ 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 y relatifs, voir *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, par. 76 et 77.

⁷⁰⁰ Voir aussi *supra*, projet de conclusion 4, par. 2, et commentaire y relatif.

⁷⁰¹ Dans le cas du droit international coutumier particulier, la pratique doit être connue d'au moins un autre État ou groupe d'États concerné (voir *infra*, projet de conclusion 16).

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'aucune forme de pratique ne prévaut a priori sur aucune autre dans la détermination du droit international coutumier. 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 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 aussi constituer une pratique ; de fait, la pratique peut parfois consister exclusivement en des actes verbaux, par exemple en des protestations diplomatiques.

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, et on ne saurait simplement supposer que l'inaction est délibérée. De telles omissions (parfois dénommées « pratique négative ») peuvent consister notamment à s'abstenir d'engager des poursuites pénales contre des fonctionnaires étrangers, à ne pas protéger certaines personnes naturalisées ou à s'abstenir de recourir à la force⁷⁰².

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 ; compte tenu du rythme de l'évolution politique et technologique, et du caractère inévitable de celle-ci, il serait impossible d'établir une liste exhaustive de toutes les formes que la pratique est susceptible de prendre⁷⁰³. 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 chacune des formes énumérées une interprétation large pour tenir compte de la grande variété des manières dont les États agissent et réagissent. Ainsi, l'expression « conduite exécutive » vise de manière générale toute forme d'acte de l'exécutif, qu'il s'agisse d'ordonnances, de décrets ou d'autres mesures, les déclarations officielles faites sur le plan international ou devant un organe législatif, et les demandes soumises à des juridictions nationales ou internationales. L'expression « les actes législatifs et administratifs » englobe de même les diverses formes de réglementation émanant d'une autorité publique. Par le terme « 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 » vise les actes liés à la négociation et la conclusion des traités, ainsi que leur application ; en concluant un traité, un État peut participer à une pratique dans le

⁷⁰² À titre d'illustrations, voir *Affaire du « Lotus »* (*supra*, note 687), à la page 28 ; *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, C.I.J. Recueil 1955, p. 4, à la page 22 ; *Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), aux pages 134 et 135, par. 77.

⁷⁰³ Voir aussi « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », *Annuaire ... 1950*, vol. II (2^e partie), p. 368, par. 31 ; A/CN.4/710 : Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier : mémorandum du secrétariat (2018).

domaine auquel se rapporte le traité, par exemple dans le domaine 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 les actes des États liés à la négociation, l'adoption et l'application de résolutions, décisions ou autres actes adoptés 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 de la règle particulière considérée et de toutes les circonstances pertinentes⁷⁰⁴.

6) Les décisions des juridictions internes, à tous les niveaux, peuvent constituer la pratique de l'État⁷⁰⁵ (même si, vraisemblablement, celles des juridictions supérieures auront plus de poids) ; des décisions ayant été infirmées sur le point particulier en cause ne sont généralement 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 que « moyen auxiliaire » de détermination des règles de droit international coutumier⁷⁰⁶.

7) Le paragraphe 2 s'applique *mutatis mutandis* aux formes de pratique des organisations internationales dans les cas, visés au paragraphe 2 du projet de conclusion 4 ci-dessus, où cette pratique contribue à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.

8) Le paragraphe 3 précise qu'aucune forme de pratique n'a, dans l'abstrait, une valeur probante supérieure aux autres. Dans certains cas particuliers, cependant, comme il est expliqué dans les commentaires des projets de conclusions 3 et 7 ci-dessus, 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, selon les circonstances.

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 ci-après). 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 (en fonction de son accessibilité) et inclure la pratique pertinente de tous les organes de l'État et

⁷⁰⁴ Voir *supra*, par. 3) du commentaire du projet de conclusion 3.

⁷⁰⁵ Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État* (*supra*, note 672), aux pages 131 à 135, par. 72 à 77 ; *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 plusieurs ordres juridiques internes, comme les juridictions à composition mixte nationale et internationale.

⁷⁰⁶ Voir *infra*, projet de conclusion 13, par. 2. Les décisions des juridictions internes peuvent aussi servir de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) ; voir à ce propos *infra*, projet de conclusion 10, par. 2.

toute la pratique pertinente d'un organe particulier. Il est en outre indiqué clairement dans le paragraphe que la pratique pertinente doit être appréciée non pas isolément mais dans son ensemble ; c'est alors seulement que la position effective de l'État peut être déterminée.

3) La nécessité d'apprécier la pratique accessible « dans son ensemble » est illustrée par l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, dans laquelle la Cour internationale de Justice a noté que, bien que la Cour de cassation grecque ait 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, une position différente avait été adoptée par le Tribunal supérieur spécial grec, par le Gouvernement grec lorsqu'il avait refusé de faire exécuter l'arrêt rendu par la Cour de cassation grecque et avait 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 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 » selon lequel l'immunité de l'État en droit international coutumier ne s'étend pas aux actes perpétrés par les forces armées au cours d'un conflit armé⁷⁰⁷.

4) Le paragraphe 2 vise expressément les situations dans lesquelles la pratique d'un État particulier est ou paraît incertaine. Comme cela vient d'être dit, tel peut être le cas lorsque différents organes ou pouvoirs 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 inconstante, la contribution de cet État à « une pratique générale » peut être réduite.

5) La formule « peut [...] selon les circonstances », employée au paragraphe 2, indiquer 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... »⁷⁰⁸. Par conséquent, 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. La pratique des organes d'un gouvernement central sera généralement plus importante que celle des composantes d'un État fédéral ou des subdivisions politiques de l'État. La pratique de l'exécutif est souvent la plus pertinente sur le plan international et a donc un poids particulier pour ce qui est de la détermination du droit international coutumier bien qu'il puisse être nécessaire de tenir compte de la position constitutionnelle des différents organes en question⁷⁰⁹.

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.

