



# Assemblée générale

Distr. générale  
22 mai 2014  
Français  
Original : anglais

## Commission du droit international

### Soixante-sixième session

Genève, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2014

## Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier

Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial\*\*\*

### Table des matières

|   | <i>Page</i> |
|---|-------------|
| I. Introduction . . . . .   | 2           |
| II. Délimitation du sujet et forme des résultats des travaux de la Commission . . . . . | 5           |
| III. Emploi des termes . . . . .  | 5           |
| IV. Approche fondamentale : deux éléments constitutifs . . . . .                        | 7           |
| V. Pratique générale . . . . .  | 16          |
| VI. « Acceptée comme étant le droit » . . . . .   | 46          |
| VII. Futur programme de travail . . . . .   | 70          |
| Annexe  |             |
| Projets de conclusions sur l'identification du droit international coutumier . . . . .  | 72          |

\*\* Deuxième nouveau tirage pour raisons techniques (1<sup>er</sup> octobre 2014).

\*\*\* Nous tenons à remercier Omri Sender pour le concours inestimable qu'il a bien voulu nous apporter à l'occasion de l'établissement du présent rapport.



## I. Introduction

1. Ayant inscrit le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » à son programme de travail en 2012, la Commission du droit international (CDI) a organisé un débat préliminaire sur la base d'un rapport du Rapporteur spécial<sup>1</sup>. Toujours en 2012, à l'issue du débat à la Sixième Commission, l'Assemblée générale a noté avec satisfaction la décision de la CDI d'inscrire le sujet à son programme de travail<sup>2</sup>.

2. À sa soixante-cinquième session, en 2013, la CDI a tenu un débat général<sup>3</sup> sur la base du premier rapport du Rapporteur spécial, qui avait essentiellement valeur d'introduction<sup>4</sup>, et d'une étude du Secrétariat sur les éléments des travaux antérieurs de la Commission pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet<sup>5</sup>. À la lumière du débat et suite à des consultations officieuses, la Commission a décidé de changer l'intitulé du sujet comme suit : « Détermination du droit coutumier international ». Il s'agissait ainsi en partie d'éviter les difficultés de traduction du mot « evidence » dans les autres langues officielles des Nations Unies et de souligner que le sujet avait pour finalité première de fournir des orientations à ceux qui sont appelés à déterminer l'existence de telle ou telle règle de droit international coutumier et ce, étant entendu que les questions relatives à ce qu'un membre de la Commission a appelé « éléments de la formation » et celles relatives à la preuve du droit international coutumier demeuraient dans le champ du sujet<sup>6</sup>.

3. En outre, du débat et des consultations officieuses, nous avons dégagé les conclusions suivantes<sup>7</sup> :

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

<sup>1</sup> Voir A/CN.4/653, Note sur la formation et l'identification du droit international coutumier, par. 1.

<sup>2</sup> Résolution 67/92 de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 2012, par. 4.

<sup>3</sup> Voir les comptes rendus analytiques A/CN.4/SR.3181, 3182, 3183, 3184, 3185 et 3186 (17, 18, 19, 23, 24 et 25 juillet 2013); voir A/68/10, Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-cinquième session (6 mai-7 juin et 8 juillet-9 août 2013), par. 66 à 107.

<sup>4</sup> A/CN.4/663.

<sup>5</sup> A/CN.4/659 (ci-après, « Mémorandum du Secrétariat »).

<sup>6</sup> A/CN.4/SR.3186 (25 juillet 2013), p. 5. Il n'est pas inutile de rappeler à cet égard l'observation de Jennings selon laquelle « in international law the questions of whether a rule of customary law exists, and how customary law is made, tend in practice to coalesce » : R. Jennings, « What is International Law and How Do We Tell It When We See It? », *Annuaire suisse de droit international*, 37, (1981), 59-60; voir également K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2<sup>e</sup> éd. (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 116 (« The ascertainment and formation of customary international law are of necessity closely interrelated, since, on the one hand, the process of formation determines the means of identification of customary rules, and on the other, the action of ascertaining custom or its elements influences its further development. This interdependence is already evident from the content of Article 38.1 (b) of the Statute of the [International] Court »).

<sup>7</sup> A/CN.4/SR.3186, *ibid.*, p. 3 à 6.

éléments peuvent parfois être « étroitement imbriqués » et que l'importance relative à accorder à chacun peut varier selon les circonstances;

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

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

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

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

4. Au cours du débat à la Sixième Commission en 2013, les délégations ont souscrit à l'approche binaire dite des « deux éléments » tout en insistant sur la nécessité d'étudier la question de l'importance relative à accorder à la pratique des États et à l'*opinio juris*. Les avis ont divergé quant à l'opportunité d'envisager le *jus cogens* à l'occasion du présent sujet. On s'est largement félicité que la Commission se propose d'examiner les rapports entre le droit international coutumier et d'autres sources du droit international, même si l'on a fait observer qu'il fallait traiter séparément la question de la hiérarchie des sources. On a souligné l'intérêt d'examiner le droit international coutumier « spécial » ou « régional », y compris la coutume bilatérale<sup>8</sup>.

5. Les délégations ont à nouveau souligné qu'il importait d'interroger, autant que possible, la pratique des États de toutes les régions du monde pour déterminer le droit international coutumier, tout en notant cependant que les États sont relativement peu nombreux à recueillir et publier systématiquement leur pratique. On a suggéré de procéder en toute prudence à l'analyse de la pratique des États, en particulier s'agissant des décisions des tribunaux internes et régionaux. On a en outre suggéré d'examiner la pratique des organisations internationales<sup>9</sup>.

6. Une ou deux délégations ont suggéré à la Commission de surseoir à se prononcer sur la forme à donner au résultat final des travaux. Néanmoins, la solution de « conclusions » assorties de commentaires a recueilli une large adhésion. On a souligné qu'il importait de ne pas donner une forme par trop impérative au résultat de ses travaux et de conserver sa souplesse au droit international coutumier<sup>10</sup>.

7. À sa session de 2013, la CDI a demandé aux États « de lui donner, avant le 31 janvier 2014, des informations sur leur pratique relative à la formation du droit international coutumier et aux types d'éléments pouvant servir à identifier ce droit

<sup>8</sup> Voir A/CN.4/666, *Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-huitième session*, par. 43 et 44.

<sup>9</sup> Ibid., par. 45 et 46.

<sup>10</sup> Ibid., par. 47.

dans une situation donnée. Cette pratique pourrait être reflétée dans : a) des déclarations officielles faites devant des corps législatifs, des juridictions ou des organisations internationales; et b) des décisions de juridictions nationales, régionales ou sous-régionales »<sup>11</sup>. Nous savons gré aux neuf États<sup>12</sup> qui, à la date de la rédaction du présent rapport, avaient apporté leurs contributions écrites. Des contributions supplémentaires seraient à tout moment les bienvenues.

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

9. Dans notre premier rapport, nous avons traité des principaux documents à consulter aux fins du présent sujet et de certaines questions préliminaires. Nous nous intéresserons ici aux questions centrales ayant trait à la démarche à retenir pour déterminer les règles du droit international coutumier « général », en particulier les deux éléments constitutifs de la coutume et la manière d'en apprécier l'existence. Dans la section II du présent rapport, consacrée à la portée des travaux et à la forme des résultats, nous expliquons que les projets de conclusions traitent de la méthode de détermination des règles du droit international coutumier sans s'intéresser au contenu de ces règles. Dans la section III, consacrée à la terminologie, nous proposons une définition du droit international coutumier qui s'inspire du libellé de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, sans s'y référer directement. Dans la section IV nous décrivons en termes généraux l'approche de base dite « des deux éléments » que sont « une pratique générale » qui soit « acceptée comme étant le droit » (communément appelés « la pratique des États » et « *opinio juris* », respectivement) et dont nous ferons dans les sections V et VI une analyse plus détaillée, analyse que nous poursuivrons dans notre troisième rapport comme il est dit dans la section VII sur le programme de travail futur.

10. Il nous semble souhaitable de traiter dans le même rapport de la pratique et de l'*opinio juris*, étant donné le lien étroit qui les unit même si nous sommes ainsi conduits à explorer tout un terrain sans le bénéfice de débats approfondis à la CDI et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Les sections V et VI revêtant ainsi forcément un caractère préliminaire, nous serons sans doute amenés à revoir et affiner le texte et les projets de conclusions dans notre prochain rapport.

11. Le présent rapport contient 11 projets de conclusions, dont le texte figure à l'annexe. Comme il y est dit, nous proposons de les articuler en quatre parties (introduction; deux éléments constitutifs; pratique générale; acceptée comme étant le droit) selon l'économie générale envisagée. Nous proposerons d'autres projets de conclusions dans notre prochain rapport, mais – toujours sous réserve des vues des membres de la Commission – ceux-ci seront sans doute sans incidence sur l'économie générale du projet.

<sup>11</sup> A/68/10, *supra* note 3, par. 26.

<sup>12</sup> Allemagne, Belgique, Botswana, Cuba, El Salvador, Fédération de Russie, Irlande, République tchèque et Royaume-Uni.

## II. Délimitation du sujet et forme des résultats des travaux de la Commission

12. Les débats à la CDI et à la Sixième Commission en 2013 sont venus confirmer l'intérêt du présent sujet, dont la finalité est de fournir des orientations pratiques à ceux qui sont appelés en quelque qualité à déterminer l'existence de telles ou telles règles de droit international coutumier, singulièrement ceux qui ne sont pas forcément des spécialistes du droit international public général. Une certaine clarté s'impose dans l'application pratique de cet aspect fondamental du droit international, même s'il faut reconnaître que le processus coutumier est souple par définition. De l'aveu général, « la question des sources est éminemment importante; et les vives controverses jurisprudentielles et doctrinales ne sont pas d'intérêt purement théorique. S'il est naturel de les trouver passionnantes et de s'y livrer, on n'oubliera cependant pas que l'intérêt de ces controverses est la preuve, s'il en est, des lacunes du système juridique considéré »<sup>13</sup>.

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

14. Le présent sujet et toutes conclusions qui en découleraient sont sans préjudice des travaux en cours sur d'autres sujets. Nous nous garderons donc d'évoquer à cette occasion les questions relatives aux autres sources du droit international, notamment les principes généraux du droit (Art. 38, 1. c) du Statut de la Cour internationale de Justice). Les travaux seront également sans préjudice des questions relatives au *ius cogens*, qui pourraient être envisagées séparément.

15. Vu ce qui précède, nous proposons le projet de conclusion suivant :

### Projet de conclusion 1

#### *Portée*

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

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

## III. Emploi des termes

16. Dans notre premier rapport, nous proposons une définition du « droit international coutumier » sous forme de simple renvoi à l'alinéa b) du paragraphe 1

<sup>13</sup> R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press, 1994), p. 17.

de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>14</sup>. Certains membres de la Commission ont estimé qu'un renvoi n'était pas entièrement satisfaisant, tant parce que le texte n'était pas autonome que parce que l'on pourrait considérer qu'il repose trop sur le Statut, qui s'applique en principe à la seule Cour<sup>15</sup>.

17. Nous proposons donc à la Commission d'adopter une définition du droit international coutumier qui s'inspire du texte du Statut de la Cour internationale de Justice sans le viser expressément, cette solution présentant l'intérêt de conserver les concepts clefs (« une pratique générale », « acceptée comme étant le droit »), qui forment le socle de l'approche suivie non seulement par la Cour internationale elle-même mais aussi par d'autres cours et tribunaux ainsi que les États<sup>16</sup>. Le texte de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38, aujourd'hui presque centenaire, reste une source très largement invoquée et n'a pris aucune ride. En fait, comparée aux expressions (« pratique des États » et « *opinio juris* ») sans doute d'usage plus courant de nos jours, la formulation du Statut semble moins problématique et plus moderne. Quoi qu'il en soit, le dédoublement résultant du Statut, « constitue un outil extrêmement utile pour “découvrir” les règles coutumières<sup>17</sup> ».

18. L'autre expression qu'il serait peut-être utile de définir est celle d'« organisation internationale ». Il serait bon d'adopter la définition résultant de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel<sup>18</sup> et de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales<sup>19</sup>, où l'expression « organisation internationale » s'entend de l'« organisation intergouvernementale ». Comme il ressort du commentaire de la Commission, la définition plus élaborée figurant au projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales a été dégagée dans

<sup>14</sup> A/CN.4/663, *supra* note 1, par. 45.

<sup>15</sup> Mais voir *ibid.*, par. 32 (« Le paragraphe 1 de l'Article 38 a fréquemment été mentionné ou reproduit dans des instruments ultérieurs. Même si [sa] formulation ne s'applique qu'à la Cour internationale de Justice, les sources qui y sont définies sont généralement considérées comme valables pour les autres juridictions internationales, sous réserve de toutes règles expressément énoncées dans les statuts respectifs de ces dernières » [références omises]). Il ressort clairement du chapeau de l'Article 38.1, tel qu'adopté en 1945 [« La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique » (non souligné dans le texte)] que cette disposition vient énumérer les sources du droit international.

<sup>16</sup> Voir par. 24 et 25 ci-après.

<sup>17</sup> A. Pellet, « Article 38 », A. Zimmermann *et al.* (dir.), *Le Statut de la Cour internationale de Justice : commentaire*, 2<sup>e</sup> éd. in (Oxford University Press, 2012), p. 731 et 813; voir également G. M. Danilenko, « The theory of international customary law », *German Yearbook of International Law*, 31 (1988), p. 9 et 10 à 11 (« the definition of custom provided by Art. 38 of the statute is extremely important for the theory and practice of customary international law. In the first place, Art. 38 reaffirms the recognition by all States of international custom as one of the main sources of international law [...] Secondly, Art. 38 reflects the agreement of all members of the international community on basic constituent elements required for the formation and operation of customary rules of international law, namely, practice, on the one hand, and acceptance of this practice as law, on the other »); G. Arangio-Ruiz, « Customary law: A Few More Thoughts about the Theory of 'Spontaneous' International Custom », in N. Angelet (dir.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon* (Bruylant, 2007), p. 93 et 105.

<sup>18</sup> Art. 1, par. 1, 1).

<sup>19</sup> Art. 2, par. 1, a) i).

le contexte particulier dudit sujet<sup>20</sup>. Dans le présent contexte, la définition plus générale et plus large semblerait préférable.

19. Nous apprécierons en cours de travaux l'opportunité de définir d'autres termes. Si l'on retenait l'idée de consacrer une disposition à « l'emploi des termes », sans doute il y aurait-il lieu d'y insérer une clause de sauvegarde semblable à celles envisagées dans des textes antérieurs issus de projets de la CDI, comme l'article 2.3 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens<sup>21</sup>.

20. Vu ce qui précède, nous proposons le projet de conclusion suivant :

## Projet de conclusion 2

### *Emploi des termes*

**Aux fins des présents projets de conclusions :**

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

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

c) ...

## IV. Approche fondamentale : deux éléments constitutifs

21. Nous partons ici du principe que, pour déterminer l'existence de telle ou telle règle de droit international coutumier, il faut interroger la pratique et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (approche binaire dite « des deux éléments »)<sup>22</sup>. Cette approche a recueilli une large adhésion pendant les débats tenus en 2013<sup>23</sup> au sein de la CDI et à la Sixième Commission. Comme on le verra ci-après, on la retrouve de fait généralement dans la pratique des États et la jurisprudence des juridictions internationales, dont la Cour internationale de Justice, et elle jouit de la faveur de la doctrine.

22. Selon cette approche, il existerait une règle de droit international coutumier dès lors qu'on est en présence d'une « pratique générale » qui est « acceptée comme étant le droit », ces deux éléments, « les critères, qu'elle [la Cour internationale de Justice] a maintes fois énoncés, permettant d'identifier une règle de droit international coutumier »<sup>24</sup>, devant être réunis en toutes circonstances pour autoriser

<sup>20</sup> Articles sur la responsabilité des organisations internationales (2011), art. 2 a) et commentaire, par. 1 à 15 (*Rapport 2011 de la CDI*, p. 73 à 78).

<sup>21</sup> Aux termes de cet article : « Les dispositions des paragraphes 1 et 2 concernant l'emploi des termes dans la présente Convention n'affectent pas l'emploi de ces termes ni le sens qui peut leur être donné dans d'autres instruments internationaux ou dans le droit interne d'un État. »

<sup>22</sup> Voir également *supra*, par. 3 a).

<sup>23</sup> Voir également *infra*, par. 24.

<sup>24</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, par. 122, par. 55; dans le même paragraphe, la Cour internationale de Justice a précisé qu'« une “pratique effective” assortie d'une *opinio juris* est en particulier requise pour

à conclure à l'existence d'une règle de droit coutumier international. Par suite, pour conclure en toute certitude à l'existence de telle ou telle règle de droit coutumier, « il faudrait avoir l'assurance qu'une telle règle répond aux conditions requises pour que prenne naissance une coutume internationale »<sup>25</sup>.

23. Ces deux éléments sont en effet indispensables à toute règle de droit international coutumier à proprement parler. Comme l'a dit un auteur, en l'absence de toute pratique (*consuetudo*), l'expression « droit international coutumier » serait impropre dans la mesure où la pratique constitue précisément la principale *differentia specifica* de cette branche du droit international. En revanche, en l'absence de l'élément subjectif de l'acceptation de la pratique comme étant le droit, la coutume internationale ne se distinguerait pas du simple usage (*usus*) ou d'autres règles de conduite non juridiques<sup>26</sup>.

24. L'approche des deux éléments est largement consacrée par la pratique des États. Pour ne citer que quelques exemples récents, les États-Unis d'Amérique, le Rwanda et l'Uruguay sont convenus, dans des traités d'investissement bilatéraux, que le droit international coutumier résulte d'une pratique générale et constante des États, que ceux-ci suivent comme y étant juridiquement tenus<sup>27</sup>. De même, selon les Pays-Bas et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, les deux éléments constitutifs du droit international coutumier sont la pratique généralisée et constante des États (pratique des États) et le sentiment que le respect de la règle de droit est obligatoire (*opinio juris*)<sup>28</sup>. L'ensemble des États membres de l'Union européenne ont adopté la même position dans les *Lignes directrices de l'Union*

---

qu'existe une telle règle »; voir également *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 44, par. 77 (« [...] deux conditions doivent être remplies. Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit »); *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985*, p. 13, p. 29 (« Il est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États »); *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, p. 97 (« [...] la Cour doit maintenant identifier les règles du droit international coutumier applicables au présent différend. Pour cela, elle doit examiner la pratique et l'*opinio juris* des États »); P. Tomka, « Custom and the International Court of Justice », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 12 (2013), p. 195 et 197 (« In fact, the Court has never abandoned its view, firmly rooted in the wording of the Statute, that customary international law is "general practice accepted as law" »).

<sup>25</sup> *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, p. 47 (opinion individuelle collective des juges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda).

<sup>26</sup> K. Wolfke, *supra* note 6, p. 40 et 41.

<sup>27</sup> Annexe A du Traité entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République du Rwanda concernant la promotion et la protection réciproque de l'investissement (2008) et annexe A du Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République orientale d'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproque de l'investissement (2005), dans lesquelles les parties sont convenues que le droit international coutumier en général et tel que défini à l'article 5 et à l'annexe B résulte d'une pratique générale et constante des États, qu'ils suivent comme y étant juridiquement tenus.

<sup>28</sup> Mémoire des Gouvernements du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et du Royaume des Pays-Bas en qualité d'*amici curiae* à l'appui des défenseurs dans l'affaire *Esther Kiobel et al. c. Royal Dutch Petroleum Co. et al.* (3 février 2012), Cour suprême des États-Unis, p. 8 à 11.



européenne concernant la promotion du droit humanitaire international, qui voient dans le droit international coutumier une source du droit international qui découle de la pratique des États à laquelle ceux-ci reconnaissent un caractère contraignant<sup>29</sup>. La Cour suprême singapourienne a jugé que la pratique fréquente et pratiquement uniforme des États associée à l'*opinio juris* était requise pour conférer à une règle donnée valeur de règle de droit international coutumier<sup>30</sup>, et la Cour constitutionnelle slovène a également considéré que telle norme peut revêtir le caractère de règle contraignante de droit international coutumier dès lors qu'elle est appliquée par un grand nombre d'États comme étant une règle de droit international coutumier à respecter<sup>31</sup>. La Cour constitutionnelle et la Cour suprême tchèques ont également considéré que les deux éléments étaient essentiels<sup>32</sup>, de même que la Cour d'appel néo-zélandaise, qui a observé que le droit international coutumier, les règles (non écrites) du droit international liant tous les États, apparaissent quand les États suivent certaines pratiques, généralement et constamment, comme y étant juridiquement tenus<sup>33</sup>. Le fait qu'une pratique générale et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit soit requis pour la formation et la détermination du droit international coutumier a en outre été reconnu notamment par l'Afrique du Sud, l'Autriche, la Fédération de Russie, l'Inde, Israël, la Malaisie, les pays nordiques, le Portugal, la République islamique d'Iran et le Viet Nam dans leurs interventions lors des débats consacrés par la Sixième Commission aux rapports de la CDI de 2012 et de 2013<sup>34</sup>. Dans des conclusions déposées récemment devant la Cour internationale de Justice, des États ont continué de fonder leur argumentation sur l'approche dite des deux éléments<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> *Lignes directrices de l'Union européenne mises à jour concernant la promotion du droit humanitaire international* (2009/C/303/06), par. 7.

<sup>30</sup> *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor* [2010] 3 S.L.R. 489 [2010] SGCA 20 (Cour suprême singapourienne – Cour d'appel, 14 mai 2010), par. 96 à 98.

<sup>31</sup> Décision n° U-I-146/07, en date du 13 novembre 2008, par. 19; voir également affaire n° Up-13/99, décision du 8 mars 2001, par. 14.

<sup>32</sup> Dossier n° II. ÚS 214/98 (30 janvier 2001) et dossier n° 11 Tcu 167/2004 (16 décembre 2004), respectivement.

<sup>33</sup> *Attorney General c. Zaouvi*, CA20/04, jugement (30 septembre 2004), par. 34.

<sup>34</sup> Les déclarations faites par les représentants des divers États pendant ces débats sont disponibles en ligne sur le portail de la Plateforme d'écopublication PaperSmart de l'Organisation des Nations Unies et à l'adresse suivante : [www.un.org/fr/ga/sixth/](http://www.un.org/fr/ga/sixth/).

<sup>35</sup> À titre d'exemple, dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, l'Allemagne a considéré qu'« il n'existe pas de pratique générale, soutenue par l'*opinio juris*, élargissant la dérogation au principe de l'immunité des États aux cas de violations du droit humanitaire commises par des forces armées pendant un conflit armé » et l'Italie, qui n'invoquait pas le droit international coutumier, a considéré dans son contre-mémoire que la question en cause en l'espèce n'était pas de savoir s'il y avait une pratique répandue et constante, adossée à l'*opinio juris*, montrant l'existence d'une règle coutumière internationale autorisant généralement le déni d'immunité en présence de violations graves du droit international humanitaire ou du droit international des droits de l'homme (mémoire de la République fédérale d'Allemagne (12 juin 2009), par. 55; contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), par. 4.108). Pour un autre exemple récent, voir l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, en particulier les *Questions posées par des membres de la Cour au terme de l'audience tenue le 16 mars 2012 : compilation des réponses écrites ou orales et des observations écrites sur ces réponses*, p. 20 à 48, notamment p. 24 et 25 (Belgique) – Question posée à la Belgique – le Sénégal étant invité à faire des observations – par le juge Greenwood au terme de l'audience du 16 mars 2012. De même, dans d'autres affaires, si des États n'ont pas cherché à démontrer l'existence d'une règle

25. D'autres juridictions internationales ont également admis que, pour déterminer l'existence de telle ou telle règle de droit international coutumier, il fallait s'attacher aux deux éléments. Comme nous l'avons fait observer dans notre premier rapport, quel que soit le contexte dans lequel ces autres juridictions travaillent, elles s'appuient généralement sur l'approche et la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, notamment sur le rôle constitutif attribué aux deux éléments que sont la pratique des États et l'*opinio juris*<sup>36</sup>.

26. La plupart des auteurs souscrivent également à l'approche des deux éléments, comme il ressort d'ouvrages et traités de droit international public<sup>37</sup> et monographies consacrées à la coutume ou s'y rapportant, que ces ouvrages traitent

---

de droit international coutumier en invoquant l'existence soit de la seule pratique soit de la seule *opinio juris*, ils n'ont pas cherché à mettre en doute l'existence d'une prétendue règle de droit international coutumier en faisant valoir que l'approche des deux éléments était erronée d'un point de vue théorique.

<sup>36</sup> A/CN.4/663, *supra* note 1, par. 66 à 82.

<sup>37</sup> Voir, par exemple, R. Jennings et A. Watts (dir.), *Oppenheim's International Law*, vol. I, 9<sup>e</sup> éd., (Longmans, 1991), p. 25 à 31; A. Cassese, *International Law*, 2<sup>e</sup> éd. (Oxford University Press, 2005), p. 153 à 169 (« the fundamental elements constituting custom: State practice (*usus or diuturnitas*) and the corresponding views of States (*opinio juris* or *opinio necessitatis*) »); P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, 10<sup>e</sup> éd. (Daloz, 2010), p. 364 (« La bivalence du phénomène coutumier trouve un écho direct dans la représentation qu'en donnent les différents courants de la doctrine, aussi bien objectiviste que volontariste. Pour les uns comme pour les autres, confortés par le texte précité de l'Article 38 b) du statut de la Cour de La Haye (CPIJ puis CIJ), la réunion de deux éléments est nécessaire pour que naisse la coutume en tant que règle de droit »); M. Bos, *A Methodology of International Law* (North Holland, 1984), p. 109 (« for a custom to exist one merely has to ascertain the existence of the alleged factual aspects of it, i.e. its material and psychological components, and to put these to the test of the definition of custom »); V. Lowe, *International Law* (Oxford University Press, 2007), p. 36 à 63; M. N. Shaw, *International Law*, 6<sup>e</sup> éd. (Cambridge University Press, 2008), p. 72 à 93 (« it is possible to detect two basic elements in the make-up of a custom. These are the material facts, that is, the actual behaviour of states and the psychological or subjective belief that such behaviour is law »); L. Damrosch, L. Henkin, S. Murphy et H. Smith, *International Law: Cases and Materials*, 5<sup>e</sup> éd. (West, 2009), p. 59 (« What is clear is that the definition of custom comprises two distinct elements [...] »); P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, 8<sup>e</sup> éd. (L.G.D.J., 2009), p. 352 à 379 (« Il est certes admis par tous que le processus coutumier n'est parfait que par la réunion de deux éléments »); S. Murphy, *Principles of International Law*, 2<sup>e</sup> éd. (West, 2012), p. 92 à 101 (« States through their practice, and international lawyers through writings and judicial decisions, have agreed that customary international law exists whenever two key requirements are met: (1) a relatively uniform and consistent state practice regarding a particular matter; and (2) a belief among states that such practice is legally required »); A. Clapham, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, 7<sup>e</sup> éd. (Oxford University Press, 2012), p. 57 à 63; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8<sup>e</sup> éd. (Oxford University Press, 2012), p. 23 à 30 (« the existence of custom is [...] the conclusion of someone (a legal adviser, a court, a government, a commentator) as to two related questions: (a) is there a general practice; (b) is it accepted as international law? »); M. Díez de Velasco, C. Escobar Hernández (dir.), *Instituciones de Derecho Internacional Public*, 18<sup>e</sup> éd. (Tecnos, 2013), p. 136 à 141 (« una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por éstos como derecho »); J. Klabbbers, *International Law* (Cambridge University Press, 2013), p. 26 à 34 (« two main requirements: there must be a general practice, and this general practice must be accepted as law [...] »); C. Santulli, *Introduction au droit international* (Pedone, 2013), p. 45 [« la doctrine classique des deux éléments de la coutume : la pratique, qui constitue l'élément matériel, et l'acceptation ou *opinio juris*, qui constitue l'élément volontaire (ou "psychologique") »].

spécialement des sources du droit international<sup>38</sup> ou de toute autre question ayant trait à celui-ci<sup>39</sup>. À titre d'exemple, selon Oppenheim, aux termes de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38, la coutume est constituée de deux éléments essentiels, à savoir la pratique et l'*opinio juris*<sup>40</sup>. Il résulte de la dernière édition de l'ouvrage intitulé *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, que la coutume, au sens juridique, signifie davantage que la simple habitude ou l'usage, que c'est un usage considéré comme obligatoire par ceux qui le suivent et, qu'aux termes de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut, il convient d'examiner si la coutume supposée est le fruit d'une « pratique générale acceptée comme étant le droit »<sup>41</sup>.

27. Ainsi qu'il est dit dans notre premier rapport, certains auteurs ont tenté de dégager d'autres approches, généralement axées sur un élément constitutif au détriment de l'autre, que ce soit la pratique ou l'*opinio juris*, voire en excluant complètement un élément<sup>42</sup>. De même, dans une certaine mesure, dans ses travaux, qui ont abouti en 2000 à la Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général<sup>43</sup>, l'Association de droit international tend à minimiser le rôle de l'élément subjectif<sup>44</sup>. Si tous ces écrits présentent un intérêt, ne sauraient laisser indifférent et sont (et doivent être) dûment pris en compte, il n'en demeure pas moins qu'ils ne semblent pas avoir véritablement influencé l'approche adoptée par les États et les juridictions. L'approche des deux éléments demeure prédominante<sup>45</sup>.

28. Dans notre premier rapport, nous avons recherché s'il existait différentes approches permettant de déterminer des règles de droit international coutumier dans

<sup>38</sup> Voir, par exemple, L. Millán Moro, *La « Opinio juris » en el Derecho Internacional Contemporáneo* (Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990); H. Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford University Press, 2014), chap. III (« The traditional criteria in international law for the recognition of a binding custom are that there should have been sufficient State practice [...] and that this should have been accompanied by, or be backed by, evidence of what is traditionally called *opinio juris* or *opinio juris sive necessitatis* »).

<sup>39</sup> Par exemple, O. Corten, *Le droit contre la guerre*, 2<sup>e</sup> éd. (Bruylant, 2014), chap. 1; pour une édition antérieure en anglais, voir O. Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law* (Hart, 2010), chap. 1.

<sup>40</sup> R. Jennings, A. Watts (dir.), *supra* note 37, p. 27.

<sup>41</sup> A. Clapham, *supra* note 37, p. 57.

<sup>42</sup> Voir A/CN.4/663, *supra* note 1, par. 97 à 101.

<sup>43</sup> *Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général*, assortie d'observations, adoptée par l'Association de droit international dans sa résolution 16/2000 relative à la formation du droit international coutumier général, en date du 29 juillet 2000, à sa soixante-neuvième conférence, tenue à Londres du 25 au 29 juillet 2000; voir également A/CN.4/663, *supra* note 1, par. 89 à 91.

<sup>44</sup> La Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général parle de la présumée nécessité de l'« élément subjectif » (voir introduction, par. 10, et Part III).

<sup>45</sup> Voir également O. Sender, M. Wood, « The emergence of customary international law: between theory and practice », in Y. Radi et C. Brölmann (dir.) *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, (Edward Elgar, à paraître) (« the two-element approach has [...] enabled the formation and identification of rules of international law that have for the most part won wide acceptance, while allowing customary international law to retain its characteristic flexibility. It has proven to be both useful and stable, and it remains authoritative through the ICJ Statute, which is binding on 193 States. Other theories on how a rule of customary international law emerges are, essentially, policy approaches; as such they may be instructive, but they remain policy, not law. »).

les différentes branches du droit<sup>46</sup>. À titre d'exemple, on a fait valoir en doctrine<sup>47</sup> – thèse adossée çà et là à la pratique<sup>48</sup> – dans les branches du droit international dont, notamment, le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international pénal, un seul élément, à savoir l'*opinio juris*, suffirait pour qu'il y ait règle de droit international coutumier<sup>49</sup>. Il est toutefois plus juste de dire qu'il n'existe pas différentes approches<sup>50</sup>, mais des variations dans la

<sup>46</sup> A/CN.4/663, *supra* note 1, par. 19.

<sup>47</sup> A/CN.4/663, *supra* note 1, voir notes de bas de page 32 à 34; voir également R. Kolb, « Selected problems in the theory of customary international law », *Netherlands International Law Review*, vol. 50 (2003), p. 119 et 128 (« [...] the time has come to put à plat the theory of custom and to articulate different types (and thus elements) of it in relation to different subject matters and areas. There is not one international custom; there are many international customs whose common family-bond is still to be shown. Consequently, a new map of international customary law has to be drawn, reflecting the various contours of international life, instead of artificially pressing the growing diversity of that experience into the Procrustean bed of traditional practice and *opinio juris* »); A. Cassese, *supra* note 37, p. 160 et 161 (voir note de bas de page 37 du présent rapport) (« *Usus* and *opinio*, as elements of customary law, play a different role in a particular branch of international law, the humanitarian law of armed conflict [...] In consequence [of the wording of the Martens Clause] it is logically admissible to infer (and is borne out by practice) that the requirement of State *practice* may not need to apply to the formation of a principle or a rule based on the laws of humanity or the dictates of public conscience [...] »).

<sup>48</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Kupreškić et consorts* (jugement), affaire n° IT-95-16-T (Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), jugement du 14 janvier 2000, par. 527 (« les principes du droit international humanitaire peuvent, par processus coutumier, naître de la pression des exigences de l'humanité ou de celles de la conscience publique, même lorsque la pratique des États est rare ou contradictoire. L'autre élément, l'*opinio necessitatis*, qui se cristallise sous l'effet des impératifs de l'humanité ou de la conscience publique, pourrait bien se révéler être l'élément décisif annonciateur de l'émergence d'une règle ou d'un principe général du droit humanitaire »); voir également arrêt des Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens (Chambre de la Cour suprême), affaire n° 001/18-07-2007-ECCC/SC (3 février 2012), par. 93 (en ce qui concerne le droit international coutumier, la Chambre de la Cour suprême considère que, s'agissant d'apprécier s'il existe quelque principe ou règle générale concernant telle conduite violant les droits de l'homme ou la voix de la conscience collective en particulier, l'exigence classique d'une pratique des États étendue et pratiquement uniforme peut être en fait moins impérieuse que dans d'autres branches du droit international, l'exigence de l'*opinio juris* pouvant primer sur l'élément matériel de la coutume).

<sup>49</sup> De même, on a fait valoir que l'on pourrait recourir à une échelle mobile pour établir l'existence de telle règle de droit international coutumier à partir d'une pratique constante des États, en l'absence même de toute preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit, et ou de l'acceptation clairement établie de telle règle comme étant le droit, en l'absence même de toute preuve d'une pratique établie, par référence à l'activité considérée et au caractère raisonnable de la règle coutumière supposée [voir F. L. Kirgis, Jr., « Custom on a sliding scale », *American Journal of International Law*, 81 (1987), p. 146 à 151 (le modèle vise également les cas de figure où l'un ou l'autre élément n'a guère d'existence)].

<sup>50</sup> Voir également les interventions faites au nom de l'Afrique du Sud, de la Chine, de la Fédération de Russie, de l'Iran, d'Israël, de la Pologne et de Singapour pendant les débats que la Sixième Commission a consacrés en 2013 aux travaux de la CDI (disponibles à l'adresse suivante : [www.un.org/fr/ga/sixth/](http://www.un.org/fr/ga/sixth/)), à l'occasion desquelles toutes les délégations ont préconisé l'adoption d'une approche unifiée; T. Treves, « Customary International Law », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), par. 3 (« The essential characteristic which customary international law rules have in common is the way they have come into existence and the way their existence may be determined »); J. Kammerhofer, « Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship », in M. Happold (dir.), *International Law in a Multipolar World*, (Routledge, 2012), p. 138 à 157.

mise en œuvre de l'approche des deux éléments, selon la branche du droit (ou, peut-être plus précisément, selon le type de règle) : par exemple, il se peut que, « aux fins de telle ou telle affaire donnée, la pratique des États la plus pertinente<sup>51</sup> serait constatée dans telle ou telle forme, à laquelle on conférerait « un rôle majeur »<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, p. 132, par. 73.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 162, par. 4 (opinion dissidente du juge Keith); voir, par exemple, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 582, p. 614, par. 88 (« en droit international contemporain, la protection des droits des sociétés et des droits de leurs actionnaires, et le règlement des différends y afférents sont essentiellement régis par des accords bilatéraux ou multilatéraux en matière de protection des investissements étrangers, tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers, et la Convention de Washington du 18 mars 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États investisseurs, qui a créé un Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), ainsi que par des contrats entre les États et les investisseurs étrangers. Dans ce contexte, le rôle de la protection diplomatique s'est estompé, celle-ci n'étant en pratique appelée à intervenir que dans les rares cas où les régimes conventionnels n'existent pas ou se sont révélés inopérants. »); *Le Procureur c. Dusko Tadić*, alias « Dule », affaire n° IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 2 octobre 1995, par. 99 [« Avant de relever certains des principes et règles du droit coutumier qui sont apparus dans la communauté internationale pour régler la guerre civile, il convient d'élever une mise en garde sur le processus d'adoption des lois dans le domaine du droit des conflits armés. Quand on s'efforce d'évaluer la pratique des États en vue d'établir l'existence d'une règle coutumière ou d'un principe général, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de préciser le comportement effectif des troupes sur le terrain dans le but d'établir si elles respectent ou ignorent en fait certaines normes de conduite. Cet examen est considérablement compliqué par le fait que non seulement l'accès au théâtre des opérations militaires est normalement refusé aux observateurs indépendants (souvent même au CICR) mais aussi parce que les renseignements sur la conduite effective des hostilités sont dissimulés par les parties au conflit; pis encore, il est souvent recouru à la désinformation dans le but de tromper l'ennemi ainsi que l'opinion publique et les gouvernements étrangers. Lorsqu'on évalue la formation de règles coutumières ou de principes généraux, il convient par conséquent d'être conscient que, du fait du caractère intrinsèque de ce domaine, on doit s'appuyer essentiellement sur des éléments comme les déclarations officielles des États, les manuels militaires et les décisions judiciaires. »]; voir également *Le Procureur c. Dusko Tadić*, alias « Dule », affaire n° IT-94-1-A, arrêt (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 15 juillet 1999, par. 194. Voir également B. Conforti, B. Labella, *An Introduction to International Law* (Martinus Nijhoff, 2012), p. 32 (« The weight given to the acts depends on the content of the international customary rule. For example, treaties have great importance in matters of extradition, while domestic court decisions have more weight in questions of the jurisdictional immunities of foreign States and foreign State organs, etc. »); cf. *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 175, 176 et 178 (opinion dissidente du juge Tanaka) (« Déterminer si ces deux facteurs sont réunis ou non dans le processus de formation d'un droit coutumier soulève des problèmes délicats et difficiles à résoudre. [...] Ainsi, il ne faut pas interpréter de manière trop rigide les deux éléments [...] mais au contraire les apprécier en fonction des circonstances et donc avec une certaine souplesse; en d'autres termes, il faut se placer dans une perspective téléologique. [...] En bref, comme je l'ai indiqué plus haut, le mode de formation d'une règle coutumière est différent selon qu'il s'agit de tel ou tel domaine du droit. Le facteur temps (la durée de la coutume) est relatif; il en va de même du facteur numérique (la pratique des États). Non seulement faut-il évaluer chacun des facteurs qui contribuent à la naissance d'une règle coutumière compte tenu de toutes les circonstances, mais encore considérer la formation du droit dans son ensemble comme un processus organique et dynamique. On ne doit pas envisager les conditions requises pour l'existence d'un droit coutumier d'un point de vue

Mais, au fond, l'approche est la même : les deux éléments sont requis. Procéder autrement, ce serait risquer de diviser artificiellement le droit international en plusieurs branches distinctes, ce qui le remettrait en cause en tant que système<sup>53</sup>. En tout état de cause, comme on le verra ci-après, il est souvent malaisé d'envisager les deux éléments séparément<sup>54</sup>.

29. Il faut replacer tous les éléments de preuve dans leur contexte<sup>55</sup>. Il convient de procéder avec le plus grand soin s'agissant d'apprécier l'existence des deux éléments constitutifs, que ce soit en interrogeant des preuves primaires ou des moyens subsidiaires. La plus grande prudence s'impose<sup>56</sup> en présence de preuves provenant de sources diverses. Pour ce qui est d'apprécier la pratique pertinente et dans quelle mesure elle est acceptée comme étant le droit<sup>57</sup>, on s'attachera aux circonstances de l'espèce et on pourrait relativiser le poids de telle ou telle preuve. Ainsi, présenteront un intérêt particulier toutes manifestations d'une pratique qui vont à l'encontre des intérêts de l'État dont ils proviennent, ou qui entraînent pour l'État en question des coûts politiques, militaires, économiques ou autres non négligeables, dans la mesure où il est moins probable qu'ils soient dictés par des considérations politiques, d'opportunité ou de courtoisie, notamment<sup>58</sup>. On retiendra de même, le soin entourant telle ou telle déclaration; on accordera moins d'importance à toutes prises de position spontanées, faites sur le vif.

30. Déterminer si telle ou telle règle de droit international coutumier existe, c'est rechercher une « pratique acceptée si largement par les États que l'on peut

---

purement formaliste et oublier ce faisant le point de vue de la nécessité sociale, c'est-à-dire l'importance des buts et des objectifs de la règle coutumière considérée. »).

<sup>53</sup> Comme l'a souligné d'entrée de jeu l'étude de 2006 consacrée à la fragmentation du droit international, « Le droit international est un système juridique », Rapport 2006 de la CDI, par. 251, conclusion 1. Voir également A. Boyle, C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), p. 285 (« [w]hen courts ignore the traditional requirements for customary international law or fail to subject them to any strict scrutiny they risk giving tacit weight to what has been called "the rush to champion new rules of law" [...] [In such cases] [s]cant regard is given to the niceties of state consent or the likelihood of compliance with such easily pronounced norms » (citations omises).

<sup>54</sup> Voir également H. Thirlway, *supra* note 38, p. 62 (« Practice and *opinio juris* together supply the necessary information for it to be ascertained whether there exists a customary rule, but the role of each – practice and *opinio* – is not uniquely focused; they complement one another »); *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 7 (Dans les faits, il est souvent difficile, voire impossible, de distinguer les deux éléments).

<sup>55</sup> Voir également, *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, p. 200 (« On trouve dans la correspondance diplomatique des expressions isolées qui, prises hors de leur contexte, peuvent être considérées comme la reconnaissance des prétentions des États-Unis d'exercer la juridiction consulaire et autres droits capitulaires. Mais d'autre part, la Cour ne peut ignorer la teneur générale de la correspondance [...] »).

<sup>56</sup> J. L. Kunz, « The nature of customary international law », *American Journal of International Law*, 47 (1953), p. 662 et 667.

<sup>57</sup> Voir également T. Treves, *supra* note 50, par. 28 (« [manifestations of practice] help in ascertaining what is customary international law in a given moment. In performing such a task, caution and balance are indispensable, not only in determining the right mix of what States say and do, want and believe, but also in being aware of the ambiguities with which many elements of practice are fraught »).

<sup>58</sup> T. Treves, *supra* note 50, par. 30.

considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation »<sup>59</sup>. L'entreprise peut en être ardue et complexe<sup>60</sup>, singulièrement parce que toute prétendue règle de droit coutumier doit [naturellement] être prouvée pour être une règle de droit international valide, et non une proposition sans fondement<sup>61</sup>. Comme on le verra ci-après, cette entreprise requiert prudence et mesure, le but étant non seulement de déterminer le savant dosage de ce que les États disent et font, veulent et croient, mais également de ne pas méconnaître les ambiguïtés dont sont de nombreux éléments de la pratique<sup>62</sup>.

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

### Projet de conclusion 3

#### *Approche fondamentale*

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

### Projet de conclusion 4

#### *Appréciation de la preuve*

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

<sup>59</sup> Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (*Argentine c. Uruguay*), arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p.14, p. 83, par. 204.

<sup>60</sup> E. Petrič, « Customary International law in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia » (sera publié prochainement par le Conseil de l'Europe); voir également Mémoire des Gouvernements du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et du Royaume des Pays-Bas en qualité d'*amici curiae* à l'appui des défendeurs dans l'affaire *Esther Kiobel et al. c. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, *supra* note 28, p. 13 (« The methodology of determining what constitutes a new rule of international law is therefore [...] no straightforward matter and requires painstaking analysis to establish whether the necessary elements of State practice and *opinio juris* are present. »); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, p. 100 (opinion individuelle du juge De Castro) (« Il n'est pas facile de prouver l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit »); J.L. Kunz, *supra* note 56, p. 667 (« The ascertainment whether the two conditions of the custom procedure have been fulfilled in a concrete case [...] is a difficult task »).

<sup>61</sup> M.N. Shaw, *supra* note 37, p. 144.

<sup>62</sup> T. Treves, *supra* note 50, par. 28 ; voir également A. Boyle et C. Chinkin, *supra* note 53, p. 279 (« applying the criteria for establishing custom is not a scientific process, the accuracy of which can be measured. Rather it requires an evaluation of the facts and arguments »); P.W. Birnie et A. E. Boyle, *International Law and the Environment*, 2<sup>e</sup> éd. (Oxford University Press, 2002), p. 16 (« the identification of customary law has always been, and remains, particularly problematical, requiring the exercise of skill, judgment, and considerable research »).

## V. Pratique générale

32. La pratique<sup>63</sup>, souvent décrite comme l'élément « matériel » ou « objectif », joue un « rôle essentiel » dans la formation et la détermination du droit international coutumier<sup>64</sup>. On peut y voir la « matière première » du droit international coutumier, celui-ci naissant de la pratique, qui « la définit et la limite »<sup>65</sup>. Elle consiste en actes « matériels et détectables »<sup>66</sup> de sujets de droit international, et ce sont ces « comportements »<sup>67</sup> qui peuvent former une « trame de précédents »<sup>68</sup> dont on peut dégager une constante.

33. *De la « pratique générale » à la « pratique des États »*. Les États demeurent les principaux sujets de droit international<sup>69</sup>. La pratique des États joue plusieurs rôles importants en droit international, notamment la pratique ultérieure, élément (ou moyen) d'interprétation des traités au sens des articles 31, paragraphe 3 b), et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>70</sup>. Le comportement des États est

<sup>63</sup> La pratique est souvent appelée, entre autres et parfois indifféremment, « usage », « *usus* », « *consuetudo* » ou « *diuturnitas* ».

<sup>64</sup> Comme la Cour l'a fait observer dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, « La Cour, à laquelle l'Article 38 du Statut prescrit entre autres d'appliquer la coutume internationale "comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit", ne peut ignorer le rôle essentiel d'une pratique générale » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, p. 97 et 98, par. 184).

<sup>65</sup> Voir l'opinion dissidente du juge Percy Spender en l'*Affaire du droit de passage sur le territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960, p. 6, p. 99 (« La méthode à suivre pour mesurer la nature et la portée d'une telle coutume, si elle est démontrée, est de considérer la pratique qui elle-même, tout ensemble, la définit et la limite. Le premier élément d'une coutume est l'existence d'une pratique constante et uniforme qui doit être établie avant qu'on puisse définir une coutume »).

<sup>66</sup> Francois Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), sect. 110 (évoquant l'« usage » comme élément constitutif du droit international coutumier, cité dans A. A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Cornell University Press, 1971), p. 49).

<sup>67</sup> *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, p. 108; voir aussi la définition de Weisburd : « various types of activity [...] practice means just that » (A. M. Weisburd, « Customary international law: the problem of treaties », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 21 (1988), p. 1 et 7).

<sup>68</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, p. 329 (opinion individuelle du juge Ammoun); voir aussi *Affaire du détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 4, p. 83 et 99 (opinion dissidente du juge Azevedo) (« La coutume est faite de précédents reconnus [...] [de] faits significatifs et constants permettant de considérer que les États ont accepté de reconnaître un droit coutumier »); *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 175 (opinion dissidente du juge Tanaka) (qui parle d'« un usage ou [...] la répétition persistante d'une même catégorie d'actes [...] C'est [l']aspect quantitatif [du droit coutumier] »); B. Stern, « Custom at the heart of international law », *Duke Journal of Comparative and International Law*, 11 (2001), p. 89 et 95 (« it is very generally admitted that the material element is constituted by the repetition of a certain number of facts for a certain length of time, these different variables being modulated according to different situations »).

<sup>69</sup> Voir aussi C. Walter, « Subjects of International Law », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), par. 5.

<sup>70</sup> Point examiné actuellement par la Commission au titre du sujet « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » : voir en particulier les projets de conclusions 4, par. 2, et 5, Rapport de la CDI de 2013; voir aussi A.M. Weisburd, « The International Court of



de première importance pour la formation et la détermination du droit international coutumier, l'élément matériel de ce dernier étant ainsi communément appelé « pratique des États », au sens d'un comportement qui leur est attribuable<sup>71</sup>. « [L]a pratique effective [est] suivie par les États pour traduire ou créer des règles de droit coutumier »<sup>72</sup>. Comme la Cour l'a toujours souligné, c'est « [de] la pratique des États [que] découle le droit international coutumier »<sup>73</sup>.

34. *Attribution de la pratique à l'État*. Comme dans d'autres contextes, tels que la responsabilité de l'État et la pratique ultérieure concernant l'interprétation des traités, la pratique doit pouvoir être attribuée à l'État pour contribuer à la formation de droit international coutumier<sup>74</sup>. À cette fin, on pourra retenir les actes de tous les

---

Justice and the concept of state practice », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 31 (2009), p. 295 et 299 (faisant observer : « The significance of State practice in international law is difficult to overstate »); W. J. Aceves, « The economic analysis of international law: transaction cost economics and the concept of state practice », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 17 (1996), p. 995 à 1068; C. Parry, « The practice of States », *Transactions of the Grotius Society*, 44 (1958), p. 145 et 165 (« One looks to the practice of States, that is to say, for evidence of new rules on new topics of international law, or of changes in the earlier law »).

<sup>71</sup> Voir aussi M. Wood et O. Sender, « State practice », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (version 2014); Y. Dinstein, « The interaction between customary law and treaties », 322 *Recueil des Cours* (2006), p. 242 et 266 (« The general practice constituting the *font et origo* of customary international law is, in essence, that of States »); M. H. Mendelson, « The formation of customary international law », 272 *Recueil des Cours* (1998), p. 155 et 201 (« what is conveniently and traditionally called State practice [...] is, more precisely, the practice of subjects of international law »). Sur le développement historique de la doctrine de la pratique des États, voir A. Carty, « Doctrine versus State practice », in B. Fassbender et A. Peters (dir.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford University Press, 2012), p. 972 à 996.

<sup>72</sup> *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 18, p. 46, par. 43.

<sup>73</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, 3 février 2012, p. 99, p. 143, par. 101. L'expression « pratique internationale » renvoie donc à la pratique des États : voir, par exemple, *Interprétation des traités de paix (deuxième phase), avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 221, p. 242 (opinion dissidente du juge Read); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, p. 261 (opinion individuelle du juge Padilla Nervo) et p. 344 (opinion dissidente du juge Riphagen); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, p. 83 (opinion individuelle du juge De Castro); *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, p. 236 (opinion dissidente du juge Skubiszewski); *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 432, p. 554 (opinion dissidente du juge Ranjeva); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, p. 75 et 76 (opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergethal); *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, p. 170 (opinion individuelle du juge Keith); *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422, p. 457.

<sup>74</sup> Voir les *articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite* élaborés par la Commission (2001), première partie, chap. II; et les projets de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, projet de conclusion 5; voir aussi I. Brownlie, « Some problems in the evaluation of the practice of states as an element of custom », in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, vol. I (2004), p. 313 et 318 (renvoyant aux articles 4, 5 et 8 des articles de 2001 en disant : « [n]o doubt analogous principles should apply to the identification of organs and persons competent to

pouvoirs (qu'ils exercent des fonctions exécutives, législatives, judiciaires ou autres)<sup>75</sup>. Le comportement de tel organe de facto de l'État, c'est-à-dire de telle personne ou entité devant être considérée comme organe de l'État au regard du droit international même si le droit interne ne la décrit pas comme telle<sup>76</sup>, peut aussi être retenu comme pratique de l'État<sup>77</sup>, « 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 »<sup>78</sup>.

35. Déterminer la pratique des États est chose malaisée. L'éparpillement et le siège de la pratique restent source de problème pratique majeur dans le monde d'aujourd'hui, en dépit de l'évolution des ressources informatiques et

---

produce statements or materials which qualify as State practice »). Les règles d'attribution ne seront pas nécessairement les mêmes dans différents contextes; voir, par exemple, H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, vol. II (Oxford University Press, 2013), p. 1190 (« The practice supportive of the existence of a rule of customary law must be State practice, that is to say the practice of organs of the State, though the test is not the same as that for establishing the responsibility of a State »).

<sup>75</sup> Selon l'article 4 des articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, « [I]e comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres [...] »; J. Crawford, *State Responsibility. The General Part* (Cambridge University Press, 2013), deuxième partie (Attribution to the state), en particulier les pages 113 à 126; voir aussi *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999*, p. 62, p. 87 (« Selon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État »); *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, p. 168, p. 242; 2 BvR 1506/03, décision de la deuxième chambre, 5 novembre 2003 (Cour constitutionnelle fédérale allemande), par. 51 (« À cette fin [consulter la pratique des États pertinente], la Cour se penche sur le comportement des organes de l'État qui sont compétents pour les relations juridiques en droit international; en règle générale, il s'agira du gouvernement ou du chef de l'État. La pratique de l'État peut cependant aussi résulter d'actes d'autres organes détenant l'autorité de l'État, tels que des organes législatifs ou judiciaires, dans la mesure où ce comportement intéresse directement le droit international »); M. Bos, *supra* note 37, p. 229 (« practice can be anything within the scope of a State's jurisdiction. All actions or, more generally, forms of behaviours so qualified are eligible to become the basis of a customary rule »); *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 17. La thèse selon laquelle seuls comptent comme pratique de l'État les actes de ceux désignés pour représenter l'État à l'extérieur (« organes internationaux de l'État »), exprimée antérieurement (par exemple, par K. Strupp, « Règles générales du droit de la paix », 47 *Recueil des Cours* (1934), p. 313 à 315) n'est plus généralement acceptée.

<sup>76</sup> P. Palchetti, « De facto organs of a State », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), par. 2.

<sup>77</sup> Voir aussi K. Zemanek, « What is "State practice" and who makes it? », in U. Beyerlin et coll. (dir.), *Festschrift für Rudolf Bernhardt*, (Springer Verlag, 1995), p. 289 et 305 (« the constitutional authority of the organs performing the acts is immaterial as long as the conduct appears to foreign States, assessing it with due diligence and good faith, as attributable to the State in question and expressing or implementing its attitude towards a rule of customary law »).

<sup>78</sup> Voir l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État. L'idée de la Commission de l'Association de droit international selon laquelle, dans les États à structure fédérale, le fait d'entités territoriales de l'État ne jouissant pas d'une personnalité juridique internationale distincte ne vaut normalement pas pratique de l'État à moins qu'il ne soit accompli au nom de celui-ci ou adopté (ratifié) par lui (*Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 16) semble inexacte.

télématiques<sup>79</sup>. Comme il est dit ci-après à la section VII, nous reviendrons sur cette question – que la Commission a examinée il y a plusieurs décennies sous l'intitulé « Moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier » – dans notre troisième rapport.

36. Nous proposons les projets de conclusions suivants :

### Projet de conclusion 5

#### *Rôle de la pratique*

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

### Projet de conclusion 6

#### *Attribution de comportement*

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

37. *Manifestations de la pratique.* On a parfois dit que la « pratique des États » ne devrait être considérée comme telle aux fins du droit international coutumier que lorsqu'elle se rapporte à tel type de situation relevant du domaine des relations internationales<sup>80</sup>, ou à tel fait donnant lieu à réclamation (par opposition à une affirmation *in abstracto*)<sup>81</sup>. C'est là une approche trop restrictive; on peut dire en effet que « dans le système international [...] tout acte de l'État est potentiellement un acte législatif »<sup>82</sup>. Il peut s'agir de comportements tant matériels que verbaux (écrits et oraux) : le point de vue inverse, selon lequel « les réclamations elles-

<sup>79</sup> S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law* (Oceana Publications, 1984), p. 56 (« The evidence of customary law [remains] ... scattered, elusive and on the whole unsystematic »).

<sup>80</sup> J.L. Kunz, *supra* note 56, p. 666; *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 9 (affirmant à raison, toutefois, que le fait de savoir si telle question concerne les relations juridiques internationales de l'État ou seulement la compétence interne dépend de l'état de développement du droit international et des relations à ce moment); S. Rosenne, *ibid.*, p. 56.

<sup>81</sup> Voir, par exemple, H. W. A. Thirlway (écrivain en 1972), *International Customary Law and Codification* (Sijthoff, 1972), p. 58 (« State practice as the material element in the formation of custom is, it is worth emphasizing, *material*: it is composed of acts by States with regard to a particular person, ship, defined area of territory, each of which amounts to the assertion or repudiation of a claim relating to a particular apple of discord »).