⁷⁰⁷ *Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), à la page 134, par. 76 ; p. 136, par. 83. Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*supra*, note 663), à la page 98, par. 186.

⁷⁰⁸ *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, C.I.J. Recueil 1951, p. 116, à la page 138.

⁷⁰⁹ Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État* (*supra*, note 672), 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).

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 suffisamment répandue et représentative. Ensuite, elle doit révéler de la constance. Comme l'a dit la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la pratique en question doit être « fréquente et pratiquement uniforme »⁷¹⁰ ; les actes doivent représenter une « pratique constante »⁷¹¹. Comme il 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'elle⁷¹². Dans chaque cas, cependant, la pratique devrait être de nature à permettre de dégager un usage pratiquement uniforme. Il convient de tenir compte du caractère contradictoire ou inconstant d'une pratique pour déterminer s'il est possible de tirer une telle conclusion⁷¹³.

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)⁷¹⁴. S'agissant des relations diplomatiques, par exemple, auxquelles tous les États participent régulièrement, une pratique devra peut-être se manifester largement, tandis que dans d'autres cas, la somme de pratique pourra fort bien être 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. Les États participants devraient inclure ceux ayant eu l'occasion ou la possibilité d'appliquer la règle supposée⁷¹⁵. Il est important que ces États soient représentatifs, ce qui doit être déterminé compte tenu de toutes les circonstances, notamment des divers intérêts en jeu et/ou des différentes zones géographiques.

4) Dans l'évaluation de la généralité, il est donc impératif de prendre en considération la mesure dans laquelle les États qui sont particulièrement impliqués dans l'activité considérée ou qui sont les plus susceptibles d'être concernés par la règle supposée (les États « particulièrement intéressés ») ont participé à la pratique⁷¹⁶. S'il est vrai que, dans bien des cas, la totalité ou la quasi-totalité des États seront également concernés, 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

⁷¹⁰ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), 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.

⁷¹¹ *Ibid.*, à la page 44, par. 77.

⁷¹² Voir aussi *supra*, projet de conclusion 3.

⁷¹³ Les écarts par rapport à la règle supposée portent à croire qu'il n'existe pas de règle ou peuvent mettre en évidence, notamment, l'existence d'une exception coutumière admissible, l'évolution d'une règle antérieure ou l'existence d'une règle du droit international coutumier particulier ou encore d'un ou plusieurs objecteurs persistants. Il pourrait aussi être utile de tenir compte du moment auquel la pratique non conforme s'est produite, en particulier du point de savoir si la pratique en question appartient au passé et si, depuis lors, la constance prévaut.

⁷¹⁴ Voir aussi l'arrêt du 4 février 2016 de la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire *Ure v. The Commonwealth of Australia* [2016] FCAFC 8, par. 37 (« we would hesitate to say that it is impossible to demonstrate the existence of a rule of customary international [law] from a small number of instances of State practice. We would accept the less prescriptive proposition that as the number of instances of State practice decreases the task becomes more difficult ») [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].

⁷¹⁵ 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 (accompagnée de l'*opinio juris*).

⁷¹⁶ 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*, note 671), à la page 43, par. 74.

prendre en considération la pratique des États côtiers et des États du pavillon pertinents, 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. Il faudrait toutefois préciser que les mots « particulièrement intéressés » ne devraient pas être interprétés comme renvoyant au pouvoir relatif des États.

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 »⁷¹⁷.

6) Pour examiner 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 »⁷¹⁸.

7) En revanche, une totale uniformité dans la pratique des États n'est pas nécessaire. La pratique pertinente doit être pratiquement ou sensiblement uniforme, ce qui signifie que certaines incohérences ou contradictions n'invalideront 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 :

« [i]l ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique... La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale... »⁷¹⁹.

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

⁷¹⁷ *Affaire des pêcheries* (voir *supra*, note 708), à la page 131. Une chambre de la Cour internationale de Justice a estimé dans l'affaire 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*, note 668), à la page 290, par. 81). Voir aussi, par exemple, *Affaire Colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (*supra*, note 674), 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. ») ; *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 108, à la page 100 (« It is correct that only a constant practice, observed in fact and without change can constitute a rule of customary international law ») [Il est exact que seule une pratique constante, observée dans les faits et sans changement, peut constituer une règle de droit international coutumier].

⁷¹⁸ *Affaire du « Lotus »* (voir *supra*, note 687), à la page 21. Voir aussi *Plateau continental de la mer du Nord* (*supra*, note 671), à la page 45, par. 79 ; *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, affaire n° SCSL-04-14-A (chambre d'appel), arrêt du 28 mai 2008, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, par. 406.

⁷¹⁹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 98, par. 186.

« 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. »⁷²⁰.

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 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 déterminée⁷²¹. 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 »⁷²². Cependant, ainsi qu'il ressort clairement de ce passage, il doit s'écouler un certain laps de 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 en soi 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 », au titre duquel, 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,

⁷²⁰ Ibid. Voir aussi, par exemple, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman (supra, note 675)*, par. 51. La même observation vaut pour l'appréciation de la pratique d'un État particulier : voir *supra*, projet de conclusion 7.

⁷²¹ Dans des domaines comme le droit international de l'espace ou le droit de la mer, par exemple, le droit international coutumier s'est parfois développé rapidement.

⁷²² *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 43, par. 74.

requis ou interdite par le droit international coutumier⁷²³. 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 du 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. »⁷²⁴.

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 du droit international coutumier. Ainsi, dans l'affaire du *Droit d'asile*, la Cour internationale de Justice a refusé d'admettre l'existence d'une règle du 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 ... des considérations de convenance ou de simple opportunité politique semblent avoir déterminé l'État territorial à reconnaître l'asile sans que cette décision lui fût dictée par le sentiment d'un devoir juridique quelconque »⁷²⁵.