<sup>82</sup> A.M. Weisburd, *supra* note 67, p. 31; voir aussi I. Brownlie, *supra* note 74, p. 313 et 314 (voir *supra*, note 74) (disant notamment : « the materials not related to sudden crises are more likely to represent a mature and consistent view of the law »); V. D. Degan, *Sources of International Law* (Martinus Nijhoff, 1997), p. 149 (notant que certains auteurs avaient limité les éléments de coutume aux faits pouvant lier l'État internationalement mais que « cependant, des règles de droit coutumier peuvent naître d'un ensemble d'actes législatifs ou autres pris unilatéralement par plusieurs États, ou que même certaines décisions de juridictions internes peuvent influencer sur la pratique »).

mêmes peuvent *exprimer* une norme juridique mais ne peuvent constituer l'élément matériel d'une coutume »<sup>83</sup>, est trop restrictif<sup>84</sup>. On pourrait aussi considérer

<sup>83</sup> A.A. D'Amato, *supra* note 66, p. 88 (expliquant : « a state has not done anything when it makes a claim; until it takes enforcement action, the claim has little value as a prediction of what the state will actually do »); voir aussi l'affaire des *Pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951 : *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, p. 191 (opinion dissidente du juge Read) (« On ne saurait démontrer [le droit international coutumier] en citant les cas dans lesquels les États riverains ont formulé d'amples revendications mais ne les ont pas maintenues sous la forme d'une affirmation réelle de leur souveraineté à l'encontre des navires étrangers [...] La seule preuve convaincante de la pratique des États est fournie par les saisies, l'État riverain affirmant sa souveraineté sur les eaux dont il s'agit en arrêtant les navires étrangers et en maintenant son point de vue au cours de négociations diplomatiques et d'arbitrages internationaux »). A. D'Amato, « Custom and treaty: a response to Professor Weisburd », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 21 (1988), p. 459 et 465 (« what governments say is at best a theory about international law, and not international law itself »). K. Wolfke, *supra* note 6, p. 42 (« customs arise from acts of conduct and not from promises of such acts »); G. J. H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983), p. 108. Une position extrême était celle de Conradie J dans *S c. Petane*, 1988 (3) SA 51 (C), 59F-G, 61D-E (Division provinciale du Cap, Afrique du Sud) (« customary international law is founded on practice, not on preaching ... One must ... look for state practice at what states have done on the ground in the harsh climate of a tempestuous world, and not at what their representatives profess in the ideologically overheated environment of the United Nations where indignation appears frequently to be a surrogate for action »).

<sup>84</sup> Voir aussi M. E. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 2<sup>e</sup> éd. (Kluwer Law International, 1997), p. 19 et 20 (« there is much merit in qualifying verbal acts as State practice. First, and most important ... States themselves as well as courts regard comments at conferences as constitutive of State practice »); C. Parry, *supra* note 70, p. 168 (« very often there is very little difference between what a State does and what it says because its actions may consist only in pronouncements »); M. Akehurst, « Custom as a source of international law », *British Yearbook of International Law*, 47 (1977), p. 1 et 53 (« State practice means any act or statement by a State from which views about customary law can be inferred »); R. Müllerson, « On the nature and scope of customary international law », *Austrian Review of International and European Law*, 2 (1997), p. 341 et 342 (« even if one would be eager to make a clear-cut distinction between "actual" practice and other forms of practice (non-actual?) it is not easy and sometimes it is simply impossible »); R. Bernhardt, « Custom and treaty in the law of the sea », 205 *Recueil des cours* (1987), p. 247, 265 et 267 (« It has also sometimes been said that only factual deeds and not words are relevant State practice [...] Words, declarations, communications, even signals must be included in the great variety of practices which can be constitutive for customary law [...] it is legally unacceptable to exclude communications, written and spoken words, from the world of State practice. There is no *numerus clausus* of State acts and State practice which are exclusively necessary or decisive for the creation and coming into force of customary law. On the other hand, it must be admitted that verbal declarations cannot create customary rules if the real practice is different »); K. Skubiszewski, « Elements of custom and the Hague Court », *ZaöRV*, 31 (1971), p. 810, p. 812 [« the practice of States is built of their actions and reactions. It is "a process of reciprocal interaction". This does not mean that the picture of State practice is composed exclusively of actions *sensu stricto*. Words and inaction are also evidence of the conduct of States » (*citations omitted*)]; R. R. Baxter, « Multilateral treaties as evidence of customary international law », *British Yearbook of International Law*, 41 (1965-1966), p. 275, p. 300 (« The firm statement by the State of what it considers to be the rule is far better evidence of its position than what can be pieced together from the actions of that country at different times and in a variety of contexts »). Il convient également de rappeler dans ce contexte la *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, qui reconnaît ce qui suit : « [v]erbal acts, and not only physical acts, of States count as State practice », p. 13 et 14 : « When defining State practice [...] it is necessary to take account of the distinction between what conduct counts as State practice, and the weight to be

qu'accepter un tel point de vue encourage l'affrontement et même dans certains cas l'usage de la force<sup>85</sup>. En tout état de cause, on ne saurait nier que la méthode de communication entre États s'est élargie. Ces chers actes « réels » deviennent moins fréquents parce que le droit international, et la Charte des Nations Unies en particulier, impose de plus en plus de contraintes aux États à cet égard<sup>86</sup>. De plus, l'adjectif « pratique » (selon l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice) est assez général – rejoignant ainsi la souplesse du droit coutumier lui-même – pour recouvrir tout acte ou comportement de l'État, et on voit mal ce qui manquerait aux actes verbaux de l'État pour qu'ils ne puissent être attribués au comportement de cet État<sup>87</sup>. En même temps, comme on le verra ci-après, la prudence est de mise pour jauger les propos des États (et des organisations internationales) : on ne peut pas toujours prendre les mots pour argent comptant.

38. Dès lors que les actes tant matériels que verbaux sont reconnus comme formes de pratique aux fins de la détermination du droit international coutumier, les distinctions entre « actes constitutifs » et « preuve d'actes constitutifs » semblent artificielles et arbitraires<sup>88</sup>. Nous nous garderons d'opérer de telles distinctions dans le présent rapport. Comme il a été dit lors du débat de la Commission en 2013, « Les documents [à consulter pour identifier le droit international coutumier] peuvent établir l'existence de la règle de droit coutumier et dans certaines situations peuvent également être la source de la pratique [...] elle-même »<sup>89</sup>. Par conséquent, la preuve [aux fins d'apprécier si une règle de droit international coutumier a vu le jour ou non] peut revêtir diverses formes, dont celle du comportement – ce qui importe, c'est que la source soit fiable et sans équivoque, et reflète la position constante de l'État concerné<sup>90</sup>.

---

given to it [...] Discussion of the objective element in custom has been bedeviled by a failure to make this distinction ».

<sup>85</sup> Voir aussi R. Müllerson, « The interplay of objective and subjective elements in customary law », in K. Wellens (dir.), *International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy*, (Martinus Nijhoff, 1998), p. 161 et 162 (« [...] if only seizures, invasions, genocide and other similar acts were state practice then in some areas of international law (for example international humanitarian law) only so-called rogue states would contribute to the development of customary law [...] it would [also] increase even more the role of powerful states in the process of international law-making. Finally [...] in many [] areas of international law only a few states may have such ["actual"] practice or states may become involved in "actual" practice only occasionally. »).

<sup>86</sup> K. Zemanek, *supra* note 77, p. 306.

<sup>87</sup> M.E. Villiger, *supra* note 84, p. 21.

<sup>88</sup> K. Zemanek, *supra* note 77, p. 292 (expliquant que « one may disguise the other » et que « Furthermore, one might never know of a "constitutive" act if it were not recorded »); voir aussi A.A. D'Amato, *supra* note 66, p. 268 (« ... a rule of law is not something that exists in the abstract, nor is *opinio juris* something that we can lay our hands upon. Rules of law and states of mind appear *only* as manifestations of conduct; they are generalizations we make when we find recurring patterns of behavior or structured legal arguments. If the term "evidence" must be used, we may say that rules of law are expressed *only* in "evidence"; if the evidence is truly evidence of the rule of law, then it is an outward expression of the rule itself. Evidence is a necessary, and not a dispensable, component of the rule. But because of the confusions resulting from its use, the term "evidence", along with the term "sources", is best relegated to the domain of counterproductive terminology »).

<sup>89</sup> 3183<sup>e</sup> séance de la Commission, le 19 juillet 2013 (Hmoud).

<sup>90</sup> I. Brownlie, *supra* note 74, p. 318 (*non souligné dans l'original*); voir aussi A. Clapham, *supra* note 37, p. 58 (« Such evidence [for an alleged custom] will obviously be voluminous and also diverse. There are multifarious occasions on which persons who act or speak in the name of a

39. La pratique (et la preuve de son existence) se présente sous diverses formes, puisque, loin de se limiter dans leurs relations et leurs communications ... à tels ou tels types d'actes définis arbitrairement, les États utilisent toutes formes servant leurs fins<sup>91</sup>. La Commission elle-même interroge diverses sources pour analyser la pratique des États en vue de déterminer l'existence de toute règle de droit international coutumier<sup>92</sup>.

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

correspondance diplomatique, déclarations de politique générale, communiqués de presse, avis de conseillers juridiques de gouvernements, manuels officiels sur des questions juridiques (par exemple, manuels de droit militaire), décisions et pratiques du pouvoir exécutif, instructions aux forces militaires (par exemple, règles d'engagement), observations de gouvernements sur des projets de textes de la CDI et commentaires correspondants, législation, jurisprudence internationale et interne, considérants de traités et d'autres instruments internationaux (en particulier sous la forme « tous les États »), termes identiques revenant dans une série de traités, pratique d'organisations internationales et résolutions d'organes des Nations Unies, notamment l'Assemblée générale, sur des questions juridiques<sup>93</sup>.

---

state, do acts, or make declarations, which either express or imply some view on a matter of international law. Any such act or declaration may, so far as it goes, be some evidence that a custom, and therefore that a rule of international law, does or does not exist. But, of course, its value as evidence will altogether be determined by the occasion and the circumstances »).

<sup>91</sup> K. Zemanek, *supra* note 77, p. 299. En outre, « no rule of international law describes what the facts are whose occurrence leads to the formation of a custom ... there are no specific factual elements whose only occurrence prove the existence of a rule » : L. Fumagalli, « Evidence before the International Court of Justice: issues of fact and questions of law in the determination of international custom », in N. Boschiero et coll. (dir.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves* (Asser Press, 2013), p. 137 et 146.

<sup>92</sup> *Mémoire du Secrétariat*, p. 14 (« La Commission interroge diverses sources pour analyser la pratique des États en vue d'identifier une règle de droit international coutumier »).

<sup>93</sup> J. Crawford, *supra* note 37, p. 24 (notes de bas de page omises); l'auteur ajoute : « the value of these sources varies and will depend on the circumstances ». On trouve d'autres listes, par exemple dans L. Ferrari Bravo, « Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États », 192 *Recueil des Cours* (1985), p. 233, et 257 à 287; M. E. Villiger, *supra* note 84, p. 17; A. Pellet, *supra* note 17, p. 815 et 816. On trouve une liste similaire sur le site Web du Ministère irlandais des affaires étrangères : « in the absence of a treaty governing relations between two or more states as to what the law should be, or, in other words, state practice combined with recognition that a certain practice is obligatory, if sufficiently widespread and consistent, such practice and consensus may constitute customary international law. Evidence of custom may be found among the following sources: diplomatic correspondence; opinions of official legal advisers, statements by governments; United Nations General Assembly resolutions; comments by governments on drafts produced by the International Law Commission; the decisions of national and international courts »; voir aussi *Margellos et consorts c. République fédérale d'Allemagne* (Cour suprême spéciale de Grève, arrêt n° 6/2002), 17 septembre 2002, 129 *International Law Reports*, p. 525 et 528, par. 9; K. Wolfke, « Some persistent controversies regarding customary international law », *Netherlands Yearbook of International Law*, 24 (1993), p. 1 et 15 (« As regards these ways and means of proving whether a custom already exists no full list of guidelines can be drawn up »).

41. Étant donné la rapidité et l'inéluçtabilité de l'évolution politique et technologique, il n'est ni possible ni souhaitable de tenter de dresser une liste exhaustive de ces « sources matérielles » du droit international coutumier : il demeure impossible pour la Commission, comme il l'était en 1950, « d'énumérer les nombreuses catégories de documents révélant la pratique suivie par les États pour le règlement de chacun des multiples problèmes qui se posent dans les relations internationales »<sup>94</sup>. Il serait cependant bon de mentionner certains des principaux types de pratique invoqués par les États, la jurisprudence et la doctrine. La liste qui suit n'est donc pas exhaustive; de plus, certaines des catégories visées ci-après se recoupent, de sorte que tel exemple ou tel type de pratique des États peut fort bien relever de plusieurs d'entre elles :

a) *Actes matériels des États*, c'est-à-dire leur comportement « sur le terrain »<sup>95</sup>. On peut en citer comme exemples le passage de navires dans des cours d'eau internationaux<sup>96</sup>; le passage sur un territoire<sup>97</sup>; la saisie de navires de pêche; l'octroi de l'asile diplomatique<sup>98</sup>; le comportement sur un champ de bataille ou lors d'opérations; la conduite d'essais nucléaires atmosphériques ou le déploiement d'armes nucléaires<sup>99</sup>;

b) *Actes du pouvoir exécutif*. Il peut s'agir d'ordonnances, de décrets<sup>100</sup> et d'autres « mesures administratives »<sup>101</sup>, ainsi que de prises de position officielles du Gouvernement telles que déclarations<sup>102</sup>, proclamations<sup>103</sup>, déclarations gouvernementales devant le parlement<sup>104</sup>, thèses défendues par l'État devant des

<sup>94</sup> *Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol. II, p. 368.

<sup>95</sup> Le juge Read parle d'« affirmation réelle de [la] souveraineté » dans son opinion dissidente en l'*Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951* : *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, p. 191.

<sup>96</sup> *Affaire du détroit de Corfou, arrêt du 9 avril 1949* : *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4, p. 99 (opinion dissidente du juge Azevedo).

<sup>97</sup> *Affaire du droit de passage sur le territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960* : *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, p. 40 et 41.

<sup>98</sup> *Affaire Colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950* : *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, p. 276.

<sup>99</sup> *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, p. 305 (opinion individuelle du juge Petrén); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 312 (opinion dissidente du juge Schwebel).

<sup>100</sup> Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 104 et 107 (opinion individuelle du juge Ammoun).

<sup>101</sup> Voir, par exemple, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, C.I.J. Recueil 2009*, p. 213, p. 280 (opinion individuelle du juge Sepúlveda-Amor).

<sup>102</sup> Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 295 (opinion individuelle du juge Ranjeva); *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 104 (opinion individuelle du juge Ammoun); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973*, p. 3, p. 43 (opinion dissidente du juge Padilla Nervo); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, p. 84 (opinion individuelle du juge De Castro).

<sup>103</sup> Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 104, 105, 107 et 126 (opinion individuelle du juge Ammoun); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, p. 84 (opinion individuelle du juge De Castro).

<sup>104</sup> Voir, par exemple, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, p. 197 (opinion individuelle du juge Jessup).

juridictions internes ou internationales (notamment dans des mémoires d'*amicus curiae*)<sup>105</sup> et de déclarations d'intérêt international<sup>106</sup>;

c) *Actes et correspondance diplomatiques*<sup>107</sup>. Il s'agit des protestations contre la pratique d'autres États et d'autres sujets de droit international. La correspondance diplomatique peut prendre diverses formes (notes verbales, circulaires, notes de tiers, voire notes libres, etc.);

---

<sup>105</sup> Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, p. 123, par. 55; voir aussi I. Brownlie, *supra* note 74, p. 315 (« it seems obvious that statements made by Agents and Counsel before international tribunals constitute State practice »).

<sup>106</sup> Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 312 (opinion dissidente du juge Schwebel).

<sup>107</sup> Voir, par exemple, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt*, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, p. 197 (opinion individuelle du juge Jessup) et p. 298 et 299 (opinion individuelle du juge Fouad Amoun).



d) *Actes législatifs*. Des constitutions aux projets de loi<sup>108</sup>, « [l]a législation constitue un aspect important de la pratique étatique »<sup>109</sup>. Comme la Cour permanente de justice internationale l'a fait observer en 1926, « Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »<sup>110</sup>. On rappellera utilement l'avis exprimé par la CDI dans ce contexte en 1950 : « Le terme "législation" est employé ici dans son sens large : il englobe les constitutions des États, les dispositions adoptées par leurs organes législatifs, ainsi que les règlements et déclarations promulgués par les organes exécutifs et administratifs. Il n'exclut aucune des dispositions ayant un caractère de règlement qui ont pu être prises par une autorité publique »<sup>111</sup>;

<sup>108</sup> Voir, par exemple, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, p. 24; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, p. 123, par. 55; *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952, p. 176, p. 220 (opinion dissidente des juges Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Sir Benegal Rau); *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 105, 107, 129 (opinion individuelle du juge Ammoun, qui dit, notamment, « Le projet de loi [soumis à la Chambre belge des représentants] [...] exprime [...] le point de vue officiel du gouvernement. Il constitue un de ces actes de l'ordre juridique intérieur pouvant être comptés au nombre des précédents à retenir, le cas échéant, pour la reconnaissance de la coutume »), et p. 228 (opinion dissidente du juge Lachs); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973, p. 3, p. 44 (opinion dissidente du juge Padilla Nervo), et p. 51 (opinion individuelle commune des juges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda) et p. 84 (opinion individuelle du juge De Castro); Tribunal spécial pour le Liban, affaire n° STL-11-01/1, décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications (Chambre d'appel), 16 février 2011, par. 87 et 91 à 98; *Le Procureur c. Norman*, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), *Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction* (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel), 31 mai 2004, p. 13, par. 18; *Genny de Oliviera c. Embaixada da República Democrática Alemã* (Cour suprême fédérale du Brésil), *Apelação Cível* n° 9.696-3/SP, 31 mai 1989, p. 4 et 5; *République démocratique du Congo c. FG Hemispheric Associates LLC*, Cour d'appel de la Région administrative spéciale de Hong Kong statuant en dernier ressort, affaires n°s 5, 6 et 7 de 2010 (civil), 8 juin 2011, par. 68 (« However that may be, a rule of domestic law in any given jurisdiction may happen to result from a rule of customary international law or it may happen to precede and contribute to the crystallisation of a custom into a rule of customary international law »). Sur les dispositions constitutionnelles en particulier comme pratique des États (et élément d'*opinio juris*), voir R. Crootof, « Constitutional convergence and customary international law », *Harvard International Law Journal* (en ligne), 54 (2013), p. 195 à 203.

<sup>109</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, p. 310, par. 3 (opinion dissidente du juge ad hoc Gaja). Selon Gaja : « Elle est également pertinente lorsqu'une règle de droit international a pour objet le comportement des autorités judiciaires, comme c'est le cas en ce qui concerne l'exercice par les juridictions de leur compétence ».

<sup>110</sup> *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Cour permanente de justice internationale, *Recueil des arrêts*, série A, n° 7, p. 19.

<sup>111</sup> « Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available », Rapport de la Commission du droit international sur sa deuxième session (A/CN.4/34), *Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol. II, p. 370.

e) *Jurisprudence interne*. La jurisprudence des tribunaux internes peut contribuer à établir la pratique des États<sup>112</sup> et « constitue une précieuse source de documentation pour ce qui est de la pratique des États dont relèvent ces tribunaux, même si elles ne peuvent être considérées, par ailleurs, comme source du droit international coutumier » lui-même<sup>113</sup>. Toutefois, en évaluant la jurisprudence des tribunaux internes, il convient de tenir compte de la place du droit international coutumier dans l'ordre juridique considéré, et des dispositions et procédures spéciales permettant, à différents échelons internes, de déterminer l'existence de règles du droit international coutumier<sup>114</sup>. De plus, l'intérêt de ces décisions varie considérablement, certaines pouvant procéder d'une vision étriquée des choses ou d'une mauvaise utilisation des sources<sup>115</sup>. La jurisprudence des juridictions suprêmes a évidemment plus de poids. Les décisions infirmées sur la matière considérée ne seront sans doute plus considérées comme ressortissant à la pratique;

f) *Publications officielles dans des domaines du droit international*, tels que manuels militaires ou instructions à l'intention de diplomates<sup>116</sup>;

<sup>112</sup> Voir, par exemple, *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, C.P.I.J. 1927, *Recueil des arrêts* (série A), n° 10, p. 28 et 29; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. *Recueil* 2002, p. 3, p. 24; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. *Recueil* 2012, p. 99, p. 123, par. 55; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. *Recueil* 1996, p. 226, p. 292 (opinion individuelle du juge Guillaume); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1964, p. 6, p. 63 (opinion individuelle du juge Wellington Koo); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. *Recueil* 2002, p. 3, p. 88 (opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal); *Le Procureur c. Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, arrêt (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 15 juillet 1999, par. 255 à 270; Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, affaire n° 001/18-07-2007-ECCC/SC (Chambre de la Cour suprême), 3 février 2012, par. 223 et 224; *Le Procureur c. Šainović et consorts*, affaire n° IT-05-87-A, arrêt (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 23 janvier 2014, par. 1627 à 1642; *Le Procureur c. Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-A, arrêt (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 21 juillet 2000, déclaration du juge Robinson, par. 281 ; affaire n° Up-13/99 (Cour constitutionnelle de Slovaquie), décision du 8 mars 2001, par. 14; *Dralle c. République de Tchécoslovaquie* (Cour suprême autrichienne), arrêt du 10 mai 1950, 17 *International Law Reports*, p. 155, p. 157 à 161; voir aussi H. Lauterpacht, « Decisions of municipal courts as a source of international law », *British Yearbook of International Law*, 10 (1929), p. 65 à 95; P. M. Moremen, « National court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue? », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 32 (2006), p. 259, p. 265 à 290; A. Roberts, « Comparative international law: the role of national courts in creating and enforcing international law », *International and Comparative Law Quarterly*, 60 (2011), p. 57 et 62; et l'exposé du juge Greenwood devant le British Institute of International and Comparative Law intitulé « The contribution of national courts to the development of international law » (4 février 2014), disponible en ligne à l'adresse [www.biiicl.org/news/view/-/id/201/](http://www.biiicl.org/news/view/-/id/201/).

<sup>113</sup> *Annuaire de la Commission du droit international, 1950*, vol. II (voir *supra*, note 111). À cet égard, Crawford, dans *Brownlie's Principles of Public International Law* (voir *supra*, note 37), dit que certaines décisions de tribunaux internes renseignent indirectement sur la pratique de l'État du for en la matière (p. 41).

<sup>114</sup> A/CN.4/663, *supra* note 1, par. 84; voir aussi P.M. Moremen, *supra* note 112, p. 290 à 308.

<sup>115</sup> J. Crawford, *supra* note 37, p. 41

<sup>116</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Galić*, affaire n° IT-98-29-A, arrêt (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 30 novembre 2006, par. 89; *Le Procureur c.*

g) *Mémoires internes d'agents de l'État*. Ces mémoires sont cependant rarement rendus publics. Il faut toutefois garder à l'esprit que, comme il a été dit dans un contexte autre mais analogue, ils « ne représentent pas nécessairement le point de vue ou la politique du gouvernement et peuvent n'être que le point de vue personnel que tel fonctionnaire s'est senti obligé d'exprimer à tel autre fonctionnaire à ce moment-là : il n'est pas toujours facile de démêler les éléments purement personnels dans ce qui ne constitue après tout que des notes internes, privées et confidentielles au moment où elles sont rédigées »<sup>117</sup>;

h) *Pratique en matière conventionnelle*. La négociation et la conclusion de traités bilatéraux ou multilatéraux, l'adhésion à ceux-ci, leur ratification et leur application (et la formulation d'objections ou de réserves à leur égard) sont une autre forme de pratique<sup>118</sup>. Cette pratique ne concerne pas que le seul droit des traités; elle peut aussi se rapporter aux obligations souscrites en vertu de l'instrument juridique international considéré<sup>119</sup>;

---

*Delalić*, affaire n° IT-96-21-T, arrêt (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 16 novembre 1998, par. 341.

<sup>117</sup> Sentence arbitrale dans l'affaire *Îles de la mer Rouge (Érythrée c. Yémen)*, 9 octobre 1998, par. 94; voir aussi I. Brownlie, *supra* note 74, p. 316 et 317.

<sup>118</sup> Voir, par exemple, *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955 : C.I.J. Recueil 1955, p. 4, p. 22 et 23; *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif : C.I.J. Recueil 1951, p. 15, p. 24 et 25; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 43 et p. 104 et 105, 126 et 128 (opinion individuelle du juge Ammoun); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, p. 347 (opinion dissidente du juge Riphagen); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, p. 26; *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 18, p. 79; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 13, p. 38 et 48; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, p. 138, par. 89, et p. 143, par. 100; *Interprétation des traités de paix (deuxième phase)*, avis consultatif : C. I. J. Recueil 1950, p. 221, p. 241 et 242 (opinion dissidente du juge Read); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, p. 292 (opinion individuelle du juge Guillaume) et p. 312 et 314 (opinion dissidente du juge Schwebel); *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951 : C. I. J. Recueil 1951, p. 116, p. 163 et 164 (opinion dissidente du juge McNair); *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952, p. 176, p. 220 (opinion dissidente des juges Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Sir Benegal Rau); *Affaire du droit de passage sur le territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960, p. 6, p. 41 et 42, et p. 55 et 56 (opinion individuelle du juge Wellington Koo) et p. 104 (opinion dissidente de Sir Percy Spender); *Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, arrêt du 18 novembre 1960 : C.I.J. Recueil 1960, p. 192, p. 223 (opinion dissidente du juge Urrutia Holguín); *Le Procureur c. Norman*, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel), 31 mai 2004, p. 13, par. 18 à 21; Tribunal spécial pour le Liban, affaire n° STL-11-01/1, décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications (Chambre d'appel), 16 février 2011, par. 87 à 89; *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (Cour suprême des États-Unis, 1900), p. 686 à 700; voir aussi A. M. Weisburd, *supra* note 67, p. 1 à 46 (« treaties are simply one more form of state practice »); *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire du Conseil des droits de l'homme* (24 décembre 2012), A/HRC/22/44, par. 43.

<sup>119</sup> Voir aussi A. D'Amato, *supra* note 83, p. 462 (« What makes the content of a treaty count as an element of custom is the fact that the parties to the treaty have entered into a binding commitment to act in accordance with its terms. Whether or not they subsequently act in conformity with the treaty, the fact remains that they have so committed to act. The commitment

i) Résolutions d'organes d'organisations internationales telles que l'Assemblée générale des Nations Unies et de conférences internationales<sup>120</sup>. Il s'agit principalement de la pratique des États en rapport avec l'adoption de résolutions d'organes d'organisations internationales ou lors de conférences internationales, à savoir le vote pour ou contre (ou l'abstention) et toute explication qui l'accompagnerait<sup>121</sup>. On retiendra toutefois que le « texte définitif de toute

---

itself, then, is the “state practice” component of custom »); J. Barboza, « The customary rule: from chrysalis to butterfly », in C.A. Armas Barea et coll. (dir.) *Liber Amicorum « In Memoriam » of Judge José María Ruda*, (Kluwer Law International, 2000), p. 1 à 3 (« Texts express with more precision than actions the contents of a practice, particularly when those texts are carefully written by groups of technical and legal experts »); voir cependant K. Wolfke, « Treaties and custom: aspects of interrelation », in J. Klabbers et R. Lefeber (dir.) *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, (Martinus Nijhoff, 1998), p. 31 et 33 (« A treaty *per se* is, therefore, not any element of practice [of course with the exception of the customary law of treaties]. It can, however, contribute to the element of acceptance as law by the parties »).

<sup>120</sup> Voir, par exemple, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, p. 26; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, p. 302 et 304 (opinion individuelle du juge Fouad Ammoun) (« Remarquons, en outre, que dans la pratique des États rentrent naturellement les prises de position de leurs délégués dans les organisations et les conférences internationales et notamment aux Nations Unies. [...] on ne peut dénier aux résolutions qui en émanent ou, pour mieux dire, aux votes qui y sont exprimés au nom des États, qu'ils constituent des précédents contribuant à la formation de la coutume »); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 312 (opinion dissidente du juge Schwebel, qui considère « l'action du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies » comme « pratique étatique »); *Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 90, p. 188 (opinion dissidente du juge Weeramantry) (« Les diverses résolutions de l'Assemblée générale évoquant ce droit de manière générale, qui ont par ailleurs aidé à forger le droit international public [...] constituent une source matérielle importante du droit international coutumier sur cette question »). Dans sa résolution 2125 (2013), le Conseil de sécurité également reconnaît implicitement le rôle que peuvent jouer les résolutions, puisqu'il juge bon de préciser : « la présente résolution ne saurait être regardée comme établissant un droit international coutumier » (par. 13).

<sup>121</sup> Voir aussi R. Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations* (Oxford University Press, 1963), p. 2 (« The United Nations is a very appropriate body to look to for indications of developments in international law, for international custom is to be deduced from the practice of states, which includes their international dealings as manifested by their diplomatic actions and public pronouncements. With the development of international organizations, the votes and views of states have come to have legal significance as evidence of customary law. Moreover, the practice of states comprises their collective acts as well as the total of their individual acts [...] The existence of the United Nations [...] now provides a very clear, very concentrated, focal point for state practice »); B. Conforti et B. Labella, *supra* note 52, p. 35, 42 et 43 (« The resolutions of international organizations are also relevant to the ascertainment of custom as *acts of States*, i.e., as aggregates of expressions of the volition of States which have voted in favour of the resolutions [...] [i]nternational organizations are endowed with some elements of international personality. However, with regard to customary law-making, the resolutions of organizations must be considered as the collective action of all the States that voted for their adoption rather than the action of the organizations themselves. This explains why such resolutions play a role on the development of custom only where they are adopted unanimously, by consensus, or at least by a wide majority »); I. Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations* (Martinus Nijhoff, 1998), p. 19 et 20 (« The process of synthesizing State practice is assisted by several mechanisms. First, the resolutions of the General Assembly of the United Nations, when they touch upon legal matters, constitute

décision de telle organisation internationale ne pourra jamais refléter l'ensemble des propositions et des choix formulés par chaque partie aux négociations [...] Il convient donc de ne pas exagérer l'intérêt des raccourcis que permettent les processus décisionnels des organisations internationales s'agissant de déterminer la pratique des États »<sup>122</sup>. (Nous nous arrêterons sur cette question à l'occasion de notre troisième rapport).

42. *L'inaction comme pratique*. On peut considérer que le fait pour l'État de s'abstenir d'agir, qu'on appelle également « pratique négative »<sup>123</sup>, relève de la pratique<sup>124</sup>. L'inaction de l'État peut être un élément essentiel à la formation et à la

---

evidence of State practice. So also do resolutions of Conferences of Heads of State »). *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 19 (« in the context of the formation of customary international law [...] [a resolution by an organ of an international organization, containing statements about customary international law] is probably best regarded as a series of verbal acts by the individual member States participating in that organ »); voir cependant I. MacGibbon, « General Assembly resolutions: custom, practice and mistaken identity », in B. Cheng (dir.) *International Law: Teaching and Practice*, (Stevens & Sons, 1982), p. 10 et 19 (« while a General Assembly resolution (although difficult to envisage as being, in itself, State practice in any meaningful sense) embodies, or rather is the result of, various forms of State conduct in the General Assembly, and so reflects State practice of a kind, it is nevertheless a peripheral kind and – in the context of the development of international custom – of a somewhat artificial kind »); H. Meijers, « On international customary law in the Netherlands », in I.F. Dekker et H.H.G. Post (dir.) *On the Foundations and Sources of International Law* (T.M.C. Asser Press, 2003), p. 77 et 84 (« Does a state, when voting on the acceptance of a resolution, for instance in the General Assembly of the United Nations, act as a state, or as part of an organ of the United Nations, a separate subject of international law? The answer seems evident: as part of the UN organ [...] [only when] it states its reasons for voting in the way it did, or gives its point of view *vis-à-vis* that resolution, we may identify an act of state »).

<sup>122</sup> J. Wouters et P. De Man, « International organizations as law-makers », in J. Klabbers et A. Wallendahl (dir.), *Research Handbook on the Law of International Organizations* (Edward Elgar, 2011), p. 190 et 208 (référence omise); voir aussi R. Higgins, *supra* note 13, p. 23 et 24 (« Resolutions are but one manifestation of state practice. But in recent years there has been an obsessive interest with *resolutions* as an isolated phenomenon. Intellectually, this is hard to understand or justify. We can only suppose that it is easier – that is, that it requires less effort, less rigour, less by way of meticulous analysis – to comment on the legal effect of a resolution than to look at a collective practice on a certain issue in all its complex manifestations. The political bodies of international organizations engage in debate; in the public exchange of views and positions taken; in expressing reservations upon views being taken by others; in preparing drafts intended for treaties, or declarations, or binding resolutions, or codes; and in decision-making that may or may not imply a legal view upon a particular issue. But the current fashion is often to examine the resolution to the exclusion of all else »).

<sup>123</sup> Voir, par exemple, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, p. 144 et 145 (opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert); P. Tomka, *supra* note 24, p. 210.

<sup>124</sup> Voir, par exemple, *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, *C.P.I.J. 1927, Recueil des arrêts* (série A), n° 10, p. 28 et 29; *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955: *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4, p. 22; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, p. 99 (l'abstention de la menace ou de l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, comme pratique); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 253, par. 65 (la Cour renvoie aux tenants d'une interdiction en se fondant sur « une pratique constante de non-utilisation des armes nucléaires par les États »); *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, p. 135, par. 77 (« L'absence presque totale de toute jurisprudence contraire est

détermination de règles du droit international coutumier, en particulier lorsqu'elle vaut acquiescement ou est regardée comme tel<sup>125</sup>. Nous nous arrêterons sur cette question dans notre troisième rapport à la lumière des débats de la Commission en 2014.

43. *La pratique des organisations (intergouvernementales) internationales*. Nous reviendrons plus en détail sur cet important domaine à l'occasion de notre troisième rapport<sup>126</sup>. Quand on sait que « [l]es sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits [et que] leur nature dépend des besoins de la communauté »<sup>127</sup>, les actes des organisations internationales auxquels les États ont donné mandat peuvent également contribuer à la formation d'une pratique générale dans les domaines

également significative, tout comme le fait qu'aucun État n'a jamais [fait de déclaration] »; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, p. 134 (opinion individuelle du juge Petrán, évoquant la pratique de la non-reconnaissance dit que le terme « implique non pas une action positive mais l'abstention d'actes signifiant la reconnaissance »); *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt du 27 août 1952: C.I.J. Recueil 1952*, p. 176, p. 221 (opinion dissidente des juges Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Sir Benegal Rau); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, p. 198 et 199 (opinion individuelle du juge Jessup, faisant référence au fait que le Département d'État américain avait refusé de faire des représentations au nom d'une société américaine et que les États-Unis n'invoquent pas un certain argument dans le cadre d'un différend interétatique). Pour la doctrine, voir, par exemple, la *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 15; G. I. Tunkin, Remarks on the juridical nature of customary norms of international law, *California Law Review*, 49 (1961), p. 419 et 421 (« The practice of states may consist in their taking definitive action under certain circumstances or, on the contrary, abstaining from action »); S. Sfériadès, Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement, *Revue générale de droit international public*, 43 (1936), p. 129 et 143 (« [...] même des actes négatifs – des omissions –, consécutivement répétés, sont de nature à finir par devenir des coutumes, entraînant l'obligation légale de ne pas faire. [...] Également, en droit des gens, on ne saurait, nous semble-t-il, ne pas reconnaître une origine coutumière à l'obligation des États de s'abstenir de faire contre les représentants des pays étrangers tout acte de nature à porter atteinte à leur liberté personnelle ou à la franchise de leur hôtel, ainsi qu'à l'obligation des armées d'occupation de respecter, sur terre, la propriété privée ennemie »); H. Meijers, How is international law made? – The stages of growth of international law and the use of its customary rules, *Netherlands Yearbook of International Law*, 9 (1978), p. 3 à 5 [« the inactive are carried along by the active [...] lack of protest – lack of open objection to the development of the new rule – is sufficient for the creation of a rule of customary law (and for the obligation to abide by it) »]; J. L. Kunz, *supra* note 56, p. 666; M. Mendelson, The subjective element in customary international law, *British Yearbook of International Law*, 66 (1995), p. 177 et 199 (« omissions are perfectly capable, if they are sufficiently unambiguous, of constituting acts of State practice »).

<sup>125</sup> Voir aussi R. Kolb, *supra* note 47, p. 136 (« There is hardly any exaggeration in saying that custom is mainly silence and inaction, not action »); A.M. Weisburd, *supra* note 67, p. 7 (« if generality in the sense of affirmative acts by most states is not necessary, it must at least be possible to infer acquiescence in a rule by the very large majority of states »). Faisant une distinction entre « coutume active et coutume passive », Danilenko estime que cette dernière renforce la valeur jurisprudentielle de la pratique active et devient ainsi un facteur notable du processus de création de règles coutumières généralement admises: G. M. Danilenko, *supra* note 17, p. 28.

<sup>126</sup> Ouvrage majeur dans ce domaine: G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales* (Pédone, 2001).

<sup>127</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949*, p. 174, p. 178.

d'activité de ces organisations ou en témoigner<sup>128</sup>. Il convient, pour établir la pratique de ce type d'organisations, de distinguer entre la pratique en matière interne et celle en matière de relations avec les États, les autres organisations internationales et d'autres entités<sup>129</sup>. Cette dernière qui nous intéresse ici consiste essentiellement dans des « activités opérationnelles », qui selon un auteur sont les programmes que les organisations internationales mettent en œuvre dans le cadre de leur mission générale ou en exécution d'un mandat précis<sup>130</sup>. Il importe de distinguer également entre la pratique des organes ou autres entités composés de représentants des États et celle des organes composés de personnes siégeant à titre individuel, dont on ne peut considérer qu'elles représentent un État<sup>131</sup>. On distinguera en outre entre « les travaux des secrétariats des organisations internationales et ceux de leurs organes intergouvernementaux, la logique étant qu'il faut accorder plus de poids aux seconds, dont les auteurs sont également les principaux acteurs de la pratique étatique »<sup>132</sup>. Si l'on a avancé l'idée que les

<sup>128</sup> Voir, par exemple, *Réserves à la Convention sur le génocide, avis consultatif* : C.I.J. Recueil 1951, p. 15, p. 25; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt*, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, p. 95 (opinion individuelle du juge Weeramantry, évoquant « la pratique des institutions financières internationales »); voir aussi *Mémoire du Secrétaire*, p. 23 (« Dans certaines circonstances, la Commission se fonde sur divers aspects de la pratique des organisations internationales pour identifier une règle de droit international coutumier (relations extérieures, exercice des fonctions et prises de position des organes concernant des situations bien précises ou des questions ayant trait d'une manière générale aux relations internationales »); R. Jennings et A. Watts (dir.), *supra* note 37, p. 31 (« the concentration of state practice now developed and displayed in international organizations and the collective decisions and the activities of the organizations themselves may be valuable evidence of general practices accepted as law in the fields in which those organizations operate »); *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 19 (« The practice of intergovernmental organizations in their own right is a form of 'State practice' »); mais voir M.E. Villiger, *supra* note 84, p. 16 et 17. Sur ce sujet, voir plus généralement J. Klabbers, « International organizations in the formation of customary international law », in E. Cannizzaro et P. Palchetti (dir.) *Customary international law on the use of force: a methodological approach*, (Martinus Nijhoff, 2005), p. 179 à 195 (qui soulève également la question de savoir si la pratique de ces organisations peut être considérée comme la « pratique » lorsque celles-ci outrepassent leurs compétences); L. Hannikainen, « The collective factor as a promoter of customary international law », in *Baltic Yearbook of International Law*, 6 (2006), p. 125 à 141. Bien entendu, les organisations internationales sont très différentes les unes des autres, ce dont il faut tenir compte au moment de déterminer l'importance de leur pratique (voir aussi le commentaire 8 de l'article 6 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales de la Commission (2011)).

<sup>129</sup> Par exemple, l'administration d'un territoire ou les opérations de maintien de la paix. En effet, on n'estime plus que cette pratique est circonscrite aux « relations des États avec les organisations » (« Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available », *supra* note 111, p. 372).

<sup>130</sup> I. Johnstone, *Law-making through the operational activities of international organizations*, *George Washington International Law Review*, 40 (2008), p. 87 et 94 [ces activités sont toutefois examinées sous un angle quelque peu différent (« [these activities] are distinguished from the more explicitly normative functions of international organizations, such as treaty making or adopting resolutions, declarations, and regulations by intergovernmental bodies »)].

<sup>131</sup> De même, les travaux de la Commission, qui servent souvent de moyen auxiliaire de détermination ou autre des règles de droit international coutumier, ne sauraient être assimilés à la pratique étatique ni attester d'une *opinio juris* (H. Thirlway, « Law and procedure », deuxième partie, *British Yearbook of International Law*, 61 (1990), p. 1, 59 et 60).

<sup>132</sup> Ainsi que l'a suggéré M. Tladi lors de l'intervention qu'il a faite au cours du débat tenu l'an passé à la Commission (3182<sup>e</sup> séance, le 18 juillet 2013).

organisations internationales permettent de constater la coutume rapidement<sup>133</sup>, il reste qu'il faut s'entourer d'infinies précautions s'agissant d'en apprécier la pratique<sup>134</sup>. Les considérations qui valent pour la pratique étatique peuvent également intéresser la pratique des organisations internationales, ce qu'il ne faut pas méconnaître en lisant le présent rapport.

44. La pratique des organisations internationales auxquelles les États membres peuvent avoir transféré des compétences exclusives, comme l'Union européenne, peut être assimilée à celle des États, puisque dans certains domaines, ces organisations agissent en lieu et place de leurs États membres<sup>135</sup>. Ce principe s'applique aux actes de ces organisations, quelle qu'en soit la nature, à savoir exécutive, législative ou judiciaire. Ne pas assimiler la pratique de ces organisations internationales à celle des États reviendrait à dire que non seulement la pratique des organisations ne vaut pas pratique étatique, mais également que les États Membres ne pourraient plus ou guère contribuer à établir la pratique étatique dès lors qu'ils ont conféré certaines de leurs prérogatives à une organisation.

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

<sup>133</sup> J. E. Alvarez, *International Organizations as Law-makers* (Oxford University Press, 2005), p. 592 (« The modern resort to IO-generated forms of evidence for custom might be seen [...] as a relatively more egalitarian approach to finding this source of law, even if it comes, as critics charge is the case with respect to GA resolutions for example, at the expense of sometimes elevating the rhetoric of states over their deeds »).

<sup>134</sup> Voir aussi J. Wouters et P. De Man, *supra* note 122, p. 208 (« One should thus be mindful not to equate the practice of international organizations with state practice. Whether actions of international organizations can be attributed to the state community as a whole is a complex question and the answer depends on [...] divergent factors »).

<sup>135</sup> Voir aussi la déclaration faite au nom de l'Union européenne A/C.6/68/SR.23 (4 novembre 2013), par. 37 (« L'Union agit au niveau international sur la base des compétences que lui confèrent ses traités fondateurs. Elle est partie à un nombre important d'accords internationaux aux côtés des États. De plus, dans certains domaines régis par le droit international, elle jouit de compétences exclusives. Ces caractéristiques spéciales lui donnent un rôle particulier dans la formation du droit international coutumier, à laquelle elle peut contribuer directement par ses actes et pratiques. »); voir aussi F. Hoffmeister, « The contribution of EU practice to international law », in M. Cremona *Developments in EU External Relations Law*, (Oxford University Press, 2008), p. 37 à 128; M. Wood et O. Sender, « State practice », *supra* note 71, par. 20 et 21 ; E. Paasivirta et P.J. Kuijper, « Does one size fit all? The European Community and the responsibility of international organizations », *Netherlands Yearbook of International Law*, 36 (2005), p. 169 et 204 à 212. Déclaration de M<sup>me</sup> Jacobsson : « [o]ne cannot disregard [...] the practice of an international organization if that organization has the competence to enact legislation in respect of a particular question. Such practice cannot be described solely as the view on customary international law by the organization. It may also be equalled to State practice » (3184e séance, le 23 juillet 2013). Mais voir J. Vanhamme, « Formation and enforcement of customary international law: the European Union's contribution », *Netherlands Yearbook of International Law*, 39 (2008), p. 127 et 131 (« EC [European Community] acts constitute EU [European Union] practice. To depict them as State practice [that is, to attribute them to the Member States] would deny one of the main features of the European Community, i.e. its autonomous functioning on the basis of the legislative, executive and judicial powers delegated to it by the Member States. Moreover, the EC's international legal practice does faithfully represent the *opinio juris* of all 27 Member States [who gave a permanent commitment to accept its decisions as binding law] »).



international coutumier<sup>136</sup>. D'aucuns ont ainsi rappelé que selon l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, la coutume ne doit pas nécessairement être suivie ou reconnue uniquement « par les États », car le même principe joue s'agissant de conventions. Ainsi, en principe, la pratique peut émaner d'acteurs étatiques et non étatiques<sup>137</sup>. Cela dit, il est préférable de considérer que si les particuliers et les organisations non gouvernementales peuvent effectivement jouer un rôle non négligeable dans la promotion du droit international et son respect<sup>138</sup> (par exemple, en favorisant la pratique étatique en saisissant les juridictions internes de contestations de droit international ou en concourant utilement à l'évaluation de

<sup>136</sup> Pour cette conception dynamique de la participation à la formation du droit international ou l'idée d'ouvrir cette entreprise à la participation à tous, voir, par exemple, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, p. 155 (opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert) (« le droit international coutumier en formation ne saurait faire aujourd'hui totalement abstraction [de l'opinion de la société civile] »); *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, p. 69, 70 et 74 (opinion dissidente du juge Ammoun) (« l'élément primordial [...] dans la formation de la règle coutumière qui a conduit à la reconnaissance du droit de libre détermination des peuples [...] [peut être] la lutte des peuples [pour cette cause], avant qu'ils [aujourd'hui membres de la communauté internationale] ne fussent reconnus comme États [...] ». S'il est une 'pratique générale' pouvant, de façon incontestable, créer le droit aux termes de l'Article 38, par. I b), du Statut de la Cour, c'est bien celle que constitue l'action consciente des peuples eux-mêmes luttant avec détermination »); *Sahara occidental, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1975, p. 12, p. 100 (opinion individuelle du juge Ammoun); L.-C. Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, 2<sup>e</sup> éd. (Yale University Press, 2000), p. 344 (« the focus on 'states' is unrealistic [...] the relevant patterns in behavior extend [...] also to those of private individuals and representatives of non-governmental organizations »); D. Bodansky, « Customary (and not so customary) international environmental law », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 3 (1995), p. 105 et 108 (évoquant le comportement des États et des organisations internationales, des sociétés transnationales et autres groupes non gouvernementaux); I. Gunning, « Modernizing customary international law: the challenge of human rights », *Virginia Journal of International Law*, 31 (1991), p. 211, 212 et 213 (« In particular, by questioning the comprehensiveness of traditional formulations of national sovereignty, this Article will explore the prospect of permitting transnational and non-governmental groups to have a legal voice in the creation of custom »); C. Steer, « Non-State actors in international criminal law », in J. d'Aspermont (dir.) *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, (Routledge, 2013), p. 295 à 310 (en droit pénal international, les acteurs non étatiques, comme les organisations non gouvernementales, les magistrats et les avocats, sont ceux qui déterminent le contenu normatif); J.J. Paust, « Non-State actor participation in international law and the pretense of exclusion », *Virginia Journal of International Law*, 51 (2011), p. 977 à 1004; A. Roberts et S. Sivakumaran, « Lawmaking by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law », *Yale Journal of International Law*, 37 (2012), p. 107 à 152; et W. M. Reisman, « The democratization of contemporary international law-making processes and the differentiation of their application », in R. Wolfrum et V. Röben (dir.) *Developments of International Law in Treaty Making*, (Springer, 2005), p. 15 à 30.

<sup>137</sup> J.P. Bohoslavsky, Y. Li et M. Sudreau, « Emerging customary international law in sovereign debt governance? », *Capital Markets Law Journal*, 9 (2013), p. 55 et 63. Selon la proposition faite à l'origine par le baron Descamps quant aux règles que devait appliquer la Cour permanente de Justice internationale, la coutume était « une pratique commune des nations, acceptée par elles comme loi »; voir K. Wolfke, *supra* note 6, p. 3.

<sup>138</sup> T. Buergenthal et S. D. Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, 5<sup>e</sup> éd. (West Publishing, 2013), p. 75.

la pratique étatique), leurs actes n'ont pas valeur de « pratique » aux fins de la formation ou de la détermination du droit international coutumier<sup>139</sup>.

46. Sans avoir valeur de pratique, la jurisprudence des juridictions internationales concernant l'existence de règles de droit international coutumier et leur formation<sup>140</sup> est importante en ce qu'elle est un « moyen auxiliaire de détermination des règles de

<sup>139</sup> Voir le paragraphe 2 de la conclusion 5 du projet de conclusions de la Commission sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (Rapport 2013 de la CDI, par. 38) : « Toute autre conduite, y compris d'acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32. Une telle conduite peut toutefois être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité »; voir aussi les déclarations faites au nom d'Israël et de l'Iran à l'occasion du débat consacré en 2013 par la Sixième Commission aux travaux de la Commission du droit international ([www.un.org/fr/ga/sixth](http://www.un.org/fr/ga/sixth)); A. C. Arend, *Legal Rules and International Society* (Oxford University Press, 1999), p. 176 (« Even though nonstate actors exist, and, in some cases, these nonstate actors have entered into international agreements, these actors do not enter into the process of creating general international law in an unmediated fashion. In other words, the interactions of nonstate actors with each other and with states do not produce customary international law »); J. d'Aspermont, « Inclusive law-making and law-enforcement processes for an exclusive international legal system », in J. d'Aspermont (dir.) *Participants in the international legal system: multiple perspectives on non-State actors in international law*, (Routledge, 2013), p. 425 et 430; M.H. Mendelson, *supra* note 71, p. 203 (suggesting that the contribution of non-State actors to the formation of customary international law is « in a broader sense [...] [it is an] indirect contribution »); Y. Dinstein, *supra* note 71, p. 267 à 269; Déclaration de Londres de l'Association de droit international, p. 16. D'aucuns font valoir qu'il est établi que la pratique des particuliers, comme les pêcheurs, contribue au développement du droit international coutumier (voir, par exemple, K. Wolfke, *supra* note 93, p. 4), mais il est sûrement plus exact de dire que si on ne peut nier que les actes des particuliers peuvent créer certains faits qui peuvent par la suite donner matière à un dialogue interétatique [...], les actes de particuliers ne constituent pas, dans ces conditions, une pratique de formation du droit : ce sont de simples faits donnant naissance à la pratique internationale des États (G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff, 1993), p. 84); voir aussi K. Wolfke, *supra* note 6, p. 58 : « whose behaviour contributes to the practice is not important; what is important is to whom the practice may be attributed, and above all, who it is who has 'accepted it as law' »; C. Santulli, *supra* note 37, p. 45 et 46 (« Pour être pertinent aux fins de l'élaboration des règles coutumières, le précédent doit pouvoir être imputé à un État ou à une organisation internationale. Seuls les États et les organisations internationales, en effet, participent au phénomène coutumier. La conduite des sujets internes n'en est pas moins importante, mais elle n'est juridiquement pertinente pour apprécier la formation de la coutume internationale qu'au regard de la réaction qu'elle a suscitée, tolérance ou réprobation »).

<sup>140</sup> Voir aussi M.H. Mendelson, *supra* note 71, p. 202 ; mais voir *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, p. 315 (opinion individuelle du juge Ammoun) : « la jurisprudence internationale [...] [est] considérée en tant qu'élément de [la coutume] »; G.M. Danilenko, *ibid.*, p. 83 (« The decisions of tribunals, and especially the judgments of the I.C.J., are an important part of community practice »). Cf. L. Kopelmanas, « Custom as a means of the creation of international law », *British Yearbook of International Law*, 18 (1937), p. 127 et 142 (« the creation of legal rules by custom by the action of the international judge is an incontestable positive fact »); R. Bernhardt, *supra* note 84, p. 270 (« This formula [of Article 38 of the International Court's Statute, awarding judicial decision the status of subsidiary means for determining rules of law] underestimates the role of decisions of international courts in the norm-creating process. Convincingly elaborate judgments often have a most important influence on the norm-generating process, even if in theory courts apply existing law and do not create new law »).

droit »<sup>141</sup>, celle de la Cour internationale de Justice en particulier revêtant beaucoup de poids<sup>142</sup>.

47. *Pratique confidentielle*. Pour l'essentiel, la pratique étatique, comme les communications confidentielles entre gouvernements, n'est pas accessible au public, du moins pas dans l'immédiat<sup>143</sup>. On voit mal comment cette pratique peut contribuer à la formation ou à la détermination du droit international coutumier général tant qu'elle n'est pas rendue publique<sup>144</sup>. Par ailleurs, la pratique connue de quelques États, voire de deux seulement, peut contribuer à l'éclosion d'une règle régionale, spéciale ou locale (et non générale) de droit international coutumier opposable aux seuls intéressés<sup>145</sup>.

<sup>141</sup> Article 38.1 d) du Statut de la Cour internationale de Justice; voir aussi *Mémoire du Secrétaire*, p. 25 et 26 [« La Commission invoque parfois la jurisprudence internationale comme étant l'expression concluante d'une règle de droit international coutumier existante » (Observation 15); « La Commission invoque souvent aussi la jurisprudence pour établir l'existence ou l'inexistence d'une règle de droit international coutumier » (Observation 16); « La Commission interroge parfois la jurisprudence internationale, y compris les sentences arbitrales comme source secondaire pour identifier la pratique des États pertinente » (Observation 17)].

<sup>142</sup> I. Brownlie, *supra* note 121, p. 19 (« the judgments of the International Court and other international tribunals have a role in the recognition and authentication of rules of customary international law »). Exemple récent : arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni* (requêtes n° 34356/06 et 40528/06), 14 janvier 2014, par. 198. Cf. K. Wolfke, *supra* note 6, p. 145 (« [...] judgments and opinions of international courts, especially of the Hague Court, are of decisive importance as evidence of customary rules. The Court has invoked them almost as being positive law »).

<sup>143</sup> Il convient de distinguer la pratique dite confidentielle de celle qu'il est difficile de consulter. La pratique peut passer largement inaperçue pour diverses raisons. Il en est par exemple ainsi lorsque la pratique de certains États n'est pas publiée sous une forme largement accessible. Les membres de la Commission et des États ont fait état d'un autre problème particulier, à savoir celui de la pratique disponible uniquement dans des langues qui ne sont pas connues du plus grand nombre (ce qui, de fait, vaut pour la plupart des langues).

<sup>144</sup> Voir aussi Y. Dinstein, *supra* note 71, p. 275 (« Another condition for State conduct – if it is to count in assessing the formation of custom – is that it must be transparent, so as to enable other States to respond to it positively or negatively »); *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 15 (« Acts do not count as practice if they are not public »). Pour ce qui est de la fonction de représentation de la doctrine par opposition au secret d'État, voir Carty, *supra* note 71, p. 979 à 982. Observation de Meijers : « States concur in the creation of law by not protesting, that is to say, by not reacting. If that is so, the states concerned must get an opportunity to react. From this there flow two further requirements for the formation of law: it must be possible to indicate at least one express manifestation of the will to create a law, and this express manifestation of will must be cognoscible for all states which will be considered as wishing to concur in the creation of the new rule if they do not protest » (H. Meijers, *supra* note 124, p. 19); mais voir M. Bos, « The identification of custom in international law », *German Yearbook of International Law*, 25 (1982), p. 9 et 30 (« even if facilitated, the discovery of evidence [of State practice] at times may be a problem, for not every bit of practice will find its way to digests and collections. It is asking too much, therefore, to say that in addition to the qualifications [...] [of virtual uniformity, attribution to the State and generality] practice should also be sufficiently perceptible to other States on which the customary rule-to-be may be binding in future »).

<sup>145</sup> Nous envisagerons la question des coutumes régionale, spéciale et bilatérale dans notre troisième rapport.

48. Nous proposons le projet de conclusion ci-après :

## Projet de conclusion 7

### *Formes de pratique*

1. **La pratique peut prendre diverses formes et résulte d'actes matériels et verbaux.**
2. **La pratique se manifeste notamment dans le comportement des États « sur le terrain », l'action et la correspondance diplomatiques, les actes législatifs, la jurisprudence interne, les publications officielles dans le domaine du droit international, les déclarations faites au nom d'États concernant telle ou telle entreprise de codification, la pratique en matière de traités et les actes résultant de résolutions adoptées par des organes d'organisations ou de conférences internationales.**
3. **L'inaction peut aussi valoir pratique.**
4. **Les actes (y compris l'inaction) des organisations internationales peuvent également valoir pratique.**

49. *Absence de hiérarchie prédéterminée.* Nulle manifestation de la pratique n'est *a priori* plus importante que nulle autre, son poids étant fonction des circonstances ainsi que de la nature de la règle considérée<sup>146</sup>. Par exemple, le proverbe dit que les actes sont plus éloquents que tous les discours, mais ce n'est évidemment pas le cas s'agissant d'une action illégale<sup>147</sup>. Dans bien des cas, c'est le pouvoir exécutif qui, en définitive, représente l'État dans les affaires internationales<sup>148</sup>.

<sup>146</sup> Voir aussi B. Conforti et B. Labella, *supra* note 52, p. 32 (« These diverse actions are not governed by a set hierarchy: acts of domestic courts and executive organs, organs conducting foreign relations, and representatives at international organizations, are all on an equal footing. The weight given to the acts depends on the content of the international customary rule »); M. Akehurst, *supra* note 84, p. 21 (« There is no compelling reason for attaching greater importance to one kind of practice than to another »); K. Wolfke, *supra* note 6, p. 157 (« The absence of any appropriate indication in the Statute of the [International] Court, and the freedom enjoyed by the Court in the choice and evaluation of evidence of customary law, do not give any ground for admitting any formal hierarchy of the kinds of such evidence »).