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 : l'on ne saurait en conséquence déduire de la pratique guidée par une telle intention l'existence d'une règle du droit international coutumier⁷²⁶. Un État peut certes 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 une disposition d'un traité par lequel ils ne sont pas liés, ou appliquent les dispositions de celui-ci

⁷²³ Si l'acceptation d'une certaine pratique comme étant le droit (*opinio juris*) a souvent été décrite comme correspondant au « sentiment de l'existence d'une obligation juridique », le projet de conclusion 9 utilise la formulation plus large « sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit », étant donné que les États ont des droits et des obligations au regard du droit international coutumier et qu'ils peuvent agir avec la conviction qu'ils ont un droit ou une obligation. Le projet de conclusion ne laisse pas entendre qu'en l'absence d'interdiction, un État doit invoquer un droit pour justifier son acte.

⁷²⁴ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 44, par. 77 ; voir aussi au paragraphe 76 (visant la condition selon laquelle les États « croyaient appliquer une règle de droit international coutumier à caractère obligatoire »). La Cour a aussi fait référence, entre autres, à une « croyance en une sorte de droit général [concernant les] États » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 108, par. 206.

⁷²⁵ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra*, note 674, aux pages 277 et 286. Voir aussi *Affaire du « Lotus »* (*supra*, note 687), 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* (voir *supra*, note 663), aux pages 108 à 110, par. 206 à 209.

⁷²⁶ Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord* (*supra*, note 671), à la page 43, par. 76. Il peut ainsi être particulièrement difficile de déterminer l'éventuelle émergence d'une règle du droit international coutumier lorsqu'un traité non déclaratoire a suscité une participation quasi universelle.

dans leurs relations avec des États qui n'y sont pas parties, peut établir l'existence d'une acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) 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, dont il faut démontrer qu'ils ont interprété la pratique comme étant conforme au droit international coutumier⁷²⁷. Il n'est pas nécessaire d'établir que tous les États ont considéré (accepté comme étant le droit) la règle supposée comme une règle du droit international coutumier ; ce qu'il faut c'est une acceptation large et représentative conjuguée à l'absence ou la quasi-absence d'objection⁷²⁸.

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)⁷²⁹. 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 ainsi⁷³⁰.

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 ;

⁷²⁷ Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*supra*, note 663), 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*).

⁷²⁸ 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* (*supra*, note 675), à la page 254, par. 67.

⁷²⁹ Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Droit de passage*, la Cour internationale de Justice a ainsi fait observer, à propos du passage des forces armées et de la police armée que « [l]a 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*, note 675), 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 du droit international coutumier, que : « [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*, note 672), à la page 123, par. 55).

⁷³⁰ La Cour internationale de Justice a ainsi souligné qu'« [i]l 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*, note 671), à la page 44, par. 77).

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 de la part des États par divers comportements, qu'il faudrait évaluer soigneusement pour déterminer s'ils reflètent réellement, dans chaque cas, l'opinion de l'État sur l'état actuel du droit international coutumier.

2) Le paragraphe 1 énonce le principe général selon lequel l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut revêtir une grande variété de formes. Les États peuvent faire savoir qu'ils acceptent (ou non) l'existence d'une règle du 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*), notamment celles le plus communément utilisées à de telles fins⁷³¹. Ces formes de preuve peuvent également montrer 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 mentionnées au paragraphe 2 du projet de conclusion 6 ci-dessus se recoupent⁷³², 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)⁷³³. 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. De la même manière, l'effet de la pratique correspondant à une règle présumée peut être annulé par une déclaration contemporaine niant l'existence de la règle⁷³⁴. Que ce soit dans un sens ou dans l'autre, 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.

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, dans lesquels l'acceptation comme étant le droit

⁷³¹ Voir aussi le document [A/CN.4/710](#) : Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier : mémorandum du secrétariat (2018).

⁷³² Il y a aussi des différences entre les listes, lesquelles visent à donner les principaux exemples liés à chaque élément constitutif.

⁷³³ Voir *supra*, projet de conclusion 3, par. 2.

⁷³⁴ 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.

(*opinio juris*) peut être constatée. 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 (par exemple à l'occasion de l'adoption de la législation) 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, 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 ». Leur utilité potentielle aux fins de la détermination des règles du droit international coutumier est examinée plus avant dans les projets de conclusions 11 et 12, ci-après.

7) Le paragraphe 2 s'applique *mutatis mutandis* à toutes les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) des organisations internationales.

8) 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*, « témoigner du fait que [les gouvernements] n[e] considèrent pas [une pratique adoptée par d'autres] comme étant contraire au droit international »⁷³⁵. 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 dans les circonstances de chaque affaire, l'objectif étant de s'assurer que cette inaction ne procède pas de motifs sans rapport avec la légalité de la pratique en question⁷³⁶. Premièrement, il faut que les circonstances aient appelé une réaction à la pratique⁷³⁷, ce qui peut être le cas, par exemple, lorsque celle-ci a un effet – surtout s'il est défavorable – sur les intérêts ou les droits de l'État n'ayant pas réagi ou ayant refusé de réagir⁷³⁸. Deuxièmement, l'État doit avoir été « en mesure de réagir », c'est-à-dire qu'il doit

⁷³⁵ *Affaire des pêcheries* (voir *supra*, note 708), à la page 139. Voir aussi *Affaire du « Lotus »* (*supra*, note 687), 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 juridiction concurrente. 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 *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, affaire n° 16.063/94, arrêt du 2 novembre 1995, Cour suprême de l'Argentine, opinion du Juge Gustavo A. Bossert, à la page 40, par. 90.

⁷³⁶ Voir aussi, plus généralement, *Plateau continental de la mer du Nord* (*supra*, note 671), à la page 27, par. 33.

⁷³⁷ Dans un contexte différent, la Cour internationale de Justice a fait observer que « [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* (*supra*, note 683), 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. »).

⁷³⁸ Il est fort possible qu'une pratique soit considérée comme ayant une incidence sur la totalité ou la quasi-totalité des États.