<sup>147</sup> Voir, par exemple, l'avis de la Cour internationale de Justice sur le principe de non-intervention dans l'arrêt rendu en l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, p. 108 et 109, par. 207; voir aussi R. Müllerson, *supra* note 84, p. 344 (« Of course, different categories of state practice may have different weight in the process of custom formation. Usually it matters more what states do than what they say, but on the other hand, at least in official inter-state relations, saying is also doing. 'Actual' practice may be weightier in the process of custom formation but diplomatic practice usually conveys more clearly the international legal position of states. Often only a few states may be engaged in 'actual' practice, while other states' practice may be only diplomatic or even completely absent »).

<sup>148</sup> Voir aussi Roberts, *supra* note 112, p. 62 (« Where inconsistencies emerge, the conflicting practice must be weighed, considering factors such as which branch of government has authority over the matter »); mais voir I. Wuerth, « International law in domestic courts and the *Jurisdictional Immunities of the State* case », *Melbourne Journal of International Law*, 13 (2012), p. 1 et 9 (« Privileging the executive branch is unsatisfactory because a national court decision invokes the responsibility of the state as a matter of international law and it often provides clearer evidence of the *opinio juris* than executive branch practice »).

50. *La pratique de l'État doit être « envisagée dans son ensemble »*<sup>149</sup>. Premièrement, il faut interroger l'ensemble de la pratique connue de l'État. Deuxièmement, la pratique des différents organes de l'État peut ne pas être uniforme. Par exemple, tel tribunal ou le corps législatif peuvent adopter un point de vue contraire à celui de l'exécutif, et les avis peuvent même diverger au sein d'un même pouvoir. Il peut en être ainsi en particulier de la pratique des organes infra-étatiques (par exemple dans un État fédéral); la circonspection est de mise en présence de cette pratique, comme de la jurisprudence des juridictions inférieures. Lorsque les différents organes de l'État ne parlent pas d'une même voix, la pratique étatique est ambivalente, ce qui peut fort bien en entamer le poids<sup>150</sup>.

51. Nous proposons le projet de conclusion ci-après :

## Projet de conclusion 8

### *Appréciation de la preuve de la pratique*

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

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

52. *Généralité de la pratique.* « Sans doute ressort-il des termes explicites de l'Article 38, paragraphe 1 b) du Statut de la Cour, que la pratique dont il est possible de dégager la coutume générale est celle de la généralité et non de l'unanimité des États »<sup>151</sup>. En effet, pour conclure à l'existence de telle ou telle règle de droit international général coutumier, il n'est pas nécessaire d'être en présence d'une pratique unanime (universelle)<sup>152</sup> mais « fréquente »<sup>153</sup> ou, autrement dit,

<sup>149</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, p. 136, par. 83.

<sup>150</sup> Voir, par exemple, *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, [2010] 3 S.L.R. 489 [2010] SGCA 20 (Supreme Court of Singapore – Court of Appeal, 14 mai 2010), par. 96. Selon une autre thèse ce n'est que lorsque les divergences entre la pratique suivie par les différents organes de l'État disparaissent que la pratique de cet État devient cohérente et qu'elle peut donc contribuer au développement du droit coutumier, voir M. Akehurst, *supra* note 84, p. 22.

<sup>151</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, p. 330 (opinion individuelle du juge Ammoun).

<sup>152</sup> Voir également *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 104 (opinion individuelle du juge Ammoun) (« [Pour démontrer l'existence d'un droit international coutumier,] [i]l s'agit donc de se demander si une telle pratique est observée non certes unanimement, mais par la généralité des États [...], avec la conscience qu'ils ont de se soumettre à une obligation juridique », et p. 229 (opinion dissidente du juge Lachs) (« pour devenir obligatoire, une règle ou un principe de droit international n'a pas besoin d'être sanctionné par une acceptation universelle. Cela ressort de plusieurs déclarations de la Cour [...] Les États n'ont pas tous, comme je l'ai indiqué plus haut dans un contexte différent, l'occasion ni la possibilité d'appliquer une règle donnée. L'élément d'appréciation déterminant doit être le comportement d'un grand nombre d'États, éventuellement de la majorité des États, en tout cas de la grande majorité des États intéressés »); *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253, p. 435 (opinion dissidente du juge Barwick) (« Le droit coutumier ne dépend pas à mon avis d'une adhésion universelle »); *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, p. 95 (opinion individuelle du juge Weeramantry) (« Certes, l'appui général de la communauté internationale ne signifie pas

suffisamment répandue<sup>154</sup>. Il ne s'agit pas là d'un critère purement quantitatif, puisqu'il faut également que la pratique dérive d'une participation largement représentative<sup>155</sup> et fasse intervenir les États particulièrement intéressés.

que chaque membre de la communauté des nations, à titre individuel, ait expressément donné son soutien à ce principe; cela n'est du reste pas requis pour l'établissement d'un principe de droit international coutumier ». Cette opinion est reçue par la doctrine : voir, par exemple, J. Dugard, *International Law: A South African Perspective*, 4<sup>e</sup> éd. (Juta, 2011), p. 28 (« For a rule to qualify as custom, it must receive "general" or "widespread" acceptance. Universal acceptance is not necessary »); H. Thirlway, *supra* note 38, p. 59 (« One thing that can be stated with certainty is that unanimity among all States is not a requirement, either in the sense that all States must have been shown to have participated in [the practice], or in the sense that there is evidence that the *opinio*, the view that it is a binding custom, is held by all States »).

<sup>153</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 43, par. 74.

<sup>154</sup> Voir, par exemple, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, p. 40, p. 102, par. 205 (où il est question d'une « pratique étatique [uniforme et] largement répandue »); *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 246, p. 299, par. 111 (où l'on renvoie à « une pratique suffisamment étoffée et convaincante »); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, p. 45 et 52 (opinion individuelle collective des juges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda) (où il est question d'un usage international « suffisamment général » ou d'une pratique des États permettant de dégager « une règle [...] qui soit suffisamment générale et uniforme »), et p. 161 (opinion individuelle du juge Petrén) (où l'on évoque la nécessité de compter « un nombre suffisamment élevé » d'États); *Kaunda et consorts c. Le Président de la République d'Afrique du Sud et consorts, arrêt de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud (4 août 2004)*, par. 29 (« [...] presently this is not the general practice of states [...] It must be accepted, therefore, that the applicants cannot base their claims on customary international law »); *2 BvR 1506/03, décision de la Deuxième Chambre, 5 novembre 2003 (Cour constitutionnelle fédérale allemande, BVerfGE)*, par. 59 (« Such practice, however, is not sufficiently widespread as to be regarded as consolidated practice that creates customary international law »). Le caractère généralisé est en effet considéré comme la notion fondamentale essentielle à la détermination d'une règle coutumière universelle : J. Barboza, *supra* note 119, p. 7 ; voir aussi *Mémorandum du Secrétariat*, p. 10 (« La Commission voit dans le caractère généralisé de la pratique des États également un facteur déterminant de l'identification de la règle de droit international coutumier »).

<sup>155</sup> Voir *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 42, par. 73 (« une participation très large et représentative [...] »), et p. 227 (opinion dissidente du juge Lachs) (« Ce calcul mathématique, si important qu'il soit déjà en lui-même, doit être complété par une analyse spectrale, pour ainsi dire, de la représentativité des États [...] Dans le monde d'aujourd'hui, en effet, il faut tenir compte d'un facteur essentiel dans la formation d'une nouvelle règle de droit international général, à savoir le fait que des États ayant des systèmes politiques, économiques et juridiques différents, des États de tous les continents, participent à ce processus »); *Mondev International Ltd v. United States of America (CIRDI, décision, 11 octobre 2002)*, par. 117 (« Investment treaties run between North and South, and East and West, and between States in these spheres *inter se*. On a remarkably widespread basis, States have repeatedly obliged themselves to accord foreign investment such treatment. In the Tribunal's view, such a body of concordant practice will necessarily have influenced the content of rules governing the treatment of foreign investment in current international law »); *2 BvR 1506/03, décision de la Deuxième Chambre, 5 novembre 2003 (Cour constitutionnelle fédérale allemande, BVerfGE)*, par. 50 (« a conduct that is continuous in time and as uniform as possible, and which takes place with a broad and representative participation of states and other subjects of international law with law-making authority »); *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 23 (« For a rule of general customary international law to come into existence, it is necessary for the State practice to be both extensive and representative »);

53. On ne peut déterminer dans l'abstrait le nombre exact d'États requis aux fins de l'« analyse en quelque sorte numérique de la pratique des États »<sup>156</sup> autorisant à qualifier telle ou telle pratique « générale »<sup>157</sup>. Ce qui importe, au fond, c'est que la pratique – qui, dans certains cas, peut résulter de l'inaction – ait été le fait de l'écrasante majorité des États qui ont jusque-là eu la possibilité de le faire<sup>158</sup>, et qu'elle soit si répandue que toute autre pratique contraire soit marginale et sans effet juridique direct<sup>159</sup>. Parfois, même un nombre « respectable » d'États tenants de la pratique ne suffit pas forcément<sup>160</sup>, mais il se peut fort bien que seul un nombre relativement réduit d'États se livrent à telle pratique et que l'inaction des autres suffise à créer la règle de droit international coutumier<sup>161</sup>.

54. *États particulièrement intéressés*. Il importe de tenir dûment compte de la pratique des « États particulièrement intéressés »<sup>162</sup>, dès lors que l'on peut les

---

G.M. Danilenko, *supra* note 139, p. 94 (“The requirement of generality means that customary practice must acquire a broad and representative character”).

<sup>156</sup> Pour reprendre les termes employés par le juge Dillard dans son opinion individuelle en l'affaire *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, p. 56.

<sup>157</sup> Voir également A. Clapham, *supra* note 37, p. 59 et 60 (« This test of general recognition [among States of a certain practice as obligatory] is necessarily a vague one; but it is of the nature of customary law, whether national or international, not to be susceptible to exact or final formulation »); J. Barboza, *supra* note 119, p. 8 (« “Generality” seems to be a rather flexible notion »).

<sup>158</sup> J.L. Kunz, *supra* note 56, p. 666, et voir *infra*, par. 54, à propos des États particulièrement intéressés. Voir également R. Higgins, *supra* note 13, p. 22 (« we must not lose sight of the fact that it is the practice of the vast majority of states that is critical, both in the formation of new norms and in their development and change and possible death »). La Cour constitutionnelle fédérale allemande a déclaré qu'il suffisait que telle règle soit reconnue comme contraignante par une majorité écrasante d'États, au nombre desquels l'Allemagne ne devait pas forcément être (voir décision de la Deuxième chambre, 8 mai 2007, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, par. 33: « A rule of international law is “general” within the meaning of Article 25 of the Basic Law if it is recognised by the vast majority of states (voir BVerfGE 15, 25 (34)). The general nature of the rule relates to its application, not to its content, recognition by all states not being necessary. It is equally not necessary for the Federal Republic of Germany in particular to have recognised the rule »)..

<sup>159</sup> M.E. Villiger, *supra* note 84, p. 30.

<sup>160</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 42, par. 73; voir également *Nguyen Tuong Van c. Le Procureur général (Cour d'appel de Singapour)*, [2005] 1 SLR 103; [2004] SGCA 47, par. 92.

<sup>161</sup> Voir, par exemple, M. Akehurst, *supra* note 84, p. 18 (« A practice followed by a very small number of States can create a rule of customary law if there is no practice which conflicts with the rule »).

<sup>162</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 42, par. 73 (« En ce qui concerne les autres éléments généralement tenus pour nécessaires afin qu'une règle conventionnelle soit considérée comme étant devenue une règle générale de droit international, il se peut que, sans même qu'une longue période se soit écoulée, une participation très large et représentative à la convention suffise, à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés »), p. 43, par. 74 (« la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés »), et p. 175 et 176 (opinion dissidente du juge Tanaka) (« Il est indéniable que la question de la répétition se pose en termes de quantité [...] Ce que je veux souligner ici, c'est que l'important en la matière n'est pas tant le nombre [...] que la signification qu'on peut [lui] attribuer dans les circonstances [...] Nous ne pouvons pas considérer que la ratification de la Convention [sur le plateau continental] par une grande puissance maritime ou le fait qu'elle conclut une convention consacrant le principe de l'équidistance ont exactement la même importance que des actes semblables, accomplis par un

identifier. Autrement dit, pour apprécier l'existence d'une pratique internationale, il faudrait prendre en considération la pratique des États qui sont touchés ou intéressés dans une plus grande mesure que d'autres<sup>163</sup> au regard de la règle en question, ladite pratique devant avoir un poids considérable (au point de pouvoir, dans certaines circonstances, faire obstacle à l'apparition d'une nouvelle règle)<sup>164</sup>. Les États « particulièrement intéressés » s'identifient selon la règle considérée et, du reste, il est des domaines où l'on ne peut identifier précisément les États « particulièrement intéressés »<sup>165</sup>. Très souvent, les États sont tous également touchés. Certes, certains États sont souvent « particulièrement touchés »<sup>166</sup>; toutefois, conformément au

---

État sans littoral, qui n'a pas d'intérêt particulier à la délimitation du plateau continental »); voir également *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, p. 90 (opinion individuelle du juge De Castro) (« Pour la formation d'une règle nouvelle de droit international, il faut que la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été en substance ou pratiquement uniforme »), et p. 161 (opinion dissidente du juge Petrén) (« Un autre élément nécessaire à la formation d'une nouvelle règle de droit coutumier manque donc : son acceptation par les États dont elle affecte les intérêts »); J. B. Bellinger et W. J. Haynes : « Réactions du Gouvernement des États-Unis à l'étude du Comité international de la Croix-Rouge sur le droit international humanitaire coutumier », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 89 (2007), p. 443 et 445 (note 4); T. Treves, *supra* note 50, par. 36 (« While, for instance, it would be difficult to determine the existence of a rule on the law of the sea in the absence of corresponding practice of the main maritime powers, or of the main coastal States, or, as the case may be, of the main fishing States, the silence of less involved States would not be an obstacle to such determination. Similarly, rules on economic relations, such as those on foreign investment, require practice of the main investor States as well as that of the main States in which investment is made »).

<sup>163</sup> W. W. T. Worster, « The transformation of quantity into quality: critical mass in the formation of customary international law », *Boston University International Law Journal*, 31 (2013), p. 63. Meijers parle des États qui prennent une part prédominante à une activité déterminée (H. Meijers, « How is international law made? », *supra* note 124, p. 7 ; Danilenko parle quant à lui d'un intérêt particulier pour les principes et règles pertinents (G.M. Danilenko, *supra* note 139, p. 95).

<sup>164</sup> Voir, par exemple, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, p. 47 (opinion individuelle collective des juges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda) (« [...] ces prétentions ont généralement entraîné des protestations ou des objections de la part d'un certain nombre d'importants États maritimes qui se livrent à la pêche lointaine – si bien qu'il n'est pas permis de dire qu'elles sont "généralement acceptées" »).

<sup>165</sup> G.M. Danilenko, *supra* note 139, p. 95 ; voir également M. Mendelson, *supra* note 124, p. 186 (« the notion of "specially affected states" is not very precise »); M. J. Aznar, « The contiguous zone as an archeological maritime zone », *International Journal of Marine and Coastal Law*, 29 (2014), p. 1 et p. 12. On trouvera une illustration du problème dans l'affaire de la Cour internationale de Justice dite *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, lorsque le juge Shahabuddeen, dans son opinion dissidente, a estimé que « [I]orsque, ce qui est en jeu, c'est la licéité de l'emploi d'une arme susceptible d'anéantir l'humanité et donc tous les États, la question de savoir quels sont les États particulièrement intéressés vise non la propriété de l'arme, mais les conséquences de son utilisation. De ce point de vue, tous les États sont également intéressés, car, à l'instar de ceux qui y habitent, ils ont tous le même droit d'exister » (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 414. Dans le même sens, voir également p. 535 et 536 (opinion dissidente du juge Weeramantry).

<sup>166</sup> De Visscher compare l'évolution du droit international coutumier à une route à travers un terrain vague : « Parmi les usagers, il en est toujours qui, plus profondément que d'autres, marquent la terre de l'empreinte de leurs pas, soit en raison de leur poids, c'est-à-dire de leur puissance en ce monde, soit parce que leurs intérêts les appellent plus fréquemment à effectuer le parcours » : C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public* (A. Pedone, 1953).



principe de l'égalité souveraine, ce n'est qu'à ce titre que leur pratique pourra être analysée et se voir attribuer quelque poids<sup>167</sup>.

55. *Constance de la pratique.* Pour qu'il y ait règle de droit international coutumier, il faut qu'il y ait pratique constante<sup>168</sup>. S'il est vrai que les circonstances

<sup>167</sup> Voir également *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 26 : « There is no rule that major powers have to participate in a practice in order for it to become a rule of general customary law. Given the scope of their interests, both geographically and *ratione materiae*, they often will be “specially affected” by a practice; and to that extent and to that extent alone, their participation is necessary »; voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 278 (déclaration du juge Shi) (« en accordant une importance induë à la pratique de cette “partie appréciable” [des “États [qui] sont des membres importants et puissants de la communauté internationale et jouent un grand rôle sur la scène internationale”] non seulement on irait à l'encontre du principe même de l'égalité souveraine des États, mais encore il deviendrait plus difficile de donner une idée exacte et juste de l'existence d'une règle coutumière », et p. 533 (opinion dissidente du juge Weeramantry) (« Du point de vue de la création de la coutume internationale, la pratique et la politique de cinq États sur cent quatre-vingt-cinq ne semblent pas constituer une base suffisante pour la naissance d'une coutume, quelle que puisse être l'influence exercée dans le monde par ces cinq États »). Voir, toutefois, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 312 et 319 (opinion dissidente du juge Schwebel) (« Cette pratique nucléaire n'est pas le fait d'États “objecteurs persistants”, isolés et d'importance secondaire. Ce n'est pas la pratique d'un gouvernement mis au ban de la communauté des nations ne trouvant aucun écho dans une opinion internationale d'un avis contraire. C'est la pratique de cinq des grandes puissances mondiales, des membres permanents du Conseil de sécurité et elle a été appuyée très largement pendant près de cinquante ans par leurs alliés et par d'autres États s'abritant sous leur parapluie nucléaire. Autrement dit, c'est la pratique d'États – une pratique appuyée par un nombre important et imposant d'autres États – qui, pris ensemble, représentent l'essentiel de la puissance militaire, économique, financière et technologique du monde et une très grande proportion de sa population »); *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, p. 306 (opinion individuelle du juge Petré) (« Vouloir fermer les yeux devant l'attitude, à cet égard, de l'État le plus peuplé du monde témoignerait d'un manque de réalisme »); T. Buergethal et S.D. Murphy, *supra* note 138, p. 28 (« That it [practice] does not have to be universal seems to be clear. Equally undisputed is the conclusion that, in general, the practice must be one that is accepted by the world's major powers and by states directly affected by it »).

<sup>168</sup> Voir, par exemple, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, p. 276 et 277 (« un usage constant et uniforme »); *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil*, p. 6, p. 40 (« une pratique constante et uniforme »); *Affaire Nottebohm (deuxième phase), arrêt du 6 avril 1955 : C.I.J. Recueil 1955*, p. 4, p. 30 (opinion dissidente du juge Klaestad); *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 43, par. 74 (il demeure indispensable que la pratique ait été « pratiquement uniforme »); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, p. 90 (opinion individuelle du juge De Castro) (« Pour la formation d'une règle nouvelle de droit international, il faut que la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été en substance ou pratiquement uniforme ») et p. 50 (opinion individuelle collective des juges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda) (« Une autre condition fondamentale qui doit être remplie pour que la pratique des États devienne une règle de droit coutumier est que cette pratique soit commune, uniforme et concordante. En conséquence, l'existence d'éléments contradictoires dans la pratique des États ou la manifestation d'un comportement incompatible avec cette pratique, surtout si elles sont imputables aux États mêmes qui sont censés suivre la coutume ou la créer, feraient obstacle à la formation d'une règle de droit coutumier »); voir également le *Mémorandum du Secrétariat*, p. 92 (« La Commission voit dans l'uniformité de la pratique des États un facteur déterminant de l'identification de la règle de droit international coutumier »). Selon un auteur, dans la pratique, les deux conditions – généralisation et uniformité – se fondent en un processus analytique unitaire. « International lawyers cannot, for example, analyze whether State practice is general without having identified a practice that is

particulières peuvent naturellement varier d'un acte à l'autre, il faut que tous les actes aient en commun une « explication de base qui ne varie pas » : c'est alors que l'on pourra parler de régularité de la conduite en question<sup>169</sup>. Si, par contre, la pratique est là pour démontrer que « chaque cas concret est finalement différent des autres [...], [l]es conditions pour la formation de principes et règles de nature coutumière donnant des prescriptions précises [...] ne sauraient donc être réunies »<sup>170</sup>. En d'autres termes, lorsque les faits révèlent « tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances [...] un tel manque de consistance [...], et [lorsque] la pratique a été influencée à tel point par des considérations d'opportunité politique dans les divers cas [...], il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme acceptée comme étant le droit en ce qui concerne la prétendue règle [...] »<sup>171</sup>.

56. Pour déterminer si telle pratique est constante ou non, il importe, bien entendu, d'interroger des situations effectivement comparables, suscitant des questions identiques ou analogues<sup>172</sup>. De plus, si la répétition fréquente de telle pratique

---

uniform » (D. P. Fidler, « Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law », *German Yearbook of International Law/Jahrbuch für Internationales Recht*, 39 (1996), p. 198 et 202).

<sup>169</sup> J. Barboza, *supra* note 119, p. 7 (« The repetition of conduct is of the essence of custom. Of course, the facts are never the same: Heraclitus used to say that we never bathe twice in the same river. The facts may change, the subjects may be different, the circumstances may vary, but there is a core of meaning that does not change. Whenever there is a repetition, there are individual facts that belong to a common genus; to speak of repetition implies a previous abstraction and elimination of a number of data belonging to the individual facts, the facts that occurred in real life. At the same time, a core of *generic meaning* is kept, i.e. a meaning that can be applied to the other situations [...] That *generic meaning* repeats itself in every precedent and establishes the content of the accepted by States concerned as law between them »); void regalement G.M. Danilenko, *supra* note 139, p. 96 (« any customary rule is a normative generalization from individual precedents »).

<sup>170</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 246, p. 290, par. 81.

<sup>171</sup> *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, p. 277; voir également *Affaire du Détroit de Corfou, arrêt du 9 avril 1949 : C.I.J. Recueil 1949*, p. 4, p. 74 (opinion dissidente du juge Krylov) (« La pratique des États en cette matière est loin d'être uniforme, et on ne peut pas constater à cet égard l'existence d'une coutume internationale ») et p. 128 (opinion dissidente du juge Ečer) (« La pratique des États était tellement variée que l'on ne pouvait y voir la preuve de l'existence d'une telle norme [de droit international coutumier] »); *Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951 : C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, p. 131 (où l'on constate que « certains États » ont adopté une règle et en ont fait application, tandis que « d'autres États » ont adopté une pratique différente : « En conséquence, la règle [...] n'a pas acquis l'autorité d'une règle générale de droit international »); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, p. 56 et 57 (opinion individuelle du Président Bustamante y Rivero) (qui affirme que quand [la pratique] a un « caractère isolé [qui] interdit toute systématisation », l'apparition d'un droit international coutumier est « peu probable en l'espèce »); *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 175, p. 212 (déclaration du juge Nagendra Singh) (des « pratiques étatiques largement divergentes et fortement discordantes [font que des règles] ne se sont pas cristallisées »); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, p. 117 et 118 (opinion individuelle du juge Bula-Bula) (« Au milieu de tant de contradictions, d'attitudes incertaines qui marquent fondamentalement cette pratique unilatérale et solitaire [...], nulle norme coutumière ne saurait émerger »).

<sup>172</sup> Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 45, par. 79; 2 BvR 1506/03, décision de la Deuxième chambre, 5 novembre 2003 (Cour constitutionnelle fédérale allemande, BVerfGE), par. 42 (« it must be particularly taken into account that the relevant state practice and the doctrines that the Higher Regional Court has

homogène conférerait naturellement à celle-ci plus de poids, on appréciera le degré d'une telle fréquence au regard de la fréquence des circonstances dans lesquelles il y a lieu, ou il convient, de prendre la mesure constituant la pratique considérée<sup>173</sup>.

57. *Une certaine inconstance n'est pas rédhitoire*. Il n'est pas indispensable que la pratique soit parfaitement uniforme : il ne faut pas s'exagérer l'importance des contradictions et incohérences superficielles<sup>174</sup>. Selon la Cour internationale de Justice, « [i]l ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique [...]. La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle »<sup>175</sup>.

taken into consideration, in their overriding majority refer to situations that involve only two states. In the present case, however, legal relations exist between the Republic of Yemen, as the complainant's state of origin, the United States of America, as the requesting state of the forum, and the Federal Republic of Germany, as the requested state of residence. Accordingly, the legal consequences of the alleged violation of international law do not directly refer to criminal proceedings in the state of the forum [...] but to extradition proceedings in the requested state of residence »; *Le Procureur c. Fofana et Kondewa*, affaire n° SCSL-04-14-A, arrêt (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel), 28 mai 2008, par. 406.

<sup>173</sup> H. Thirlway, *supra* note 38, p. 65.

<sup>174</sup> G. Fitzmaurice : « The law and procedure of the international court of justice, 1951-54: general principles and sources of law », *British Yearbook of International Law*, 30 (1953), p. 1 et 45; voir également M. Villiger, *supra* note 84, p. 44 (« [...] an overly strict test [...] would jeopardize the formation of customary international law. For example, it would mean neglecting the necessarily general character of customary law when examining the instances of practice in too much detail. Furthermore, what appears at first glance to be inconsistent practice may well contain as a common denominator a general rule, or there may at least be uniformity on partial or special rules. Once the rule has become established, it may well permit various options [...] Divergence from the rule may, in reality, point to an admissible exception [...] »); J. Crawford, *supra* note 37, p. 24 (« Complete uniformity of practice is not required, but substantial uniformity is »); D. Bodansky, *supra* note 136, p. 109 (« customary rules represent regularities, but not necessarily uniformities, of behaviour [...] mistakes and violations of rules are possible »); R. Müllerson, *supra* note 85, p. 167 (« [I]legal regulation is needed only where there are deviations from desired patterns of practice »). Selon Briggs : « [v]ariations from the concordance, generality, or consistency of a practice are grist for judicial interpretations »; H. W. Briggs, *The Colombian-Peruvian Asylum Case and proof of customary international law*, *American Journal of International Law*, 45 (1951), p. 728 et 729. Il ressort du *Mémoire du Secréariat* que « [l]orsque la pratique internationale est reliée par un fil conducteur ou un thème commun, la présence de certaines divergences n'empêche généralement pas la Commission d'identifier une règle de droit international coutumier » (p. 13).

<sup>175</sup> *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, p. 98, par. 186. La Cour a ajouté que « [s]i 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 »; voir également *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950, p. 266, p. 336 (opinion dissidente du juge Azevedo); *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960, p. 6, p. 40, et p. 104 et 107 (opinion dissidente du juge Sir Percy Spender); *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 229 (opinion dissidente du juge Lachs). Dans l'*Affaire des pêcheries*, « [l]a Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'attacher trop d'importance aux quelques incertitudes ou contradictions, apparentes ou réelles, que le Gouvernement du Royaume-Uni a cru pouvoir

58. *Durée de la pratique.* Si les règles du droit international coutumier sont classiquement le fruit d'une pratique de longue durée, on s'accorde à considérer qu'il n'est prescrit aucune durée d'existence précise pour que telle pratique secrète une règle de droit international coutumier<sup>176</sup>. Comme la Cour internationale de Justice l'a déclaré dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, « [b]ien que le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier [...], il demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme [...] et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu »<sup>177</sup>. Certaines règles peuvent par la

---

relever dans la pratique norvégienne. Elles s'expliquent assez naturellement si l'on prend en considération la diversité des faits et des situations au cours de la longue période qui s'est écoulée depuis 1812, et ne sont pas de nature à modifier les conclusions auxquelles la Cour est arrivée » (*Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951 : C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, p. 138).

<sup>176</sup> Voir, par exemple, J. Dugard, *supra* note 152, p. 27 (« In most cases some passage of time is required for a practice to crystallize into a customary rule. In some cases, however, where little practice is needed to establish a rule, it may come into existence very rapidly »); O. Corten, *Méthodologie du droit international public* (éditions de l'Université de Bruxelles, 2009), p. 150 et 151 (« Si, auparavant, la doctrine semblait exiger une pratique très ancienne, les évolutions récentes de la jurisprudence ont rendu cette condition caduque. *Ratione temporis*, une coutume peut très bien résulter d'une pratique limitée dans le temps pourvu, ajoute-t-on généralement, qu'elle soit particulièrement intense et univoque »); J.L. Kunz, *supra* note 56, p. 666 (« [...] international law contains no rules as to how many times or for how long a time this practice must be repeated »); K. Wolfke, *supra* note 93, p. 3 (« this practice no longer needs to occur for any great length of time »); *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 20 (« [...] no precise amount of time is required »). Voir, toutefois, l'opinion individuelle du juge Sepúlveda-Amor dans *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 213, p. 279 : « Le temps constitue un autre élément important dans le processus de formation du droit international coutumier [...]. Affirmer l'existence d'un droit coutumier s'étant constitué sur une période aussi brève va clairement à l'encontre de la jurisprudence de la Cour en la matière » (citant l'affaire du *Droit de passage*); R. Y. Jennings, « The identification of international law », in B. Cheng (dir.) *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1982), p. 3 et 5 (« Certainly practice over a more or less long period is an essential ingredient of customary law »).

<sup>177</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 43, par. 74; voir également p. 124 (opinion individuelle du juge Ammoun), p. 230 (opinion dissidente du juge Lachs) (« En ce qui concerne le facteur temps, on a souvent, dans le passé, associé la formation du droit par l'effet de la pratique des États à l'écoulement d'une longue période de temps. Il n'est pas douteux que, dans certains cas, cela peut se justifier. Toutefois, l'accélération considérable des transformations sociales et économiques, s'ajoutant à celle du progrès scientifique et technique, place le droit devant un véritable défi – défi qu'il devra relever, sous peine d'accroître encore son retard sur les événements [...] le fait que le droit du plateau continental se soit créé et développé en aussi peu de temps ne doit pas empêcher d'en reconnaître les principes et les règles, notamment la règle de l'équidistance, comme faisant partie du droit général »), et p. 244 (opinion dissidente du juge Sørensen) (« La Cour s'est ainsi réservé la possibilité de reconnaître l'apparition rapide d'une nouvelle règle de droit coutumier fondée sur la pratique étatique récente, fait particulièrement important eu égard au processus d'évolution extrêmement dynamique que connaît actuellement la communauté internationale »). La Cour interaméricaine des droits de l'homme a estimé, en ce qui concerne la pratique coutumière, que l'important est que la pratique soit mise en œuvre d'une manière ininterrompue et constante, et qu'il n'est pas essentiel de se comporter d'une certaine manière pendant une période déterminée (*Baena Ricardo et consorts*, arrêt du 28 novembre 2003, Cour interaméricaine des droits de l'homme (série C) n° 104 (2003), par. 104).

force des choses mettre plus de temps que d'autres à se dégager<sup>178</sup>; mais, pour autant que la pratique correspondante soit suffisamment généralisée et constante, il n'est exigé aucune durée précise<sup>179</sup>. On n'oubliera toutefois pas, dans ce contexte, que tous les États susceptibles de devenir liés par leur inaction doivent avoir le temps de rejeter telle règle et d'éviter ainsi toute acceptation implicite de leur part<sup>180</sup>.

59. Nous proposons le projet de conclusion ci-après :

## Projet de conclusion 9

### *La pratique doit être générale et constante*

- 1. Pour concourir à constituer une règle de droit international, la pratique correspondante doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, sans être forcément universelle.**
- 2. La pratique doit être généralement constante.**
- 3. Il n'est prescrit aucune durée précise, pour autant que la pratique soit suffisamment générale et constante.**
- 4. Pour déterminer l'existence d'une pratique, on prendra dûment en considération la pratique des États particulièrement intéressés.**

<sup>178</sup> Voir H. Thirlway, *supra* note 38, p. 64 (« If the issue to be resolved arises frequently, and is regulated in essentially the same way on each occasion, the time required may be short; if the issue arises only sporadically, it may take a longer time for consistency of handling to be observable [...] It is in fact the consistency and repetition rather than the duration of the practice that carries the most weight. »); voir également H. Lauterpacht, « Sovereignty over submarine areas », *British Yearbook of International Law*, 27 (1950), p. 376 et 393 (« The “evidence of a general practice accepted as law” – in the words of Article 38 of the Statute – need not be spread over decades. Any tendency to exact a prolonged period for the crystallization of custom must be proportionate to the degree and the intensity, of the change that it purports, or is asserted, to effect »); H. Li, *Guoji Fa De Gainian Yu Yuanyuan* (Notions et sources de droit international) (Guizhou People's Press, 1994), p. 91 (cité dans : C. Cai, « International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law rules », *Revue chinoise de droit international*, 7 (2008), p. 659 et 661).

<sup>179</sup> Voir également I. Brownlie, *supra* note 121, p. 19 ; E. Jiménez de Aréchaga, cours général de droit international public, 159, *Recueil des Cours* (1978), p. 25 (« The Court's acceptance of a quickly maturing practice shows that the traditional requirement of duration is not an end in itself but only a means of demonstrating the generality and uniformity of a given State practice »); L. B. Sohn, « Unratified treaties as a source of customary international law », in A. Bos and H. Siblesz (dir.) *Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff, 1986), p. 231 et 234 (« The length of time over which a practice has endured is not crucial for formation of custom. More important is the strength of other factors – frequency and repetition of the practice, number of States that have engaged in the practice, and the relative strength of opposing practice »); S. Rosenne, *supra* note 79, p. 55 (« It is not necessary that this line of conduct should have been pursued over a long period of time, although assertions of “quickie” or spontaneous production of customary rules must be treated with reserve. It is more important to establish that there is widespread acceptance of the view that such conduct is in conformity with the law and is required by the law, together with experience of actual conduct consonant therewith »). Cf. M. P. Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments* (Cambridge University Press, 2013).

<sup>180</sup> H. Meijers, *supra* note 124, p. 23 et 24 (« [a]ll states that fall within the potential reach of the nascent rule must get an opportunity to protest against its emergence »). Voir toutefois G. Arangio-Ruiz, *supra* note 17, p. 100 (« Particularly nowadays any action or omission of a State is known all over the world with the immediateness of a ray of light »).

## VI. « Acceptée comme étant le droit »

60. On appelle couramment « *opinio juris* » ou « *opinio juris sive necessitatis* » le second élément nécessaire à la formation et à la détermination du droit international coutumier – l’acceptation de la « pratique générale » comme étant le droit. Cet « élément subjectif » du droit international coutumier suppose fondamentalement que la pratique en question soit motivée par « l’idée [...] selon laquelle une telle action était prescrite par le droit »<sup>181</sup>. Les États doivent « croi[re] appliquer une règle de droit international coutumier à caractère obligatoire »<sup>182</sup>, ou, autrement dit, « [se sentir] juridiquement tenus par une règle obligatoire de droit coutumier [d’accomplir l’acte en question] »<sup>183</sup>. Il s’agit là du « point de vue interne »<sup>184</sup> grâce auquel des constantes de comportement peuvent se cristalliser en règle de droit, et qui permet d’établir une distinction entre droit et non-droit<sup>185</sup>. Comme l’a déclaré le juge Chagla, « [...] en droit international, il faut beaucoup plus [qu’une accumulation de nombreux exemples] pour qu’il y ait coutume [...]. Il ne suffit pas d’apporter la preuve de sa manifestation extérieure; il est également important d’en établir l’élément moral ou psychologique. C’est cet élément essentiel qui distingue la coutume d’une simple pratique ou d’un usage. Lorsque les parties agissent ou s’abstiennent d’agir d’une certaine manière, elles doivent avoir le sentiment d’obéir à une obligation. Cette obligation doit avoir à leurs yeux la même force que la loi

<sup>181</sup> M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942: – a Treatise* (Macmillan, 1943), p. 609.

<sup>182</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 44 et 45, par. 76.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 44 et 45, par. 78.

<sup>184</sup> D. Bodansky, *supra* note 136, p. 109.

<sup>185</sup> Une pratique non assortie d’un tel sentiment d’obligation ne contribue pas au droit international coutumier; voir également *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 44, par. 77 (« Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l’existence d’une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c’est-à-dire l’existence d’un élément subjectif, est implicite dans la notion même d’*opinio juris sive necessitatis* »); *Immunités juridictionnelles de l’État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, p. 123, par. 55 (« S’il est vrai que les États décident parfois d’accorder une immunité plus large que ne l’impose le droit international, le fait est que, aux fins de la présente instance, la reconnaissance de l’immunité en pareil cas n’est pas assortie de l’*opinio juris* requise et, partant, n’éclaire pas la question dont la Cour est saisie »); voir également H.W.A. Thirlway, *supra* note 81, p. 48 (« while the requirement of *opinio juris* does undoubtedly give rise to many problems in practice [...] it is admittedly difficult to distinguish between usage which has become binding as customary law and usage which has not [...] without allowing the psychological element in the creation of custom to creep back into the discussion by a devious route and under another name »). En ce qui concerne l’importante fonction que remplit l’*opinio juris* en empêchant une pratique générale considérée ordinairement comme indésirable de devenir une disposition du droit international coutumier, voir C. Dahlam, « The function of *opinio juris* in customary international law », *Nordic Journal of International Law*, 81 (2012), p. 327 à 339. Villiger a fait observer ce qui suit : « In addition, the *opinio* serves in particular to distinguish violations of the customary rule from subsequent modifications to the rule – a test not without its significance in view of the dynamic nature of customary international law. As long as the previous *opinio* has not been eroded, and the new *opinio* is not established, the diverging practice remains a form either of persistent or subsequent objection » (M.E. Villiger, *supra* note 84, p. 48).

[...] il faut qu'un sentiment de contrainte – non pas physique mais juridique – l'emporte sur tout »<sup>186</sup>.

61. *Autres raisons d'agir*. On distinguera l'acceptation d'une pratique générale « comme étant le droit » d'autres éléments, de nature extrajuridique, que l'État peut prendre en considération en ce qui concerne la pratique en question. Pour déterminer si telle règle de droit international coutumier existe, il convient donc d'établir que la pratique considérée n'était pas (exclusivement) motivée par des « considérations de courtoisie, de bon voisinage et d'opportunité politique »<sup>187</sup> ou « d'opportunité ou de tradition »<sup>188</sup>. Il faut que les États aient reconnu la règle « à

<sup>186</sup> *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, p. 120 (opinion dissidente du juge Chagla, qui se réfère à la coutume locale mais utilise à cet égard le libellé général de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour).

<sup>187</sup> *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950*, p. 266; voir p. 285 et p. 286 (où la Cour ajoute que « des considérations de convenance ou de simple opportunité politique semblent avoir déterminé l'État territorial à reconnaître l'asile sans que cette décision lui fût dictée par le sentiment d'un devoir juridique quelconque »); voir également *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Exceptions préliminaires), arrêt du 26 novembre 1957 : C.I.J. Recueil 1957*, p. 125, p. 177 (opinion dissidente du juge Chagla) (« [l'État] doit faire plus : il doit démontrer qu'il avait bénéficié [de la pratique considérée] en tant que droit et non en tant que faveur ou concession »); *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, p. 305 (opinion individuelle du juge Petrén) (« [le fait de s'abstenir d'un comportement doit être] motivé [] non par des considérations d'ordre politique ou économique mais par la conviction que [...] [le comportement en question est] interdit [] par le droit international coutumier »); *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique) fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, par. 109 (où la Cour oppose « l'exposé de considérations de politique internationale » à « l'affirmation de règles du droit international actuel »); *affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt du 27 août 1952 : C.I.J. Recueil 1952*, p. 176, p. 221 (opinion dissidente des juges Hackworth, Badawi, Levi Carnero et Sir Benegal Rau) (mentionnant l'affirmation par les États-Unis selon laquelle « l'usage était tout au moins un fondement juridique de leurs droits [...] [et qu'] [i] ne s'agi[ssait] donc pas d'une simple "tolérance gracieuse" »); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 423 et 424. (opinion dissidente du juge Shahabuddeen) (« Il faut également avoir à l'esprit qu'il ne suffit pas de prouver des actes ou des omissions dont on prétend qu'ils constituent une pratique des États mais qu'il faut encore les interpréter. Le fait que des États ont le sentiment que la réalité les contraint à agir comme ils le font ne suffit pas à exclure qu'on interprète leurs actes comme faisant partie de la pratique des États, à condition toutefois qu'ils agissent en ayant la conviction de se conformer à ce qu'ils considèrent comme une obligation juridique [...] »); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, p. 145 (opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert) (« Une "pratique négative" des États, consistant pour ceux-ci à s'abstenir d'engager les poursuites pénales, ne saurait, en tant que telle, être considérée comme la manifestation d'une *opinio juris*. Cette abstention peut obéir à bien d'autres motivations, relevant, par exemple, de la courtoisie, de considérations politiques, de préoccupations d'ordre pratique ou de l'absence d'une compétence pénale extraterritoriale. Elle ne pourrait être à l'origine d'une règle de droit international coutumier que si elle procédait d'une décision consciente de la part des États concernés »); C. de Visscher, *supra* note 166, p. 149 (« Governments attach importance in distinguishing between custom, by which they hold themselves bound, and the mere practices often dictated by considerations of expediency and therefore devoid of definite legal reasoning. The fact that this is often a political interest is no reason for denying its significance »).

<sup>188</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 44, par. 77 (« Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine des protocoles par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition, et non par le sentiment d'une obligation juridique »); voir également *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985*, p. 13, p. 69 (opinion individuelle de M. Sette-Camara, Vice-Président) (« On peut, à l'appui du

titre d'obligation juridique et non simplement par tolérance réciproque ou par courtoisie »<sup>189</sup>. L'acceptation d'une pratique « comme étant le droit » avec des considérations d'ordre social ou économique, bien que celles-ci puissent tout à fait jouer, en particulier lors de la mise en place de la pratique en question<sup>190</sup>.

62. Il ne faut pas non plus conclure de ce que telle pratique soit (exclusivement) dictée par la nécessité de respecter des obligations conventionnelles (ou d'autres obligations de caractère extracoutumier) qu'elle est « acceptée comme étant le droit »<sup>191</sup> : que les parties à un traité agissent conformément à leurs obligations conventionnelles ne démontre généralement pas l'existence d'une *opinio juris*<sup>192</sup>. En

---

principe de distance, parler de raisons d'opportunité politique et diplomatique. Mais on ne peut pas invoquer l'*opinio juris sive necessitatis* »).

<sup>189</sup> *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, p. 58 (opinion individuelle du juge Dillard).

<sup>190</sup> Voir également *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 23 (où la Cour indique, à propos de la méthode de délimitation maritime fondée sur l'équidistance : « En somme, il est probablement exact qu'aucune autre méthode de délimitation ne combine au même degré les avantages de la commodité pratique et de l'incertitude dans l'application. Toutefois, cela ne suffit pas à transformer une méthode en règle de droit et à rendre obligatoire l'acceptation de ces résultats chaque fois que les parties ne se sont pas mises d'accord sur d'autres dispositions [...]. Juridiquement, si une telle règle existe, sa valeur en droit doit tenir à autre chose qu'à ces avantages, si importants soient-ils »; *Sud-Ouest Africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 6, p. 34 (« Des considérations humanitaires peuvent inspirer des règles de droit [...]. De telles considérations ne sont cependant pas en elles-mêmes des règles de droit. Tous les États s'intéressent à ces questions; ils y ont un intérêt, mais ce n'est pas parce qu'un intérêt existe que cet intérêt a un caractère spécifiquement juridique »).

<sup>191</sup> Voir également O. Schachter, « Entangled treaty and custom » in Y. Dinstein et M. Tabory (dir.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, (Martinus Nijhoff, 1989), p. 717 et 729; A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford University Press, 2008), p. 81 (« Practice in compliance with some other extra-customary rule will not be independent evidence of customary *opinio juris*, as was established in the *North Sea Case* »). Baxter a relevé un paradoxe à cet égard, selon lequel lorsque la reconnaissance expresse du traité augmente, le nombre d'États non parties à ce traité et dont la pratique est pertinente diminue (R. R. Baxter, « Treaties and customs », 129 *Recueil des Cours* (1970), p. 27 et 73; voir également R. Cryer, « Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study », *Journal of conflict and Security Law*, 11 (2006), p. 239 et 244 (« In some ways, it can be more difficult to appraise practice in relation to a norm that has a pre-existing treaty basis, as the practice of parties to the treaties *inter se* can be attributed to the existence of the treaty »).

<sup>192</sup> Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 44, par. 76 (« plus de la moitié des États intéressés, qu'ils aient agi unilatéralement ou conjointement, étaient, ou sont bientôt devenus, parties à la Convention de Genève et il est donc permis de supposer que leur action s'inscrivait en fait ou virtuellement dans le cadre de l'application de la Convention. On ne saurait donc légitimement en déduire qu'il existe une règle de droit international coutumier [...] »); *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952 : *C.I.J. Recueil 1952*, p. 176, p. 199 et 200 (« au cours de l'ensemble de cette période [de 150 ans], la juridiction consulaire des États-Unis a été en fait fondée, non pas sur la coutume ou l'usage, mais sur les droits conventionnels [...] [les éléments examinés par la Cour] ne suffise[nt] pas pour établir que les États exerçant la juridiction consulaire en application de leurs droits conventionnels possédaient en outre un titre indépendant à cette juridiction, fondé sur la coutume ou l'usage »); *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, p. 521 (opinion dissidente du juge Jennings) (« [...] il est manifestement difficile de déceler, dans le comportement des quelques rares États qui ne sont pas parties à la Charte, le moindre indice de "pratique" pertinente en la matière. En outre, le



revanche, que tels États agissent en conformité avec un traité par lequel ils ne sont pas (encore) liés ou en appliquent les dispositions à l'égard d'États qui n'y sont pas parties peut établir l'existence de l'acceptation « comme étant le droit »<sup>193</sup>. Il peut en être également ainsi lorsque des États non parties à un traité agissent conformément aux dispositions dudit traité; ainsi de certains États non parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer<sup>194</sup>.

63. Lorsque les États peuvent « librement recourir [à un faisceau de méthodes] afin de concilier leurs intérêts respectifs », rien ne permet généralement de déceler dans l'usage de l'une ou l'autre méthode « l'*opinio juris* fondée sur la conscience qu'ont les États du caractère obligatoire de la pratique appliquée »<sup>195</sup>. En d'autres termes, « la pratique des États ne permet de formuler aucune règle générale de droit » lorsque ces États sont en mesure de choisir telle pratique qui répond à leur situation propre (et n'ont donc pas reconnu comme obligatoire telle ou telle pratique)<sup>196</sup>.

64. L'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit doit généralement être le fait des États intéressés, c'est-à-dire à la fois ceux qui se livrent à la pratique en question et ceux qui sont en mesure d'y répondre : « ou bien les États agissant de la sorte ou bien d'autres États en mesure de réagir doivent s'être comportés d'une façon qui témoigne “de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit” »<sup>197</sup>. Étant donné la réalité moderne, caractérisée

---

comportement de tous les autres États, ainsi que l'*opinio juris* dont ce comportement pourrait par ailleurs témoigner, s'explique assurément par le fait que ces États sont liés par la Charte elle-même »); *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 422, p. 479 (opinion individuelle du juge Abraham (« une telle approche ne démontre pas l'existence d'une *opinio juris*, c'est-à-dire de la conviction qu'il existe une obligation [...] en dehors de tout engagement conventionnel »); *le Procureur c. Delalić et consorts*, affaire n° IT-96-21-T, arrêt (Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 16 novembre 1998, par. 302. La Cour suprême des États-Unis a de même fait une référence, dans l'affaire *The Paquete Habana*, (1900) à l'existence d'une règle de droit international « indépendamment de tout acte public exprès, notamment conventionnel » : 175 U.S. 677, 708. Voir également P. Tomka, *supra* note 24, p. 204 (« This will not often be a problem in regard to determining whether the convention codified a pre-existing rule of law, given the extensive preparatory work and opportunities for explicit comments throughout the process of adopting a codification convention, as well as the circumstances of the adoption, which will shed light on this issue »).

<sup>193</sup> Voir, par exemple, la référence faite à la pratique du Venezuela dans l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950 : *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, p. 370 (opinion dissidente du juge Caicedo Castilla).

<sup>194</sup> Dans l'affaire *Pérou c. Chili*, portée devant la Cour internationale de Justice, l'agent du Pérou a déclaré que son pays acceptait et appliquait les règles coutumières du droit international de la mer, telles que consacrées dans la Convention du droit de la mer : *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, CR.2012/34, p. 43, par. 10 (Wagner).

<sup>195</sup> *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 127 (opinion individuelle du juge Fouad Ammoun). À moins, bien évidemment, que la règle elle-même permette d'envisager plusieurs façons de procéder.

<sup>196</sup> *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951 : *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, p. 131.

<sup>197</sup> *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, p. 109 (citation omise); voir également *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960 : *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, p. 21 (opinion dissidente du juge Chagla) (« Il faut que l'autre partie ait aussi clairement conscience d'une obligation ... »); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, p. 315 (opinion individuelle du juge Ammoun) (« un

par la multiplicité des instances multilatérales, il y aurait lieu pour compléter cette quête de ce que d'aucuns appellent « l'*opinio juris* isolée » ou y concourir, de rechercher s'il existe une « *opinio juris* concertée ou générale »<sup>198</sup>, c'est-à-dire, une certaine pratique acceptée comme étant le droit (ou non), selon un consensus général des États<sup>199</sup>. Tout comme il est plus facile d'interroger telle pratique suivie ensemble par des États, on pourrait sans doute ainsi déterminer plus facilement si les membres de la communauté internationale s'accordent effectivement ou divergent quant au caractère contraignant de telle ou telle pratique donnée.

65. Si l'idée selon laquelle il faut qu'une pratique habituelle soit acceptée comme étant le droit pour qu'elle se transforme en règle juridique est très ancienne<sup>200</sup>, la

---

usage ne contribue à la formation de la règle coutumière que si l'État qui s'en prévaut ou cherche à l'imposer et celui qui s'y soumet ou le subit ont ... l'un et l'autre conscience que cet usage est l'expression d'une obligation juridique à laquelle nul d'entre eux ne saurait se soustraire; H. Thirlway, *supra* note 38, p. 70 et 71. Des auteurs ont parfois avancé, en revanche, que c'est principalement l'*opinio juris* de soit l'un, soit l'autre des deux groupes d'États qui est la plus importante. En ce qui concerne la thèse selon laquelle c'est l'*opinio juris* des États « visés par la pratique » qui est la plus importante, on pourra consulter, par exemple, K. Wolfke, *supra* note 6, p. 44 et 47 (« For a typical custom it suffices that the acceptance of the practice as law should be presumed upon all circumstances of the case in question, above all on the attitude, hence conduct, of the accepting states to be bound by the customary rule ... It should be added that the requirement of any "feeling of duty" or "conviction" on the part of the acting state is even somewhat illogical, since what is legally important is only the reaction of other states to the practice, in particular, whether they consider it as required by law or legally permitted »); I. C. MacGibbon, « Customary international law and acquiescence », *British Yearbook of International Law*, 33 (1957), p. 115 et 126 (« The *opinio juris* is, of course, relevant to the formation of customary rights, but only from the standpoint of the States affected by the exercise of the right in question [...] »).

<sup>198</sup> Voir, par exemple, G.M. Danilenko, *supra* note 139, p. 102 à 107.

<sup>199</sup> Voir également A. Pellet *supra* note 17, p. 819 (citant plusieurs affaires, l'auteur indique que parallèlement à la pratique, la Cour internationale de Justice s'en remet généralement à une opinion générale, et non à celle d'États considérés isolément; E. Jiménez de Aréchaga, *supra* note 179, p. 11 (« [The International Court] has searched for the general consensus of States instead of adopting a positivist insistence on strict proof of the consent of the defendant State »); P. B. Casella, « Contemporary trends on *opinio juris* and the material evidence of customary international law », Conférence Amado de 2013 donnée à la Commission (le texte de la Conférence peut être obtenu auprès du Rapporteur spécial) (« *Opinio juris* is no longer to be viewed as individual opinion of one or of certain states, but presently as collective statements, issued by the international community, as a whole, or a substantial part of it »); J. Charney, « Remarks on the contemporary role of customary international law », *Proceedings of the Third Joint Conference of the American Society of International Law and the Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht* (1995), p. 21 (« Some maintain that individual States must choose to accept the norm as law. But clearly acceptance is required only by the international community and not by every individual State and other international legal persons »). Le juge Meron, dans son opinion partiellement dissidente dans *Nahimana et al. c. le Procureur* (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour le Rwanda) estime que lorsqu'un « consensus entre États n'est pas cristallisé, il n'y a à l'évidence pas de norme de droit international coutumier » (affaire n° ICTR-99-52-A, 28 novembre 2007, par. 5 à 8); voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 315, (opinion dissidente du juge Schwebel) (« [des] protestations véhémentes et [des] réserves de droit, comme le montrent les résolutions successives de l'Assemblée générale (...) empêch[ent] la naissance ou le maintien d'une *opinio juris* en sens contraire »).

<sup>200</sup> Crawford, citant l'ouvrage d'Isidore de Séville (circa 540-636 E.C.) *Etymologiae, Liber V : De Legibus et Temporibus*, chap. 3, par. 3 et 4, relève ce qui suit : « Custom as law is established by

formule latine *opinio juris sive necessitatis* est quant à elle d'origine bien plus récente. Cette formule, qui s'entend littéralement de la « conviction (ou opinion) de droit ou de nécessité »<sup>201</sup>, est « l'appellation consacrée »<sup>202</sup> de l'élément subjectif, étant généralement abrégée sous la forme « *opinio juris* », ce qui est sans doute « important en soi. On considère d'ordinaire qu'il faut qu'il existe une opinion quant au droit, selon laquelle le droit est, ou est en train de devenir, tel qu'il prescrit ou autorise telle ou telle action donnée »<sup>203</sup>.

---

moral habits, which is accepted as law when written law is lacking : it does not make a difference whether it exists in writing or reason, since reason too commits to law ... Custom is so called because it is in common usage » (J. Crawford, *supra* note 37, p. 26). On trouvera une « généalogie intellectuelle » de « l'ingrédient supplémentaire » du droit international coutumier dans E. Kadens et E. A. Young, « How customary is customary international law? », *William & Mary Law Review*, 54 (2013), p. 885 à 920.

<sup>201</sup> Thirlway a proposé la traduction ci-après, « compte tenu de son application en droit » : « l'opinion (ou la conviction) selon laquelle ce qui est en jeu est (ou, sans doute, devrait être) prescrit par le droit, ou nécessaire » (H. Thirlway, *supra* note 38, p. 57).

<sup>202</sup> S. Rosenne, *supra* note 79, p. 55.

<sup>203</sup> H. Thirlway, *supra* note 38, p. 78; voir également L. Millán Moro, *supra* note 38; R. Huesa Vinaixa, *El Nuevo Alcance de la « Opinio Juris » en el Derecho Internacional Contemporáneo* (Tirant lo Blanch, 1991). Selon certains auteurs l'*opinio juris* a un rôle plus étendu, non limité à celui que lui confère généralement le droit international coutumier : voir, par exemple, l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce intervenante)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, p. 283, par. 290 (« il ne faut pas adopter une vue très restrictive de l'*opinio juris*, en la réduisant à l'élément subjectif de la coutume et en l'éloignant des principes généraux du droit »).

66. Les auteurs qui ont tenté d'explicitier le sens et la fonction du concept d'*opinion juris* ont dû faire face non seulement à son flou linguistique et son origine incertaine<sup>204</sup>, mais aussi aux écueils d'ordre théorique auxquels se heurte de longue date toute tentative pour appréhender précisément le jeu incertain par lequel tel comportement systématique de l'État acquiert force de loi<sup>205</sup>. En particulier, d'aucuns se sont demandés si l'élément subjectif caractérise effectivement la conviction (ou l'opinion) des États ou davantage leur consentement (ou leur volonté)<sup>206</sup>. D'autres auteurs ont évoqué le « paradoxe » de l'*opinio juris*, y voyant un « raisonnement circulaire » qui laisse sans réponse la question de savoir comment de nouvelles règles de droit international coutumier peuvent se dégager si la pratique correspondante doit s'accompagner de la conviction qu'elles ont déjà force de loi<sup>207</sup>. D'autres auteurs encore ont mis en doute l'idée même que les États puissent avoir une conviction<sup>208</sup> ou que l'on puisse établir une telle motivation

<sup>204</sup> Voir, par exemple, M. Mendelson, *supra* note 124, p. 914 et 207 (« it is submitted that the linguistic incoherence of the phrase *opinion juris sive necessitatis* reflects a certain incoherence of the thought behind it [...] for its part, [it] is a phrase of dubious provenance and uncertain meaning »).

<sup>205</sup> Voir également E. Kadens et E.A. Young, *supra* note 200, p. 209, (« The central problem of custom concerns the “extra ingredient” necessary to transform a repetitive practice into a binding norm. And a central lesson of our historical discussion is that this has *always* been the central problem »).

<sup>206</sup> Comme l'a relevé la doctrine, la Cour permanente de justice internationale et la Cour internationale de Justice ont invoqué les deux notions de volonté et de conviction (voir, respectivement, *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, C.P.I.J. 1927, *Recueil des arrêts* (série A), n° 10, p. 18; *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt*, C.I.J. *Recueil* 1969, p. 3, p. 44, par. 77. Pour des tentatives pour concilier ces deux notions, voir, par exemple, la *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 30 (« It is possible to achieve an elision or apparent reconciliation of these two approaches by using such terms as “accepted” or “recognized” as law »); O. Elias, « The nature of the subjective element in customary international law », *International and Comparative Law Quarterly*, 44 (1995), p. 501 à 520.