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. Un État peut aussi donner d'autres raisons pour expliquer son inaction.

Cinquième partie

Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier

1) Pour déterminer l'existence et le contenu des règles du 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 (*opinio juris*). On citera notamment les textes portant sur des questions juridiques, en particulier les traités, les résolutions des organisations internationales et des conférences intergouvernementales, 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 le contexte dans lequel elles ont été élaborées.

2) Les textes issus des travaux de la Commission du droit international méritent eux-mêmes une attention particulière aux fins de la question qui nous intéresse. Comme la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions l'ont fait observer⁷³⁹, la détermination par la Commission de l'existence (ou de l'absence) et du contenu d'une règle du droit international coutumier peut avoir un poids considérable. Cela tient au fait que la Commission, en tant qu'organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies, est dotée d'un mandat unique de développement progressif du droit international et de codification⁷⁴⁰, ainsi qu'au caractère minutieux de ses procédures (qui supposent notamment la réalisation d'études approfondies de la pratique des États et de l'*opinio juris*) et à l'étroite relation qu'elle entretient avec l'Assemblée générale et les États (et au fait que les États 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 obtenus⁷⁴¹.

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 :

⁷³⁹ 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 qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1^{er} février 2011, TIDM Recueil 2011, p. 10, à la page 56, par. 169 ; *Le Procureur c. Elizaphan Ntakirutimana et Gérard Ntakirutimana*, affaires n° ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, arrêt (Chambre d'appel) du 13 décembre 2004, Tribunal pénal international pour le Rwanda, par. 518 ; *Dubai-Sharjah Border Arbitration (1981)*, *International Law Reports*, vol. 91, p. 543 à 701, à la page 575 ; et 2 BvR 1506/03, Cour constitutionnelle fédérale allemande, ordonnance de la deuxième Chambre, 5 novembre 2003, par. 47.

⁷⁴⁰ Voir le Statut de la Commission du droit international, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 174 (II) en date du 21 novembre 1947.

⁷⁴¹ 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 annexé à une résolution et l'a remis aux États, ce projet peut aussi relever du projet de conclusion 12, *infra*.

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 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 formes de pratique, qui est traitée dans le projet de conclusion 6 ci-dessus, 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 ci-dessus.

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 »⁷⁴². Leurs dispositions (et les processus qui conduisent à leur adoption et à leur application) peuvent faire la lumière sur le contenu du droit international coutumier⁷⁴³. Les dispositions conventionnelles explicites peuvent s'avérer des preuves particulièrement claires de l'existence ou du contenu des règles du droit international coutumier lorsqu'elles sont déclaratoires de ces règles. Toutefois, l'expression « peut refléter » indique que les traités ne peuvent en eux-mêmes créer une règle du droit international coutumier, ni fournir une preuve concluante de son existence ou de son contenu.

3) Le nombre de parties à un traité peut être un facteur important lorsqu'il s'agit de déterminer si les règles particulières énoncées dans le traité reflètent le droit international coutumier, les traités acceptés par la quasi-totalité des États pouvant être particulièrement révélateurs à cet égard⁷⁴⁴. Cela étant, les traités qui ne sont pas encore entrés en vigueur ou

⁷⁴² *Plateau continental* (voir *supra*, note 672), 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 en définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant. »). L'article 38 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, 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 ».

⁷⁴³ Voir *Immunités juridictionnelles de l'État* (*supra*, note 672), à la page 128, par. 66 ; « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », *Annuaire ... 1950*, vol. II (2^e partie), p. 368, par. 29 (« [i]l 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 »).

⁷⁴⁴ Voir, par exemple, Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie, Sentence partielle, *Prisonniers de guerre – Réclamation de l'Éthiopie n° 4*, décision du 1^{er} juillet 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI (numéro de vente : E/F.06.V.7), p. 73 à 114, aux pages 86 et 87, par. 31 (« Certainly, there are important, modern authorities for the proposition that the Geneva Conventions of 1949 have largely become expressions of customary international law, and both Parties to this case agree. The mere fact that they have obtained nearly universal acceptance supports this conclusion » [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 omise) ; et *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (voir *supra*, note 675), aux paragraphes 17 à 20 (où il est notamment dit que le fait que la

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'États⁷⁴⁵. En tout état de cause, l'attitude des États qui ne sont pas parties à un traité ratifié par un grand nombre d'États, tant au moment de sa conclusion qu'ultérieurement, est aussi importante.

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 du droit international coutumier s'est formée ou a commencé à se former. La formulation « règle énoncée dans un traité » vise à indiquer qu'une règle n'est pas nécessairement contenue dans une seule disposition conventionnelle mais peut être reflétée par deux ou trois dispositions lues conjointement⁷⁴⁶. 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 du droit international coutumier ; dans chaque cas, l'existence de la règle doit être confirmée par la pratique (avec l'acceptation 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 du droit international coutumier⁷⁴⁷.

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 coutumier⁷⁴⁸. Pour faire pareil constat, il faut d'abord examiner le texte du traité, qui peut contenir des dispositions explicites⁷⁴⁹. Le fait que les réserves à une disposition conventionnelle soient expressément autorisées peut donner à penser que la disposition en question ne reflète pas le droit international coutumier, mais n'est pas nécessairement probant⁷⁵⁰. Il peut ne pas y avoir d'indications à ce sujet dans le traité et, le cas échéant, celles-ci peuvent concerner le

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).

⁷⁴⁵ Voir, par exemple, *Plateau continental* (*supra*, note 672), à la page 30, par. 27 (« Il est [...] indéniable que, ayant été adoptée par l'écrasante majorité des États, la Convention de 1982 [sur le droit de la mer, qui n'était alors pas encore entrée en vigueur] 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. »).

⁷⁴⁶ Il peut aussi arriver qu'une seule disposition ne reflète que partiellement le droit international coutumier.

⁷⁴⁷ 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*, note 671), à la page 43, par. 76).