<sup>207</sup> Voir, par exemple, H. Kelsen « Théorie du droit international coutumier », *Revue internationale de la théorie du droit*, X (1939), p. 253 et 262 à 265, in C. Leben, *Hans Kelsen : écrits français de droit international* (Presses universitaires de France, 2001), p. 61; voir également H. Taki, « *Opinio juris* and the formation of customary international law: a theoretical analysis », *German Yearbook of International Law*, 51 (2008), p. 447 et 450. (On trouvera des propositions de solution au « paradoxe » susmentionné dans T. Maluwa, « Custom, authority and law: some jurisprudential perspectives on the theory of customary international law », *African Journal of International and Comparative Law*, 6 (1994), p. 387 à 410; A. Verdross, « Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 29 (1969), p. 635 à 653; J. Tasioulas, « *Opinio juris* and the genesis of custom: a solution to the “paradox” », *Australian Year Book of International Law*, 26 (2007), p. 199 à 205; D. Lefkowitz, « (Dis)solving the chronological paradox in customary international law: a Hartian approach », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 21 (2008), p. 129 à 148; A.A. D'Amato, *supra* note 66, p. 52 et 53 ; B. D. Leppard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Implications* (Cambridge University Press, 2010), p. 112; O. A. Elias et C. L. Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law* (Kluwer Law International, 1998), p.3 à 21.

<sup>208</sup> Voir, par exemple, A. D'Amato, *supra* note 83, p. 471 (« it is an anthropomorphic fallacy to think that the entities we call states can “believe” anything; thus, there is no reason to call for any such subjective and wholly indeterminate test of belief when one is attempting to describe how international law works and how its content can be proved »); B. Cheng, « Custom: the future of general State practice in a divided world », in R.St.J. Macdonald et D.M. Johnston (dir.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff, 1983), p. 513 à 530 (« In the first place, there is the question

profonde<sup>209</sup>. Plusieurs auteurs soutiennent que l'*opinio juris* doit être regardée comme étant l'expression de principes et de morale<sup>210</sup>, d'autres contestent l'intérêt de telles considérations dans le présent contexte<sup>211</sup>. Ces débats d'école ou autres, « après » selon un auteur<sup>212</sup>, traduisent souvent de plus vives controverses touchant généralement le droit (international)<sup>213</sup>. L'élément subjectif du droit international

wether states, being legal entities, can “think”, but this is a simple matter of imputability in international law. If states can “act” and “commit illegal acts” through their agents, why can they not “think”? Are theirs all mindless acts? The next question is, can we really establish the thought of man, let alone that of a legal person? This is an old chestnut. In law, one has no difficulty in ascertaining the “intention of the parties”, the “intention of the legislator”, *mens rea*, “willfulness”, and a host of other psychological elements everyday. In law, these psychological elements need not correspond to reality. They are simply what, in lawyers' logic, are deducible from what has been said or done »).

<sup>209</sup> M. Akehurst, *supra* note 84, p. 36 (« The traditional view seeks evidence of what States believe; the present author prefers to look for statements of belief by States »); H. Taki, *supra* note 207, p. 447 (« it is possible to solve the “problem of proof” by means of inferring the inner consciousness of the acting individual from some external phenomena (for example observable conduct) »); J. L. Slama, « *Opinio juris* in customary international law », *Oklahoma City University Law Review*, 15 (1990), p. 603 et 656 (« A state's actions, express statements, consent, acquiescence, protests, or lack of protests, are all objective factors capable of manifesting *opinio juris* »).

<sup>210</sup> Voir, par exemple, R. Wolfrum, « Sources of international law », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), par. 25 (« *Opinio juris*, the belief that a certain conduct is required or permitted under international law, is in fact a conviction that such conduct is just, fair, or reasonable and for that reason is required under law »).

<sup>211</sup> Voir, par exemple, Skubiszewski, *supra* note 84, p. 838 (« The assertions of a right by one State or States, the toleration or admission by others that the former are entitled to that right, the submission to the obligation – these are phenomena that are evidence of the States' opinion that they have moved from the sphere of facts into the realm of law. For rights and duties here have a strictly and exclusively *legal* connotation, and not moral, ethical, or one dictated by courtesy of convenience »); M. Akehurst, *supra* note 84, p. 37 (« A statement that something is morally obligatory may help to create rules of international morality; it cannot help to create rules of international law »).

<sup>212</sup> I.C. MacGibbon, *supra* note 197, p.125.

<sup>213</sup> Voir également M. Mendelson, *supra* note 124, p. 177 (« One reason why the controversies have continued for so long without resolution is that the holders of different theories are able to find in the phenomenon what they want to see, thereby strengthening their pre-conceptions »); K. Wolfke, *supra* note 6, p. 44 (« the differences of opinion on this subjective element of custom are closely combined with endless disputes on what is international law in general and on the so-called “basis of binding force” of that law »); J. Klabbbers, *supra* note 128, p. 180 (« More importantly perhaps, the very idea of customary law provokes all sorts of debates not just because of the practical relevance combined with the inherent indeterminacy of the notion, but also because of its acute political relevance. It is through the sources of international law (and custom still ranks as one of the two main sources of that particular legal order) that political values are being distributed, which renders sources doctrine in general highly volatile [...] Small wonder then that sources doctrine continues to provoke debate, and small wonder then that most of the debate tends to be methodological in nature »); D.P. Fidler, *supra* note 168, p. 199 (« the problem associated with customary international law ultimately stem from competing perspectives on international relations »). Nombre de ces difficultés et controverses tiennent à une analyse temporelle de l'élément subjectif, c'est-à-dire du rôle qu'il joue à un stade précoce de la formation de telle règle, par opposition à sa formation et à sa détermination ultérieures : voir également A. Orakhelashvili, *supra* note 191, p. 80 à 84. L'observation de Cheng est particulièrement pertinente dans le présent contexte : « contrary to a rather prevalent view, *opinio juris* is not necessarily the recognition of the binding character of a pre-existing rule in which case the question arises as to the origin of the pre-existing rule itself. In a horizontal legal system like international law, where the subjects are also the law-makers,

coutumier a cependant « suscité davantage de difficultés en théorie qu'en pratique »<sup>214</sup> et les joutes théoriques auxquelles il a pu donner lieu en doctrine ont rarement empêché son application en pratique<sup>215</sup>.

67. La Cour internationale de Justice a utilisé diverses expressions pour désigner l'élément subjectif résultant de l'expression « acceptée comme étant le droit » découlant de son statut. On peut citer à cet égard les formules suivantes : « le sentiment d'un devoir juridique »<sup>216</sup>; « la conviction que [la] pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit [...] le sentiment d'une obligation juridique »<sup>217</sup>; une « reconnaissan[ce] [de] la nécessité »<sup>218</sup>; « la conviction de la nécessité »<sup>219</sup>; « la croyance au respect dû à cette pratique de long usage »<sup>220</sup>; « une volonté [...] une conscience commune qui traduisait la conviction [...] sur [un]

---

*opinio juris* is simply what the subject/law-maker at any given moment accepts as law, as general law... »; B. Cheng, « On the nature of sources of international law », in B. Cheng (dir.) *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1988), p. 203 et 223.

<sup>214</sup> H.W. Briggs, *supra* note 174, p. 730 [l'auteur ajoute ce qui suit : « Theoretical difficulties involved in the determination of these elements [required for the establishment of a rule of customary international law] or of the methods and procedures by which customary rules of international law are created or evolve from non-obligatory practice often receive more attention than the fact that in a given case courts have relatively little difficulty in determining whether or not an applicable rule of customary international law exists » (p. 729)]; voir également la *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 30 (« [...] in the real world of diplomacy the matter [of the subjective element in customary international law] may be less problematic than in the groves of Academe »); S. Yee, « The news that *opinio juris* is not a necessary element of customary [international] law is greatly exaggerated », *German Yearbook of International Law*, 43 (2000), p. 227 et 230 (« The idea of *opinio juris* remains the chief culprit in creating confusion among scholars and practitioners of international law in general, but this is probably more so among legal theorists »); C. de Visscher, *supra* note 66, p. 149 (note de pas de page 29) (« [...] proving the existence of the psychological element of custom does not present the insurmountable difficulties sometimes alleged »); E. Jiménez de Aréchaga, *supra* note 179, p. 24 (où l'auteur indique, à propos de l'argument selon lequel il est difficile d'obtenir la preuve de l'existence de l'*opinio juris* dans des affaires concrètes, que « cette difficulté est sans doute un peu exagérée »); H.W.A. Thirlway, *supra* note 81, p. 47 (« The precise definition of the *opinio juris*, the psychological element in the formation of custom, the philosopher's stone which transmutes the inert mass of accumulated usage into the gold of binding legal rules, has probably caused more academic controversy than all the actual contested claims made by States of the basis of alleged custom, put together »); I. Brownlie, *supra* note 121, p. 21 (« in practice the question of proof does not present as much difficulty as the writers have anticipated »); *Restatement of the Law, Third Foreign Relations Law of the United States* (1987), §102, note 2 du rapporteur (« Most troublesome conceptually has been the circularity in the suggestion that law is built by practice based on a sense of legal obligation [...] Such conceptual difficulties, however, have not prevented acceptance of customary law essentially as here defined »).

<sup>215</sup> On trouvera dans J. Kammerhofer, « Law-making by scholars », in Y. Radi et C. Brölmann (dir.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making* (Edward Elgar, à paraître), un exposé de la thèse selon laquelle la théorie pure, en ce qui concerne par exemple les caractéristiques que devrait ou pourrait revêtir le droit international coutumier, ne modifie nullement le droit.

<sup>216</sup> *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, p. 286.

<sup>217</sup> *Plateau continental de la mer du Nord; arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 44, par. 77.

<sup>218</sup> *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, p. 60 (opinion individuelle du juge Wellington Koo).

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 121 (opinion dissidente du juge Chagla).

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 82 (opinion dissidente du juge Armand-Ugon).

droit »<sup>221</sup>; « le sentiment général [...] sur le caractère obligatoire de [la pratique] »<sup>222</sup>; « la conscience [] de se soumettre à une obligation juridique » ou « la conscience du caractère obligatoire de la règle »<sup>223</sup>; « la conviction qu'elles [les parties] appliquent la loi »<sup>224</sup>; « la conviction, une conviction de droit, dans l'esprit des [États], [qu'ils ont accepté la pratique] comme une règle de droit à l'application de laquelle [ils] ne sauraient désormais se soustraire »<sup>225</sup>. D'autres juridictions, ainsi que des États, ont de même eu recours à diverses formules pour désigner cette prescription « psychologique », « qualitative », « immatérielle » ou encore « comportementale » du droit international coutumier<sup>226</sup>. D'une manière générale, toutes ces formules sembleraient cependant exprimer une idée commune, à savoir l'acceptation par les États du fait que leur comportement ou celui des autres est conforme au droit international coutumier. « La conviction, l'acquiescement, la reconnaissance tacite et le consentement ont ceci en commun – qu'ils expriment tous l'attitude subjective des États à l'égard soit de leur propre comportement, soit de celui d'autres États, au regard du droit international »<sup>227</sup>.

68. L'élément dit « subjectif » constitutif du droit international coutumier renvoie ainsi à la condition selon laquelle la pratique en question doit s'être « manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit [international coutumier] ou une obligation juridique est en jeu »<sup>228</sup>. Encore que la formule *opinio juris* se soit sans aucun doute imposée pour désigner cet élément<sup>229</sup>,

<sup>221</sup> Ibid.

<sup>222</sup> *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, p. 370 (opinion dissidente du juge Caicedo Castilla).

<sup>223</sup> *Plateau continental de la mer du Nord; arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 104 et 103 (opinion individuelle du juge Ammoun).

<sup>224</sup> *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, p. 90 (opinion dissidente du juge Moreno Quitana).

<sup>225</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, p. 306 (opinion individuelle du juge Ammoun).

<sup>226</sup> Voir, par exemple, *United Parcel Service of America Inc c. le Gouvernement du Canada* (CNUDCI, sentence, 22 novembre 2002), par. 97 (« a sense of obligation »); Chambre préliminaire des chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, affaire pénale n° 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), décision concernant le recours formé contre l'ordonnance des cojuges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010, par. 53 (« [...] *opinio juris*, ce qui signifie que ce que font et ce que disent les États représente la loi »); voir également *Mémorandum du Secrétariat*, p. 17 et 18 [« La Commission définit souvent l'élément subjectif de la coutume comme étant la conviction qu'ont les États d'être liés par une règle obligatoire [...] À certaines occasions, [elle a parlé de] l'élément subjectif [en utilisant différents termes...] » (citations omises)].

<sup>227</sup> R. Müllerson, *supra* note 85, p. 163 ; voir également H. Waldock, *cours general de droit international public*, 106 *Recueil des Cours* (1962), p. 49 (« [...] the ultimate test [in ascertaining a rule of customary international law] must always be: "is the practice accepted as law?" This is especially true in the international community, where those who participate in the formation of a custom are sovereign States who are the decision-makers, the law-makers within the community. Their recognition of the practice as law is in a very direct way the essential basis of customary law »).

<sup>228</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 43, par. 74; voir également K. Wolfke, *supra* note 6, p. 44 (« such practice must give sufficient foundation for at least the presumption that the states concerned have accepted it as legally binding »).

<sup>229</sup> Sans doute à tort, comme l'estime Crawford, voir J. Crawford, *supra* note 37, p. 25 ; Wolfke relève que cette expression latine reste largement utilisée mais l'estime trompeuse, précisant ce qui suit : « [m]isunderstandings arise because this term, having a definite meaning in history of legal theory, is applied by contemporary authors and, as has been seen, even by the

on lui a préféré l'expression : « acceptée comme étant le droit »<sup>230</sup>. La Cour internationale de Justice, reprenant le libellé de son statut, a utilisé cette dernière expression dans l'affaire du *Droit de passage*, l'une des premières où elle s'est intéressée à la méthode de détermination du droit international coutumier, concluant que « eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, [elle considérait] que cette pratique a[vait] été acceptée [] comme étant le droit »<sup>231</sup>. L'utilisation de cette expression tirée du Statut permet dans une large mesure de surmonter le « paradoxe » susmentionné de *l'opinio juris*.

69. Compte tenu de ce qui précède, nous proposons le projet de conclusion ci-après :

## Projet de conclusion 10

### *Rôle de l'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit*

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

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

70. *Preuve d'une pratique acceptée « comme étant le droit »*. Pour établir l'existence de toute règle de droit international coutumier, on doit pouvoir distinguer les raisons qui inspirent telle ou telle pratique : « ce n'est qu'en objectivant le concept d'*opinio* que celui-ci peut réellement concourir à la difficile tâche d'établir une distinction entre "droit" coutumier et "pratique non juridique" »<sup>232</sup>. En pratique, le comportement des États établit effectivement

---

[International] Court, with different connotations or shades of meaning » : K. Wolfke, *supra* note 6, p. 45 et 46. Voir cependant R. Müllerson, *supra* note 85, p. 164 (« Depending on a context we may speak of will, consent, consensus, belief, acquiescence, protest, estoppel, or maybe even something else. However, as the term *opinio juris* is so well entrenched in international legal practice and literature, it would hardly be wise to try to get rid of it »).

<sup>230</sup> Voir également I.C. MacGibbon, *supra* note 197, p. 129 (« [As compared with the term "*opinio juris*",] [t]he phrase "accepted as law", however, may admit of interpretation in senses which more accurately reflect the actual processes of evolution from practice or usage to custom, whether viewed from the standpoint of the exercise of rights or that of the performance of obligations »); C. Santulli, *supra* note 37, p. 50 (« Le statut de la Cour internationale de Justice considère en son Article 38 que la coutume est une pratique acceptée. Ainsi le statut rompt-il avec une tradition qui aimait présenter l'*opinio juris sive necessitatis* comme la conscience d'obéir à une règle de droit »); A. Pellet, *supra* note 17, p. 819 (où l'auteur, se référant aux travaux préparatoires de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38 et à la pratique de la Cour, indique ce qui suit : « acceptation » is not necessarily restricted to the will of the States but to an « acceptance », which can be interpreted less strictly »); K. Skubiszewski, *supra* note 84, p. 839 et 840.

<sup>231</sup> *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, p. 40 (« Cette pratique s'étant maintenue sur une période de plus d'un siècle un quart, sans être affectée par le changement de régime survenu dans le territoire intermédiaire lorsque l'Inde eût acquis son indépendance, la Cour considère, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, que cette pratique a été acceptée par les parties comme étant le droit et a donné naissance à un droit et à une obligation correspondante »).

<sup>232</sup> J.L. Slama, *supra* note 209, p. 656; voir également M.E. Villiger, *supra* note 84, p. 48.



l'existence d'une pratique acceptée comme étant le droit ou permet d'en ingérer l'existence. Ainsi, certaines pratiques peuvent en soi rapporter la preuve de l'*opinio juris*, ou, autrement dit, servir à la fois à fonder la pratique et à la faire accepter comme étant le droit<sup>233</sup>. Ainsi, « quel que soit le comportement des États [...] leur pratique repose sur deux éléments ou aspects : un comportement visible, observable de l'État (ou de tout autre sujet de droit international) et l'élément subjectif sous-tendant ce comportement, qui peut être implicitement présent dans l'acte proprement dit ou communiqué aux autres États par différents actes constituant, à leur tour, une pratique étatique d'une autre nature ». En tout état de cause, il importe que le juge distingue entre les deux éléments<sup>234</sup>.

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

<sup>233</sup> Voir également *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 246, p. 299 (« [l]a présence [de règles coutumières] dans l'*opinio juris* des États se prouve par voie d'induction en partant de l'analyse d'une pratique suffisamment étoffée et convaincante, et non pas par voie de déduction en partant d'idées préconstituées a priori »); *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, p. 305 (opinion individuelle du juge Petrén) (« Le comportement de ces États [qui ont procédé à des essais nucléaires atmosphériques] prouve que leurs gouvernements n'ont pas été d'avis que le droit international coutumier interdit les essais nucléaires atmosphériques »); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, p. 147 (opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert, juge ad hoc); E. Jiménez de Aréchaga, *supra* note 179, p. 24 (« A large amount of what is described as the material element of State practice contains in itself an implicit subjective element, an indication of *opinio juris* »); M. Bos, *supra* note 144, p. 30 (« In general, it may be said that anything within the bracket of State practice may serve as evidence of [] "general practice accepted as law" »); J. Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (Routledge, 2011), p. 63 (« In one sense, all that states do or omit to do can be classified as "state practice", because their behaviour is what they do. State behaviour in a wider sense, however, is also our only guide to what they want or believe to be the law »); M. Koskenniemi, « Theory: Implications for the Practitioner », in *Theory and International Law: An Introduction* (The British Institute of International and Comparative Law, 1991), p. 3 et 15 (« In legal practice, there exists no way to ascertain the presence or absence of the subjective element which would be separate from the ascertainment of the existence of consistent conforming behaviour »); B. Conforti et B. Labella, *supra* note 52, p. 32 (« The subjective element [...] ties together all the many different types of State conduct »); K. Zemanek, *supra* note 77, p. 292 et 293 (« separating material recording "State practice" from material recording *opinio juris*, though theoretically perhaps desirable, is practically impossible because the first may, through its language, evidence the second »); H. Thirlway, *supra* note 38, p. 58, 62 et 70 (« Since the *opinio juris* is a state of mind, there is an evident difficulty in attributing it to an entity such as a State; and it is thus to be deduced from the State's pronouncements and actions, particularly the actions alleged to constitute the "practice" element of the custom »).

<sup>234</sup> R. Müllerson, *supra* note 84, p. 344. La Cour internationale de Justice a également évoqué, par exemple, « une pratique dénotant la croyance » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, p. 108, par. 206). Mais voir M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press, 2005), p. 388 (« we cannot automatically infer anything about State wills or beliefs – the presence or absence of custom – by looking at the State's external behaviour. The normative sense of behaviour can be determined only once we first know the "internal aspect" – that is, how the State itself understands its conduct [...] doctrine about customary law is indeterminate because circular. It assumes behaviour to be evidence of the *opinio juris* and the latter to be evidence of which behaviour is relevant as custom »).

consacrant une obligation juridique, d'autre part, et entre ceux où la pratique considérée d'un comportement « sur le terrain » et une pratique verbale.

72. Généralement, la seule adhésion à telle ou telle règle ne vaut pas *opinio juris* : « cette pratique ne prouve pas nécessairement que les acteurs se sentent tenus d'une obligation juridique »<sup>235</sup>. Selon la Cour internationale de Justice, « le fait d'avoir agi ou de s'être engagé à agir d'une certaine façon ne prouve rien sur le plan juridique »<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> A.M. Weisburd, *supra* note 67, p. 9; voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 423 et 424 (opinion dissidente du juge Shahabuddeen) (« Il faut également savoir qu'il ne suffit pas de prouver des actes ou des omissions dont on prétend qu'ils constituent une pratique des États mais qu'il faut encore les interpréter. Le fait que des États ont le sentiment que la réalité les contraint à agir comme ils le font ne suffit pas à exclure qu'on interprète leurs actes comme faisant partie de la pratique des États, à condition toutefois qu'ils agissent en ayant la conviction de se conformer à ce qu'ils considèrent comme une obligation juridique »).

<sup>236</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 44, par. 76.

73. De même, on a dit que de nombreux actes concordants<sup>237</sup> ou observés pendant longtemps<sup>238</sup> suffiraient à établir l'*opinio juris*; mais il n'en est rien. S'il est vrai qu'ils peuvent conduire à l'acceptation de telle ou telle pratique comme étant le droit<sup>239</sup>, ces actes n'incarnent pas en soi cette acceptation. Comme l'a fait remarquer la Cour, « même si pareille attitude avait été beaucoup plus fréquente [...] ces actes, même considérés globalement, ne suffiraient pas en eux-mêmes à constituer l'*opinio juris* [...] Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent »<sup>240</sup>.

74. Par suite, une pratique acceptée comme étant le droit ne devrait généralement pas se prouver par la pratique même que le droit international coutumier est censé prescrire. Dans le même ordre d'idées, le même comportement ne devrait pas servir dans un cas à prouver à la fois la pratique et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit<sup>241</sup>. Appliquer cette règle à telle pratique qui n'en est pas réellement une

<sup>237</sup> Voir, par exemple, *Droit d'asile (Colombie/Pérou), arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, p. 336 (opinion dissidente du juge Azevedo) (« des autres cas concordants dont la multitude révèle nettement une *opinio juris* »); la déclaration du Portugal dans l'arrêt relatif à l'affaire du droit de passage sur territoire indien : « il serait impossible de prétendre que cette constance et cette uniformité n'attestent pas la conviction d'un devoir juridique (*opinio juris sive necessitatis*) » (*Droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, p. 11); H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (Stevens, 1958), p. 380 (« À moins que l'action des tribunaux n'ait pour effet de réduire la valeur juridique de la plus puissante source de règles du droit international, à savoir le comportement des États, il semble que le principe à observer en la matière soit de considérer tout comportement uniforme des gouvernements (ou, dans certains cas, leur abstention) comme témoignant d'une *opinio necessitatis juris*, sauf s'il est établi que ledit comportement était indépendant d'une telle intention. »), cité dans l'affaire *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 246 et 247 (opinion dissidente du juge Sørensen).

<sup>238</sup> *Droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J., Recueil 1960*, p. 6, p. 83 (opinion dissidente du juge Armand-Ugon) (« Un fait observé pendant de longues années, comme dans le cas présent, obtient une force obligatoire et revêt le caractère d'une règle de droit »).

<sup>239</sup> *Droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J., Recueil 1960*, p. 6, p. 40 (« Cette pratique s'étant maintenue sur une période de plus d'un siècle un quart, sans être affectée par le changement de régime survenu dans le territoire intermédiaire lorsque l'Inde eut acquis son indépendance, la Cour considère, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, que cette pratique a été acceptée par les Parties comme étant le droit et a donné naissance à un droit et à une obligation correspondante. »); et p. 82 (opinion dissidente du juge Armand-Ugon) [« Un fait répété continuellement, pendant une longue durée, loin d'affaiblir cet usage, le fortifie davantage; un rapport naît entre ce fait et la volonté des États qui l'ont autorisé. La répétition de ces faits réitérés, qui revêtent une grande ancienneté, donne lieu de la part de l'État qui l'exécute et de la part de l'État qui les tolère à la croyance au respect dû à cette pratique de long usage (Art. 38.1 b) du Statut de la Cour »].

<sup>240</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 44, par. 77; voir aussi *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie), C.P.I.J. 1927, Recueil des arrêts* (série A), n° 10, p. 28; Chambre préliminaire des Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, *Affaire pénale n° 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38)*, décision concernant le recours formé contre l'ordonnance des cojuges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010, par. 53 (« Ce n'est pas parce que la pratique des États est abondante que l'on peut présumer l'existence d'une *opinio juris* »).

<sup>241</sup> Voir également M.H. Mendelson, *supra* note 71, p. 206 et 207 (« What must, however, be avoided is counting the same act as an instance of both the subjective and the objective element. If one adheres to the "mainstream" view that it is necessary for both elements to be present, and in particular for the subjective element to be accompanied by "real" practice, this must necessarily preclude treating a statement as both an act and a manifestation of belief (or will) »);

permettrait également d'exclure que des déclarations abstraites puissent en soi être génératrices de règles de droit<sup>242</sup>.

75. *Manifestations de la pratique acceptée « comme étant le droit »*. « Bien que difficile, déterminer l'*opinio* est chose possible (la tâche en étant considérablement facilitée par les principes modernes de rédaction) »<sup>243</sup>. Lorsqu'il déclare expressément que telle ou telle règle est obligatoire en tant que droit international coutumier, l'État, donne d'emblée « la preuve la plus éclatante qu'il se considère lié par ce principe ou cette règle, ou est tenu de l'appliquer à partir de cet instant »<sup>244</sup>. À l'inverse, lorsqu'il déclare que telle règle ne relève pas du droit international coutumier, l'État constate l'absence d'*opinio juris*. La revendication de tel État de droits ou obligations dérivant du droit international (coutumier) (ou leur contestation) peut, notamment, prendre la forme de déclaration officielle formulée par le gouvernement ou un ministre de ce gouvernement<sup>245</sup>, d'actions et de conclusions en justice, de lettres de transmission par lesquelles le gouvernement saisit le parlement d'un projet de loi<sup>246</sup>, une déclaration faite conjointement par des États par la voie d'un document officiel ou de prises de position formulées lors de conférences multilatérales telles que les conventions de codification ou les débats à l'Organisation des Nations Unies<sup>247</sup>. Les protestations diplomatiques, en particulier,

M. Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law* (Cambridge University Press, 1999), p. 136 à 141.

<sup>242</sup> Voir également M.E. Villiger, *supra* note 84, p. 19 [« Since such fears [that one body, or conference, could “make” law through abstract statements of State representatives] are justified, we may first attempt a synthesis of views, proceeding from Judge Read’s argument that “claims may be important as starting points”. Clearly, the conditions for the formation of customary law are such that one instance of practice, or a few instances in one occasion, cannot create law. Rather, a qualified series of instances is required, and statements at a conference would lose any value if they were not followed by uniform and consistent practice. Equally clearly however, these conditions serve as adequate safeguards, and the fear of instant customary law hardly warrants attaching further conditions to the single instances of practice » (références omises)].

<sup>243</sup> M.E. Villiger, *supra* note 84, p. 50.

<sup>244</sup> L.B. Sohn, *supra* note 179, p. 235 ; voir également *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, p. 122 et 123, par. 55; M.E. Villiger, *supra* note 84, p. 50 (« the express statement of a State that a given rule is obligatory (or customary, or codificatory), furnishes the clearest evidence as to the State’s legal conviction »).

<sup>245</sup> Voir, par exemple, *Droit d’asile (Colombie/Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950, p. 266, p. 337 (opinion dissidente du juge Caicedo Castilla); *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, p. 74 et 75 (opinion individuelle du juge Ammoun); *Le Procureur c. Tadić*, affaire n° IT-94-1, arrêt relatif à l’appel de la défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence (Chambre d’appel du TPIY), 2 octobre 1995, par. 100, 105, 113, 114, 120 à 122.

<sup>246</sup> Voir également *Mondev International Ltd v. United States of America* CIRDI, sentence du 11 octobre 2002, par. 111 (« Whether or not explanations given by a signatory government to its own legislature in the course of ratification or implementation of a treaty can constitute part of the travaux préparatoires of the treaty for purposes of its interpretation, they can certainly shed light on the purposes and approaches taken to the treaty, and thus can evidence *opinio juris* »).

<sup>247</sup> Voir, par exemple, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du génocide, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1951, p. 15, p. 26; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, p. 48 (opinion individuelle collective des juges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda) (« Dans un domaine où la pratique est contradictoire et imprécise, est-il possible, est-il raisonnable de

« peuvent mettre en lumière, et souvent le font, l'avis du droit sur les questions traitées par les États concernés : dans cette mesure, elles peuvent rapporter la preuve de l'acceptation de telle ou telle pratique comme étant le droit »<sup>248</sup>.