⁷⁴⁸ Voir, par exemple, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*supra*, note 663), aux pages 46 et 47, par. 87.

⁷⁴⁹ Dans la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, n° 1021, p. 277), 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 » (art. 1^{er}) (non souligné dans l'original) ; le préambule de la Convention sur la haute mer adoptée à Genève en 1958 contient un alinéa libellé comme suit : « Désireux de codifier les règles du droit international relatives à la haute mer » (*ibid.*, vol. 450, n° 6465, à la page 83). 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 concernant les droits et les devoirs des États adoptée à Montevideo en 1933 (Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CLXV, n° 3802, p. 19), 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*, note 674), à la page 277).

⁷⁵⁰ Voir aussi Guide de la pratique sur les réserves aux traités, lignes directrices 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), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10 et Add.1)*.

traité dans son ensemble plutôt qu'une règle en particulier⁷⁵¹ ; dans ce cas, on peut recourir aux travaux préparatoires⁷⁵², y compris à toutes déclarations faites par les États pendant le processus de rédaction susceptibles de traduire une intention de codifier une règle du 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 du droit international coutumier, preuve est faite de l'acceptation de celle-ci comme étant le droit (*opinio juris*), et cette preuve a d'autant plus de poids que les États ayant participé à la négociation sont nombreux. Cela n'empêche pas, toutefois, qu'il faille se pencher sur la question de savoir si l'existence d'une règle du droit international coutumier (par opposition à une disposition conventionnelle) est étayée par une pratique suffisamment vaste, représentative et constante ; cela parce que le fait que les parties soutiennent que le traité est déclaratoire du droit existant ne constitue qu'un seul élément de preuve, et parce que la règle du droit international coutumier 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 du 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'expression⁷⁵³. 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 générale⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ La Convention de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CLXXIX, n° 4137, p. 89) 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 sur le droit des traités, par exemple, les États parties se disent convaincus que « la codification et le développement progressif du droit des traités [sont] réalisés dans la [...] Convention » ; dans le préambule de la Convention des Nations Unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (résolution 59/38 de l'Assemblée générale, en date du 2 décembre 2004), les États parties disent considérer « que les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens procèdent d'un principe généralement accepté du droit international coutumier » et expriment leur conviction que la Convention « contribuera à la codification et au développement du droit international et à l'harmonisation des pratiques dans ce domaine ». Voir aussi *Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* et *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v. Janah*, Cour suprême du Royaume-Uni, [2017] UKSC 62 (18 octobre 2017), par. 32.

⁷⁵² 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 de 1958 sur le plateau continental (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 499, n° 7302, p. 311) reflétait le droit international coutumier lorsque la Convention a été élaborée, la Cour internationale de Justice a dit que : « [l]a 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 [dans la délimitation maritime]. 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*, note 671) à la page 38, par. 62). Voir aussi *Immunités juridictionnelles de l'État* (*supra*, note 672), aux pages 138 et 139, par. 89.

⁷⁵³ 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 (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1974, p. 175, aux pages 191 et 192, par. 44.

⁷⁵⁴ Voir, par exemple, *Plateau continental* (*supra*, note 672), 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,

7) L'alinéa c) concerne la situation dans laquelle il est établi qu'une règle énoncée dans un traité a engendré une nouvelle règle du droit international coutumier⁷⁵⁵. On ne considère pas facilement ce résultat comme 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 »⁷⁵⁶.

En d'autres termes, une pratique générale acceptée comme étant le droit (*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 du 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 certain nombre de traités, bilatéraux ou autres, faisant ainsi naître des droits et obligations semblables pour un éventail d'États potentiellement large, qu'elle reflète nécessairement le droit international coutumier. Si la répétition d'une disposition peut effectivement attester l'existence d'une règle du 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 de règle, soit pour déroger à une règle existante mais différente du droit international coutumier⁷⁵⁷. 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 (*opinio juris*) qui viennent étayer la règle écrite.

où il est de règle que le titre soit déterminé par la distance, s'est intégrée au droit coutumier. ») (non souligné dans l'original).

⁷⁵⁵ 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*, note 671), à la page 41, par. 71). Le règlement figurant à l'annexe de la Convention IV de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre est un exemple fréquemment cité : 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).

⁷⁵⁶ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), aux pages 41 à 43, par. 72 et 74 (où la Cour souligne, au paragraphe 71, qu'« on ne considère pas facilement ce résultat comme atteint »). Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (supra, note 663)*, 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. »).

⁷⁵⁷ 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 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. »).

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 déterminer 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 avoir valeur de preuve d'une règle de droit existante ou en train de se faire jour et peuvent contribuer au développement d'une règle du droit international coutumier⁷⁵⁸.

2) Comme dans le projet de conclusion 6, le mot « résolution » s'entend 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 désigner⁷⁵⁹ et qu'ils soient ou non juridiquement contraignants. Une attention particulière devrait être accordée dans le présent contexte aux résolutions de l'Assemblée générale, organe plénier de l'Organisation des Nations Unies à composition quasi universelle qui peut offrir des preuves importantes de l'opinion collective de ses Membres. Les résolutions adoptées par des organes (ou lors de conférences) à participation plus limitée peuvent également être pertinentes, mais leur poids est probablement moindre s'agissant de déterminer l'existence d'une règle du droit international coutumier.

3) Bien que les résolutions des organes des organisations internationales (à la différence des résolutions des conférences intergouvernementales) émanent, à proprement parler, non pas des États membres, mais de l'organisation, ce qui importe dans le cadre du présent projet de conclusion est qu'elles peuvent être l'expression collective des vues de ces États. Lorsqu'elles portent (explicitement ou implicitement) sur des questions juridiques, les résolutions peuvent donner une idée de la position des États membres sur ces questions. Une grande partie de ce qui a été dit des traités au regard du projet de conclusion 11 ci-dessus vaut pour les résolutions ; mais, à la différence des traités, celles-ci ne sont normalement pas juridiquement contraignantes et retiennent généralement moins l'attention de la communauté des juristes que les traités. 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 du droit international coutumier. En d'autres termes, la seule adoption d'une résolution (ou de résolutions successives) prétendant énoncer une

⁷⁵⁸ Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (*supra*, note 675), aux pages 254 et 255, par. 70 ; *SEDCO Incorporated v. National Iranian Oil Company and 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.

⁷⁵⁹ De très nombreux termes sont utilisés pour les désigner, par exemple « déclaration » ou « déclaration de principes ».

règle du 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-mêmes⁷⁶⁰.

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. Le mot « peuvent » tend à indiquer que toutes les résolutions ne jouent pas ce rôle. Comme l'a relevé la Cour internationale de Justice, 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* »⁷⁶¹. Il en est ainsi en particulier lorsqu'une résolution se veut déclaratoire d'une règle du 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 déclarée par la résolution »⁷⁶². 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.

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 »⁷⁶³. 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 *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. »⁷⁶⁴. 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 significatives⁷⁶⁵. Sont également pertinents les débats et négociations ayant précédé l'adoption de la résolution et en particulier les explications de vote et autres déclarations faites immédiatement avant ou après l'adoption⁷⁶⁶. L'appui dont bénéficie la résolution (dont l'importance de la majorité, les votes contre ou les 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 qui donnent lieu à des votes contre ou à des

⁷⁶⁰ Voir aussi, *supra*, commentaire du projet de conclusion 8, par. 9.

⁷⁶¹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra*, note 675), aux pages 254 et 255, par. 70 (visant les résolutions de l'Assemblée générale).

⁷⁶² *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 100, par. 188. Voir également *The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL)*, sentence finale (24 mars 1982), *International Law Reports*, vol. 66, p. 518 à 627, aux pages 601 et 602, par. 143.

⁷⁶³ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 99, par. 188.

⁷⁶⁴ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra*, note 675), à la page 255, par. 70.

⁷⁶⁵ Dans sa résolution 96 (I) du 11 décembre 1946, par exemple, l'Assemblée générale a « [a]ffirm[é] que le génocide [était] un crime du droit des gens », formule qui donne à penser que le paragraphe était censé être déclaratoire du droit international coutumier.

⁷⁶⁶ 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 séance plénière.

abstentions ne sont généralement pas considérées comme reflétant le droit international coutumier⁷⁶⁷.

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 d'un traité, 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 indique clairement 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 du droit international coutumier. Ceci découle de l'indication selon laquelle, pour que l'existence d'une règle soit démontrée, l'*opinio juris* des États, telle qu'elle peut être 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 États⁷⁶⁸. Une disposition d'une résolution ne peut prouver l'existence d'une règle du droit international coutumier en l'absence d'une pratique 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 rappeler que les décisions des juridictions nationales peuvent avoir une double fonction à cet égard. D'une part, elles peuvent valoir pratique ainsi que 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 ci-dessus. 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 moyen auxiliaire de détermination de ces règles, comme il 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, si les décisions de la Cour ne sont obligatoires que pour les parties en litige, les décisions de justice constituent des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international,

⁷⁶⁷ Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (*supra*, note 675), 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. »).

⁷⁶⁸ Voir, par exemple, *KAING Guek Eav alias Duch*, dossier n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, arrêt, Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre de la Cour suprême (3 février 2012), par. 194 (« Étant donné que la Déclaration relative à la torture de 1975 est 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. »).

y compris le droit international coutumier. L'emploi de l'expression « moyens auxiliaires » 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). L'emploi de cette expression n'indique pas et ne vise pas à indiquer que ces décisions ne sont pas importantes aux fins de la détermination du droit international coutumier.

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, au premier chef, de la mesure dans laquelle ce raisonnement résulte d'un examen approfondi des éléments tendant à prouver qu'une pratique générale supposée est acceptée comme étant le droit) que de la manière dont la décision est prise en compte, en particulier par les États et dans la jurisprudence postérieure. Selon les circonstances, peuvent aussi entrer en ligne de compte, entre autres éléments, la nature de la juridiction concernée, l'ampleur de la majorité avec laquelle la décision a été adoptée et les règles et procédures appliquées par la juridiction. On retiendra en outre que les décisions relatives au droit international coutumier ne gravent pas celui-ci dans le marbre ; les règles du droit international coutumier peuvent avoir évolué depuis la date à laquelle telle ou telle décision a été rendue.

4) Le paragraphe 1 fait mention des « juridictions internationales », cette expression désignant tout organe international doté de compétences judiciaires qui est 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 la position particulière qu'elle occupe du fait qu'elle est le seul tribunal international de droit commun permanent⁷⁶⁹. Outre la Cour internationale de Justice et son prédécesseur, 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 de règlement des différends 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 peuvent donner 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 elles ne reflètent que le point de vue de leur auteur et il se peut qu'y soient exposés des arguments auxquels la juridiction concernée n'adhère pas.

⁷⁶⁹ Bien qu'il n'y ait pas de hiérarchie des juridictions internationales, les décisions de la Cour internationale de Justice sont souvent considérées comme faisant autorité par les autres tribunaux. Voir, par exemple, *Affaire Jones et autres c. Royaume-Uni*, requêtes n^{os} 34356/06 et 40528/06, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2014, par. 198 ; *Navire « SAIGA » (n^o 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, arrêt, *TIDM Recueil 1999*, p. 10, aux paragraphes 133 et 134 ; et *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, adopté le 1^{er} novembre 1996, sect. D.

6) Le paragraphe 2 concerne les décisions de juridictions nationales (également appelées « tribunaux internes » ou « tribunaux municipaux »)⁷⁷⁰. La distinction entre les juridictions internationales et les juridictions nationales n'est pas toujours évidente ; dans le présent projet de conclusions, l'expression « juridictions nationales » englobe les juridictions composées de magistrats internationaux qui appliquent le droit d'un ou 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 coutumier⁷⁷¹. 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 ». 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. Les décisions de ces juridictions peuvent refléter la perspective d'un pays. Contrairement à la plupart des juridictions internationales, les juridictions nationales peuvent parfois manquer de compétences en droit international et peuvent se prononcer sans avoir entendu les arguments des États⁷⁷².

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 de l'Article 38, paragraphe 1) d), 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 ci-dessus, la doctrine ne constitue pas en tant que telle une source du droit international, 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 du droit international coutumier est variable ; c'est ce qu'indiquent les mots « peut servir ». Premièrement, les auteurs visent parfois non seulement à rendre compte de l'état du droit à un moment donné (*lex lata*), mais à en promouvoir le développement (*lex ferenda*). Ce faisant, ils ne marquent pas toujours (ou ne marquent pas 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 points de vue nationaux ou autres points de vue individuels des auteurs. Troisièmement, la qualité de la doctrine

⁷⁷⁰ À propos des décisions de juridictions nationales en tant que moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international coutumier, voir, par exemple, *Mohammed and others v. Ministry of Defence*, Cour suprême du Royaume-Uni, [2017] UKSC 2 (17 janvier 2017), par. 149 à 151 (Lord Mance).

⁷⁷¹ Voir aussi *Minister of Justice and Constitutional Development v. Southern African Litigation Centre*, Cour suprême d'appel de l'Afrique du Sud (2016) 3 SA 317 (SCA) (15 mars 2016), par. 74.

⁷⁷² Voir aussi « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », *Annuaire ... 1950*, vol. II (2^e partie), p. 370, par. 53.

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. »⁷⁷³.

4) Le mot « publicistes », qui est tiré du Statut de la Cour internationale de Justice, vise toutes les personnes dont les travaux peuvent contribuer à éclaircir des points de droit international. Naturellement, la plupart de ces auteurs seront des spécialistes du droit international public, mais d'autres ne sont pas à exclure. La référence aux publicistes « les plus qualifiés » souligne 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 lorsqu'il s'agit d'identifier le droit international coutumier.

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 égard⁷⁷⁴. 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 et issus de différentes régions. La valeur de chaque texte doit être soigneusement évaluée compte tenu du mandat et des compétences de l'organe concerné, de la mesure dans laquelle le texte vise à établir le droit existant, du soin et de l'objectivité dont l'organe fait preuve dans le cadre de ses travaux sur telle ou telle question, et 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 et d'autres entités.

Sixième partie

Objecteur persistant

La sixième partie comprend un seul projet de conclusion, relatif à la règle de 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.
3. Le présent projet de conclusion est sans préjudice de toute question concernant les normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

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

⁷⁷³ *The Paquete Habana and The Lola*, Cour suprême des États-Unis 175 US 677 (1900), à la page 700. Voir également l'*Affaire du « Lotus »* (*supra*, note 687), aux pages 26 et 31.

⁷⁷⁴ L'attention particulière à accorder aux textes issus des travaux de la Commission du droit international est décrite au paragraphe 2) du commentaire général de la présente partie (5^e partie).

quelconque des membres de la communauté à son avantage »⁷⁷⁵. Toutefois, lorsqu'un État s'est systématiquement opposé à une règle du droit international coutumier en voie de formation et qui 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 coutumier international. L'invocation de la règle de l'objecteur persistant est soumise à des conditions rigoureuses, comme l'indique le projet de conclusion.

2) La règle de l'objecteur persistant ne vise pas les cas où l'objection d'un nombre important d'États à l'émergence d'une nouvelle règle du 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)⁷⁷⁶.

3) Un État qui s'oppose à une règle du 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 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 ces États auraient-ils voulu définir comme règle générale une largeur de 3, 5 ou 6 milles marins mais, quoiqu'il en soit, ils n'étaient pas disposés à accepter qu'un élargissement des mers territoriales leur soit imposé⁷⁷⁷. 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) Il n'est pas rare que la règle de l'objecteur persistant soit invoquée et reconnue dans la jurisprudence, tant internationale que nationale⁷⁷⁸, ainsi que dans d'autres contextes⁷⁷⁹. Si les vues divergent parfois, la règle de l'objecteur persistant est largement acceptée par les

⁷⁷⁵ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), aux pages 38 et 39, par. 63. Cela est vrai des règles du droit international coutumier « général », par opposition au droit international coutumier « particulier » (à propos duquel voir *infra*, projet de conclusion 16).

⁷⁷⁶ Voir, par exemple, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Cour constitutionnelle fédérale allemande), vol. 46 (1978), décision du 13 décembre 1977, 2 BvM 1/76, n° 32, 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* [...]), mais au contraire l'impossibilité de postuler à l'heure actuelle l'existence d'une règle générale correspondante du droit international. »).

⁷⁷⁷ 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 énoncée dans le projet de conclusion 15.

⁷⁷⁸ Voir, par exemple, *Affaire des pêcheries* (*supra*, note 708), à la page 131 ; *Michael Domingues v. United States*, affaire n° 12.285 (2002), Cour interaméricaine des droits de l'homme, rapport n° 62/02, par. 48 et 49 ; *Sabeh El Leil c. France* [GC], n° 34869/05, Cour européenne des droits de l'homme, 29 juin 2011, par. 54 ; rapport du groupe spécial de l'OMC, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R et WT/DS293/R, adopté le 21 novembre 2006, à la page 335, note 248 ; *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, Cour d'appel des États-Unis, neuvième circuit, 965 F.2d 699 ; 1992 U.S. App., à la page 715, par. 54.

⁷⁷⁹ Voir, par exemple, l'intervention de la Turquie en 1982 à la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, document A/CONF.62/SR.189, p. 76, par. 150 (à consulter en anglais à l'adresse <http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1982/Vol17.html>) ; Département de la défense des États-Unis, *Law of War Manual*, Bureau du Conseiller général, Washington, décembre 2016, aux pages 29 à 34, sect. 1.8 (droit international coutumier), en particulier à la page 30, par. 1.8 (« Customary international law is generally binding on all States, but States that have been persistent objectors to a customary international law rule during its development are not bound by that rule ») [Le droit international coutumier est généralement contraignant pour tous les États, mais ceux qui se sont opposés de manière persistante à une règle du droit international coutumier pendant qu'elle était en voie de formation ne sont pas liés par cette règle] et p. 34, par. 1.8.4.

États et les auteurs ainsi que par les institutions scientifiques qui s'occupent de droit international⁷⁸⁰.

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 opposable 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 devient 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 ambiguïté⁷⁸¹. L'objection n'a toutefois pas à être exprimée sous une forme particulière. Il n'est 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. 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). Il est clair, toutefois, qu'on ne peut 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) Le paragraphe 3 dispose expressément que le projet de conclusion 15 est sans préjudice de toute question concernant les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Le commentaire du projet de conclusion 1 indique déjà clairement que tous les présents 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 (*jus cogens*), ou des questions concernant le caractère *erga omnes* de certaines obligations⁷⁸².

⁷⁸⁰ La Commission a elle-même récemment évoqué la règle dans son Guide de la pratique sur les réserves aux traités, dans lequel elle indique : « 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 par. 7) du commentaire concernant la directive 3.1.5.3, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10/Add.1)*).

⁷⁸¹ Voir, par exemple, *C. v. Director of Immigration and another*, Hong Kong, Cour d'appel [2011] HKCA 159, CACV 132-137/2008 (2011), au paragraphe 68 (« La preuve de l'objection doit être manifeste »).

⁷⁸² Voir *supra*, commentaire du projet de conclusion 1, par. 5).

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 seulement⁷⁸³.

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*) applicable entre eux.

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, qui cite notamment un droit international coutumier « particulier au système juridique interaméricain »⁷⁸⁴ ou « dont la valeur serait limitée au continent africain comme elle l'aurait été auparavant à l'Amérique hispanique »⁷⁸⁵, « une coutume locale »⁷⁸⁶ et un droit international coutumier « de caractère régional »⁷⁸⁷. Les affaires dans lesquelles la Cour a été appelée à identifier de telles règles comprennent l'affaire du *Droit d'asile*⁷⁸⁸ et l'affaire du *Droit de passage*⁷⁸⁹. 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 tout à fait exister entre les États des « coutumes locales » qui ne sont pas des règles de droit international⁷⁹⁰.

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 commentaire⁷⁹¹.

⁷⁸³ Il n'est pas exclu qu'elles puissent avec le temps se transformer en règles de droit international coutumier général.

⁷⁸⁴ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 105, par. 199.

⁷⁸⁵ *Différend frontalier*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 554, à la page 565, par. 21.

⁷⁸⁶ *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)* (voir *supra*, note 685), à la page 200 ; *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra*, note 675), à la page 39.

⁷⁸⁷ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra*, note 683), à la page 233, par. 34.

⁷⁸⁸ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra*, note 674).

⁷⁸⁹ *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra*, note 675).

⁷⁹⁰ Voir également *supra*, projet de conclusion 9, par. 2.

⁷⁹¹ La Cour internationale de Justice a considéré que le droit international coutumier particulier relevant de l'Article 38, par. 1 b) de son Statut : voir *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (*supra*, note 674), aux pages 276 et 277.

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 du droit international coutumier particulier ne crée ainsi ni obligations ni droits pour les États tiers⁷⁹².

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 « particulièrement au système juridique latino-américain » (dont l'institution de l'asile diplomatique est un exemple couramment cité)⁷⁹³. 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. Dans l'affaire du *Droit de passage*, la Cour internationale de Justice a expliqué ce qui suit :

« 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. »⁷⁹⁴.

Les affaires dans lesquelles des prétentions concernant l'existence de telles règles de droit international coutumier particulier ont été examinées concernaient, par exemple, un droit d'accès à des enclaves en territoire étranger⁷⁹⁵, la copropriété (condominium) d'eaux historiques entre trois États côtiers⁷⁹⁶, le droit des habitants de la rive d'un fleuve servant de frontière entre deux États de pratiquer la pêche de subsistance⁷⁹⁷, un droit de transit transfrontalier/international avec dispense des formalités d'immigration⁷⁹⁸, et une obligation de parvenir à un accord dans l'administration de la production d'énergie sur un fleuve servant de frontière entre deux États⁷⁹⁹.

5) S'il existe généralement une relation géographique entre les États auxquels une règle du droit international coutumier particulier s'applique, cela n'est pas nécessairement le cas. L'expression « régional, local ou autre » vise à indiquer que bien qu'une règle du 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 du 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 du 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 *inter se*. Dans l'affaire du *Droit*

⁷⁹² 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 (3^e partie, sect. 4).

⁷⁹³ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra*, note 674), à la page 276.

⁷⁹⁴ *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra*, note 675), à la page 39.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 6.

⁷⁹⁶ Voir les prétentions du Honduras dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras : Nicaragua (intervenante))*, arrêt du 11 septembre 1992, p. 351, à la page 597, par. 399.

⁷⁹⁷ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra*, note 683), 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.

⁷⁹⁸ *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 la République d'Afrique du Sud et le Lesotho qui se serait cristallisée en un droit coutumier local de transit avec dispense des formalités d'immigration » (à la page 359)).

⁷⁹⁹ *Kraftwerk Reckingen AG c. Canton de Zurich et autres*, arrêt d'appel, BGE 129 II 114, ILDC 346 (CH 2002), 10 octobre 2002, Cour suprême fédérale suisse [BGer] ; deuxième Chambre de droit public, par. 4.

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". »⁸⁰⁰.

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.

⁸⁰⁰ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra*, note 674), aux pages 276 et 277.