76. On peut également déceler la preuve de la pratique acceptée comme étant le droit (ou son inexistence) de diverses autres pratiques<sup>249</sup>, selon le cas d'espèce sachant que « pour une coutume donnée, il suffit que l'acceptation de la pratique comme étant le droit puisse se déduire de toutes les circonstances de l'espèce, mais surtout de l'attitude, et donc de la conduite, des États acceptant d'être liés par cette règle coutumière »<sup>250</sup>. Comme dans le cas de la pratique (voir *supra*, par. 41), loin d'être exhaustive la liste ci-après vient renseigner sur le type de documents dont l'élément subjectif peut résulter :

a) Correspondance intergouvernementale (diplomatique)<sup>251</sup> : mémorandum des missions diplomatiques adressé au ministre des affaires étrangères de l'État auprès duquel elles sont accréditées ou échange de notes entre gouvernements. Ici, il faut interroger la langue utilisée dans son contexte pour déterminer si l'État exprime une opinion sur l'existence d'une règle de droit<sup>252</sup>;

b) Jurisprudence des tribunaux internes<sup>253</sup> : elle traduit clairement un sentiment d'obligation juridique. On procédera cependant en toute prudence, dans la

---

considérer comme dénuées de toute pertinence les indications relatives à ce que les États sont prêts à revendiquer ou disposés à accepter, telles qu'elles ressortent des positions qu'ils ont adoptées en vue ou en prévision d'une conférence visant la codification et le développement progressif du droit en la matière? [...] Le moins que l'on puisse dire est [...] que ces déclarations de même que les propositions écrites déposées par les représentants des États ne sont pas sans importance quand il s'agit de déterminer quel est, selon ces États, le droit en ce qui concerne la compétence en matière de pêcheries et quelle est leur *opinio juris* sur un point qui est régi par le droit coutumier ». *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43, p. 329, (opinion individuelle du juge Tomka); E. Jiménez de Aréchaga, *supra* note 179, p. 14 et 24 (« the deliberations in a plenipotentiary conference itself, even before and independently of the adoption of a convention, may themselves result in the emergence of a consensus of States which, followed by their actual practice, crystallizes in a customary rule [...] The express or implicit indications of *opinio juris* are particularly significant and frequent when a State participates in the process of a codification and progressive development of international law under United Nations auspices »).

<sup>248</sup> I.C. MacGibbon, *supra* note 197, p. 124.

<sup>249</sup> Voir également *Mémorandum du Secrétariat*, p. 21 et 22 (« La Commission interroge diverses sources pour analyser l'élément subjectif en vue d'identifier une règle de droit international coutumier »); *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States* (1987), par. 102, commentaire c) (« La preuve explicite d'un sentiment d'obligation juridique (au moyen de conclusions officielles par exemple) n'est pas nécessaire; l'*opinio juris* peut se déduire d'actes ou d'omissions »).

<sup>250</sup> K. Wolfke, *supra* note 6, p. 44.

<sup>251</sup> Voir, par exemple, *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951 : C.I.J. Recueil, 1951, p. 116, p. 135 et 136; *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960, p. 6, p. 42.

<sup>252</sup> Voir, par exemple, *Droit d'asile (Colombie/Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950, p. 266, p. 371 (opinion dissidente du juge Caicedo Castilla).

<sup>253</sup> Voir également *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, p. 135, par. 77; (où l'élément subjectif est attesté par « les positions de divers États et la jurisprudence d'un certain nombre de juridictions nationales, qui ont clairement indiqué qu'elles considéraient que le droit international coutumier exigeait de reconnaître l'immunité »); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du*

mesure où il peut être « [...] difficile de déterminer si ce sentiment d'obligation juridique découle du droit international, du droit interne ou de l'interprétation interne du droit international »<sup>254</sup>. Ce n'est que lorsque cette jurisprudence applique la règle en question d'une manière qui atteste, essentiellement suivant sa logique, que celle-ci est acceptée comme prescrite par le droit international coutumier, que cette jurisprudence pourrait présenter quelque intérêt comme preuve de l'acceptation « comme étant le droit »;

c) Opinion des conseillers juridiques des gouvernements sur ce qui est ou n'est pas conforme au droit international coutumier<sup>255</sup> : Dès lors qu'elle est adoptée par le Gouvernement comme obligation légale<sup>256</sup>;

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

e) Mémoires internes de représentants de l'État : Instructions du ministère des affaires étrangères à l'intention de ses diplomates<sup>257</sup>;

---

*Congo c. Belgique*), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, p. 76 (opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal); Tribunal spécial pour le Liban, affaire n° STL-11-01/I, décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications (Chambre d'appel), 16 février 2011, par. 100.

<sup>254</sup> P.M. Moremen, *supra* note 112, p. 274 ; voir également *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, p. 171 et 172 (opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert) (« Même le fait qu'une législation nationale exige la présence de l'accusé ne reflète pas nécessairement l'existence d'une *opinio juris* selon laquelle cette présence serait requise en droit international. Les décisions internationales doivent être interprétées avec beaucoup de prudence. »). M. Hmoud a également appelé l'attention sur ce point dans l'intervention qu'il a faite l'année dernière, déclarant que les « décisions judiciaires nationales sont une importante source de doctrine mais qu'elles doivent faire l'objet d'une étude approfondie, les tribunaux nationaux appliquant en général les mécanismes juridiques internes de l'État concerné et manquant parfois d'expérience ou de ressources pour déterminer les règles de droit international coutumier (3183<sup>e</sup> séance, 19 juillet 2013).

<sup>255</sup> Voir, par exemple, *le Procureur c. Galić*, affaire n° IT-98-29-A, arrêt (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 30 novembre 2006, par. 89.

<sup>256</sup> En effet, il convient de garder présent à l'esprit que ces avis ne deviennent pas nécessairement ceux du gouvernement, et que dans certains cas, comme la Commission l'a déjà indiqué : « the efforts of legal advisers are necessarily directed to the implementation of policy » (*Annuaire de la Commission du droit international, 1950*, vol. II, p. 372, puis « [n]or would a reproduction of such opinions be of much value unless it were accompanied by an adequate analysis of the history leading up to the occasion with reference to which they were given »).

<sup>257</sup> Voir, par exemple, *Droit d'asile (Colombie/Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950, p. 266, p. 372 (opinion dissidente du juge Caicedo Castilla).

f) Traités (et leurs travaux préparatoires) : Ils pourraient également démontrer l'existence d'une pratique acceptée « comme étant de droit »<sup>258</sup>, quand on sait « [le]s conventions restent encore une forme d'expression très importante de la conscience juridique des peuples »<sup>259</sup>. En l'occurrence, cette conscience juridique (qu'il s'agisse de la convention dans son ensemble ou de certaines de ses dispositions) doit exister en dehors du traité et non uniquement dans le cadre dudit traité : pour que tel traité puisse attester l'*opinio juris*, il faut établir que les États (et les organisations internationales), parties ou non, se considèrent liés par les dispositions du traité comme règles de droit, indépendamment du traité<sup>260</sup>. Il en est sans doute ainsi du traité qui a pour but, exprès ou tacite, de déclarer le droit international coutumier<sup>261</sup> : alors « le traité est la preuve indubitable de la volonté des États [parties au Traité], exempte des ambiguïtés et incohérences qui caractérisent l'assemblage hétéroclite de preuves de la pratique étatique qui sert d'ordinaire à prouver l'état du droit international »<sup>262</sup>. Autrement dit, le fait que les États acceptent (dans le cadre du traité, pendant les négociations préalables, au moment de son adoption ou après) que le traité ou certaines de ses dispositions sont

<sup>258</sup> *Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951* : C.I.J. Recueil 1951, p. 116, p. 148 (opinion individuelle du juge Alvarez); voir aussi A. T. Guzman et T. L. Meyer, « Customary International Law in the 21st Century », in R. A. Miller et R.M. Bratpies, *Progress in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 207 (« looking to treaties as evidence of customary international law can remain a valuable practice [...] because treaties can send credible signals as to what rules states believe to be binding on non-parties »).

<sup>259</sup> *Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951* : C.I.J. Recueil 1951, p. 116, p. 148 (opinion individuelle du juge Alvarez); voir aussi A. T. Guzman et T. L. Meyer, « Customary International Law in the 21st Century », in *Progress in International Law*, R. A. Miller et R.M. Bratpies, éd. (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 207 (« looking to treaties as evidence of customary international law can remain a valuable practice [...] because treaties can send credible signals as to what rules states believe to be binding on non-parties »).

<sup>260</sup> Ainsi, comme l'affirme Weisburd, « it does not follow that conclusion of a treaty necessarily implies *opinio juris*, that is, that the parties believe that the treaty's provisions would legally bind them outside the treaty »; (A.M. Weisburd, *supra* note 67, p. 24). Bien entendu, les traités peuvent être considérés comme attestant du droit international coutumier ou contribuer à sa formation non seulement au regard des règles qu'ils consacrent, mais aussi du droit coutumier des traités.

<sup>261</sup> Comme l'explique Baxter, « The declaratory treaty is most readily identified as such by an express statement to that effect, normally in the preamble of the instrument, but its character may also be ascertained from preparatory work for the treaty and its drafting history »: R.R. Baxter, *supra* note 191, p. 56 ; voir également K. Wolfke, *supra* note 119, p. 36 (« if a treaty contains an express, or even an indirect, recognition, of an already existing customary rule, such recognition constitutes additional evidence of the customary rule in question »). Weisburd explique à juste titre ce qui suit : « Even when this type of statement [that the treaty is declarative of custom] is an inaccurate description of the state of the law as of the date of the treaty's conclusion, it amounts to an explicit acknowledgment by the parties to the treaty that they would be legally bound to the treaty's rules even if the treaty did not exist »: A.M. Weisburd, *supra* note 67, p. 23. Plus important, toutefois : « complex considerations [...] have to be taken into account in determining whether, and if so to what extent, a new rule embodied in a codification convention may be regarded as expressive of an existing or emerging norm of customary law. Any such rule has to be analyzed in its context and in the light of the circumstances surrounding its adoption. It also has to be viewed against the background of what may be a rapidly developing State practice in the sense of the new rule » (I. Sinclair, « The impact of unratified Codification Convention », in A. Bos et H. Siblesz (dir.), *Realism in Law-making: Essays on International Law in Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), p. 211 et 220).

<sup>262</sup> R.R. Baxter, *supra* note 191, p. 36.

déclaratoires d'un droit international coutumier existant, peut constituer une preuve évidente de l'acceptation « comme étant de droit »<sup>263</sup>. Toutefois, « il faut comparer les preuves de la pratique des parties réunies dans le traité à toutes les autres preuves [conformes ou non] de droit international coutumier, conformément à la procédure normale employée pour attester de l'existence du droit international coutumier », en particulier « la pratique ou les déclarations antérieures des États concernés »<sup>264</sup>. Que les États intéressés aient effectivement signé ou ratifié le traité et que les parties puissent formuler des réserves aux dispositions du traité peut également servir à établir l'*opinio juris*<sup>265</sup>, mais n'indique pas forcément qu'elle est absente, coutume et traité pouvant coexister indépendamment l'un de l'autre<sup>266</sup>.

<sup>263</sup> Voir également A.M. Weisburd, *supra* note 67, p. 25 (« a treaty is not evidence of *opinio juris* if the parties expressly deny in the treaty text and *opinio juris* as to the legal status of the treaty's rules outside the instrument [i.e. the treaties declare themselves as entered into by the parties purely as an act of grace]. The issue is one of the parties' beliefs. But if belief is the key issue, it would seem to follow that a treaty may deny *opinio juris* even without an express statement to that effect if the treaty contains other evidence demonstrating that the parties would not see the treaty's rules as binding but for the treaty. This is not to say that such treaties are not binding as treaties, or to say that such denials of *opinio juris* in the treaty would preclude the emergence of a customary rule on the subject outside the treaty. It is only to say that one cannot consider such a treaty itself to be evidence of the customary law status of the rules it establishes »).

<sup>264</sup> R.R. Baxter, *supra* note 191, p. 43 et 44 ; voir également G.M. Danilenko, *supra* note 139, p. 154 (« it should be emphasized that codifying conventions, even those which expressly state that they embody existing customary law, can never be considered as conclusive evidence of customary law »). Ainsi que la Cour l'a déclaré dans un autre contexte : « dans le domaine du droit international [...] coutumier il ne suffit pas que les parties soient du même avis sur le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle. La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des États est confirmée par la pratique » : *Activités militaires et paramilitaires (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, p. 98, par. 184.

<sup>265</sup> Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 38 et 39, par. 63, et p. 42, par. 72; et voir p. 130 (opinion individuelle du juge Fouad Ammoun) (« la faculté de subordonner à des réserves la mise en œuvre [disposition d'un traité] implique l'absence chez les signataires de la Convention de l'*opinio juris sive necessitatis*. Celle-ci suppose, en effet, la conscience du caractère obligatoire de la règle. Et c'est l'évidence même qu'on ne peut pas se sentir obligé par une règle quand on se réserve le droit de ne pas l'appliquer »); voir, par exemple, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253, p. 305 (opinion individuelle du juge Petrén) (qui fait observer que par un traité qui peut être dénoncé, les signataires montr[ent] qu'ils rest[ent] d'avis que le droit international coutumier n'interdi[t] pas [l'obligation visée dans le traité] »). *Nahimana et consortis c. le Procureur*, affaire n° ICTR-99-52-A, arrêt (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour le Rwanda, 28 novembre 2007 (opinion partiellement dissidente du juge Meron), par. 5 (« The number and extent of the reservations reveal that profound disagreement persists in the international community as to whether mere hate speech is or should be prohibited, indicating that Article 4 of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination and Article 20 of the International Covenant on Civil and Political Rights do not reflect a settled principle. Since a consensus among states has not crystallized, there is clearly no norm under customary international law criminalizing mere hate speech »); *Immunité diplomatique des domestiques* (Cour suprême autrichienne), OGH 6 Ob 94/71, arrêt du 28 avril 1971, SZ 1971 n° 44/56, 204.

<sup>266</sup> S'agissant des réserves (et de la dénonciation), voir également R.R. Baxter, *supra* note 191, p. 47 à 53 ; *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 44 (« [Conclusion] 22. The fact that a treaty permits reservations to all or certain of its provisions does not of itself create a presumption that those provisions are not declaratory of existing customary law »); *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 197 et 198 (opinion dissidente du juge Morelli). S'agissant de la ratification (ou non) des conventions de codification comme preuve de l'acceptation d'une pratique comme étant de droit, voir, par



Quoi qu'il en soit, « une règle conventionnelle n'est une bonne preuve de l'*opinio juris* aux fins du droit coutumier qu'au regard des faits essentiellement. Il faut examiner les déclarations, les prétentions et la conduite de l'État [...] »<sup>267</sup> pour établir son existence. Il faut également rechercher si la répétition de dispositions analogues ou identiques dans un grand nombre de traités bilatéraux peut être le signe d'une pratique acceptée « comme étant le droit ». Ici aussi, il faudrait envisager la disposition (et le traité dans laquelle elle figure) dans son contexte et à la lumière des circonstances de son adoption, et ce d'autant que « [l]a multiplicité de ces traités [...] est en quelque sorte une arme à double tranchant »<sup>268</sup> : « la concordance même d'un nombre considérable de traités ne constitue pas en soi une preuve ni même une présomption suffisante de la reconnaissance par l'ensemble de la communauté internationale de ces traités comme preuve du droit coutumier général. Au contraire, dans plusieurs cas, ces traités semblent déroger à la règle générale »<sup>269</sup>;

g) Résolutions d'organes délibérants d'organisations internationales, tels que l'Assemblée générale des Nations Unies et le Conseil de sécurité de l'ONU, et résolutions de conférences internationales. L'*opinio juris* peut se déduire de l'attitude des États à l'égard de textes non contraignants ayant pour but, exprès ou tacite, d'affirmer une règle de droit positif, attitude dont on trouve l'expression dans le vote (pour, contre, abstention), l'adhésion à un consensus ou l'adoption de déclarations sur la résolution<sup>270</sup>. Cette déduction doit s'opérer « avec la prudence

---

exemple, I. Sinclair, *supra* note 261, p. 227 (« it is fair to say that even sparsely ratified codification conventions may well be looked upon, in general, as providing some evidence of *opinio juris* on the subject-matter involved. The quality of the evidence will depend on the provenance of the particular provision which may be in issue. If the *travaux préparatoires* of a specific codification convention demonstrate that a particular provision was adopted at the codification conference on a sharply divided vote, and that the controversy thus engendered may have led a number of States to refuse to participate in the convention, there is clearly a strong case for discounting the value of that provision in the context of later codification efforts »).

<sup>267</sup> O. Schachter, *supra* note 191, p. 735.

<sup>268</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (deuxième phase), arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, p. 306 (opinion individuelle du juge Ammoun).

<sup>269</sup> K. Wolfke, *supra* note 119, p. 35 ; voir également *Ahmadou Sadio Diallo, (République de Guinée c. République démocratique du Congo), Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 582, p. 615 (« 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. »); J.L. Kunz, *supra* note 56, p. 668 (« Treaties may, under different circumstances, be evidence for the fulfillment of both conditions, and, under other circumstances, evidence against it »); K. Wolfke, *supra* note 93, p. 9 et 10; H. Thirlway, *supra* note 38, p. 71 ; *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 47 et 48 (« There is no presumption that a succession of similar treaty provisions gives rise to a new customary rule with the same content »).

<sup>270</sup> Voir, par exemple, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, p. 99, 100 et 101 (« Cette *opinio juris* peut se déduire entre autres, quoique avec la prudence nécessaire, de l'attitude des parties et des États à l'égard de certaines résolutions de l'Assemblée générale [...]. L'effet d'un consentement au texte de telles résolutions peut [...] s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolution et prises en elles-mêmes. [...] [L]e fait que les États ont adopté [une résolution] fournit une indication de

nécessaire »<sup>271</sup>, les États pouvant dans les faits avoir diverses raisons de consentir (ou non) au texte d'une résolution. En effet, « l'adhésion à une résolution déclaratoire de droit [...] doit s'apprécier à la lumière des conditions dans lesquelles cette adhésion a été donnée. Il n'est pas du tout évident que le fait pour tel État de voter pour telle résolution déclaratoire de droit constitue en soi une preuve décisive de la conviction que la résolution exprime une règle de droit »<sup>272</sup>. Comme la Cour

---

leur *opinio juris* sur le droit international coutumier en question. ». *Le Procureur c. Tadić*, affaire n° IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 2 octobre 1995, par. 111 et 112; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, sentence arbitrale (1977), ILR, vol. 62, p. 140 et 189 (« [...] the said Resolutions, if not a unanimous source of law, are evidence of the recent dominant trend of international opinion concerning the sovereign right of States over their natural resources [...] »); *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company c. Gouvernement de la République arabe libyenne*, sentence arbitrale (1977), ILR, vol. 53, p. 389, 491 et 495; P. Tomka, *supra* note 24, p. 210 et 211; H.W.A. Thirlway, *supra* note 81, p. 65 (« It is suggested [...] that in fact the discussions, and the statements made on behalf of member States in the discussions, will almost always be of greater relevance than the resolution »); A. Pellet, *supra* note 17, p. 817 et 825 (« In the case of ascertaining a customary rule of general international law [...] it is suggested that [...] [resolutions adopted by the organs of international organizations] belong more to the manifestation of the *opinio juris* than to the formation of a practice [...] in assessing their legal value, the important element is not what *they* say, but what *the States* have had to say about them »); J.E. Alvarez, *supra* note 133, p. 260 (« GA resolutions can be an efficient mechanism for finding [...] *opinio juris*, especially as compared to the annoying tendency of states to omit any discussion of the concept in their bilateral diplomatic discourse »); Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire du Conseil des droits de l'homme (24 décembre 2012), A/HRC/22/44, par. 43; voir également les conclusions de la commission de l'Institut de droit international sur l'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative relatives aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies (1987, consultables à l'adresse [www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1987\\_caire\\_02\\_fr.PDF](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1987_caire_02_fr.PDF)) : « Une résolution déclaratoire de droit a pour but d'affirmer une règle de droit existante. En particulier, elle peut être un moyen de détermination ou d'interprétation du droit international, constituer un élément de preuve d'une coutume internationale ou énoncer des principes généraux de droit » (conclusion 4); « Une résolution peut constituer la preuve du droit coutumier ou d'un de ses éléments constitutifs (pratique créatrice de coutume, *opinio juris*), en particulier lorsque telle a été l'intention des États en adoptant la résolution ou lorsque les procédures suivies ont conduit à l'élaboration de l'énoncé d'une règle de droit » (conclusion 20); « La preuve [d'une coutume internationale] fournie par une résolution n'est pas irréfragable » (conclusion 21). Selon Rosenne : « [t]o establish whether a given State has in fact consented to that resolution, in whole or in part, close examination of all the proceedings in the body which adopted the resolution is needed. » (S. Rosenne, *supra* note 79, p. 112).

<sup>271</sup> *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, p. 99, par. 188; et voir p. 182 (opinion individuelle du juge Ago) (« De même, je ne puis qu'exprimer des doutes quant à l'idée qui transparaît parfois dans l'arrêt [...] selon laquelle on peut voir dans l'acceptation de certaines résolutions ou de certaines déclarations formulées dans le cadre des Nations Unies ou de l'Organisation des États américains, ainsi que dans un autre contexte, une preuve concluante de l'existence, chez ces États, d'une *opinio juris* concordante ayant la valeur d'une véritable règle coutumière internationale »); voir également les directives 3.1.5.3 et 4.4.2 du *Guide de la pratique sur les réserves aux traités de la Commission* (2011).

<sup>272</sup> O. Schachter, *supra* note 191, p. 730; voir également S. Rosenne, *supra* note 79, p. 112 (« As often as not a vote is an indication of a political desideratum and not a statement of belief that the law actually requires such a vote or contains any element of *opinio juris sive necessitates* [...] or that the resolution is a statement of law »); L. Hannikainen, *supra* note 128, p. 138

internationale de Justice l'a observé, « les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. Pour savoir si cela est vrai d'une résolution donnée de l'Assemblée générale, il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif »<sup>273</sup>. S'il est indispensable d'examiner la teneur et les circonstances entourant l'adoption de la résolution, on peut soutenir qu'en général, lorsqu'une résolution est adoptée avec « un nombre non négligeable de voix contre et d'abstentions », il n'existe pas d'*opinio juris* générale quant à son caractère normatif; autrement dit, la résolution « n'établit pas encore l'existence d'une *opinio juris* »<sup>274</sup>. De même, toute résolution adoptée à l'unanimité (ou à une majorité écrasante et représentative) peut constituer la preuve d'une conviction juridique générale<sup>275</sup>. En outre, lorsque tel État non seulement s'abstient de soulever quelque objection à l'adoption de telle résolution déclaratoire de droit mais prend également une part active à cette adoption, l'« acceptation comme étant le droit » de son contenu normatif peut tout à fait lui être attribuée<sup>276</sup>. Enfin, « des résolutions successives [contenant des déclarations constantes] peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle »<sup>277</sup>; là encore, évidemment, tout dépend des circonstances de l'espèce<sup>278</sup>.

(« The overwhelming majority of resolutions of international organizations are formally recommendations only. This is well known to States – they may have very different reasons to vote for a resolution. Those reasons may include political expediency and the desire not to be singled out as a dissenter. Even if a resolution employs legal terminology and speaks of all States' obligations, a State's affirmative vote cannot be taken as a definitive proof of *opinio juris* »).

<sup>273</sup> *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 254 et 255; voir également l'opinion résumée du Tribunal des réclamations États-Unis/Iran dans l'affaire *Sedco* (1986) : « United Nations General Assembly resolutions are not directly binding upon States and generally are not evidence of customary law. Nevertheless, it is generally accepted that such resolutions in certain specified circumstances may be regarded as evidence of customary international law or can contribute – among other factors – to the creation of such law » (*ILM*, vol. 25, p. 629, p. 633 et 634).

<sup>274</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996* p. 226, p. 255, par. 71.

<sup>275</sup> Voir également *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, p. 79 (opinion individuelle du juge Ammoun); *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, p. 235 et 236 (opinion individuelle du juge Al-Khasawneh); J. Barboza, *supra* note 119, p. 5 (« The probability of such type of [General Assembly normative resolutions] to serve as a declaration of customary law, or as the basis for the formation of a custom depends, precisely, on the majority behind it. If obtained by unanimity, or by consensus, they represent the international opinion better than multilateral treaties, having a relatively restricted membership »).

<sup>276</sup> *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, p. 133, par. 264.

<sup>277</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 255, par. 70; voir également p. 532 (opinion dissidente du juge Weeramantry) (« Les déclarations de l'Assemblée générale, organe représentatif principal de la communauté internationale, n'ont peut-être pas, en elles-mêmes, valeur de norme de droit mais lorsque [...] elles sont réitérées [...] elles [peuvent] confort[er] [une idée de ce qu'est une règle de droit

international coutumier] »); *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, p. 236 (opinion individuelle du juge Al-Khasawneh) (« [un très grand nombre de résolutions adoptées à une majorité écrasante ou par consensus allant toujours dans le même sens], sans être contraignantes, n'en produisent pas moins des effets juridiques et attestent de la constance de l'*opinio juris* de la communauté internationale »); *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 6, p. 292 (opinion dissidente du juge Tanaka) (« Nous ne pouvons évidemment pas admettre que des résolutions, déclarations, arrêts, décisions, etc., aient isolément force obligatoire pour les États membres de l'organisation [internationale]. Ce que le droit international coutumier exige, c'est la répétition d'une même pratique; par suite, il faut en l'espèce que des résolutions, déclarations, etc., sur la même question aient été adoptées à plusieurs reprises par la même organisation ou par plusieurs organisations. On doit noter en même temps que, chaque résolution, déclaration, etc., étant l'émanation de la volonté collective des États participants, la volonté collective de la communauté internationale peut certainement se manifester plus rapidement et plus fidèlement que ne le permettait le processus normatif traditionnel. Ce système collectif cumulatif et organique de création de la coutume représente, pour ainsi dire, un moyen terme entre la législation par convention et le processus traditionnel de création de la coutume et l'on peut constater qu'il joue un rôle important dans l'évolution du droit international. En résumé, on peut dire que, lorsque les organes compétents de la communauté internationale font connaître leur position par une accumulation de résolutions, déclarations, décisions, etc., qui constituent des interprétations autorisées de la Charte, il faut y voir la preuve d'une coutume internationale au sens de l'Article 38, par. 1 b), du Statut »); E. Suy, « Innovation in international law-making processes », in R. St. John Macdonald et autres (dir.), *The International Law and Policy of Human Welfare* (Sitjhoff & Noordhoff, 1978), p. 187 et 190 (« [*opinio juris*] may also arise [...] through the mere repetition of principles in subsequent resolutions to which states give their approval »). Mais voir S. Rosenne, *supra* note 79, p. 112 (« There is a tendency today for the agendas of international organs to be excessively repetitive, and the repeated voting is an inert reflex from a policy decision when the issue was first brought up for discussion. »). Cf. *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 12, p. 99 (opinion individuelle du juge Ammoun, Vice-Président) (« L'Assemblée générale a affirmé la légitimité de cette lutte [pour la libération de la domination étrangère] dans au moins quatre résolutions, [...] dont l'ensemble constitue déjà une coutume ») et p. 121 (opinion individuelle du juge Dillard) (« [M]ême si une résolution isolée de l'Assemblée générale n'a pas force obligatoire, l'effet cumulatif de nombreuses résolutions d'un contenu semblable, votées par une forte majorité et fréquemment réitérées pendant un certain laps de temps, peut devenir l'expression d'une *opinio juris* et constituer ainsi une norme de droit coutumier international. »).

<sup>278</sup> Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 254 et 255 et p. 319 et 320 (opinion dissidente du juge Schwebel) (« [Le fait que les résolutions de l'Assemblée générale] ont été adoptées à des majorités variables, malgré une opposition puissante, constante et qualitativement importante [...] [et que] cette opposition [...] regroupe des États qui représentent une bonne partie du pouvoir économique et militaire dans le monde et un pourcentage important de sa population suffit à ôter toute valeur juridique aux résolutions [de l'Assemblée générale] en question. [...] [L]e fait que l'Assemblée générale ait adopté des résolutions successives de la même veine [...] montre plutôt ce que le droit n'est pas. Leur répétition, face à une opposition considérable et durable, note le caractère inopérant de ces résolutions tant sur le plan de la formation du droit que sur le plan des effets pratiques. »); *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, p. 435 et 436 (opinion dissidente du juge Barwick) (« Il se peut que [...] les résolutions des Nations Unies et autres expressions de l'opinion internationale, quelque fréquentes, nombreuses et vigoureuses qu'elles puissent être, soient insuffisantes pour justifier la thèse que le droit coutumier [entérine] dès maintenant [telle ou telle règle]. »); voir également S. Rosenne, *supra* note 79, p. 112 (« Consensus is a particularly misleading notion, as frequently the formal element of no vote will conceal the many reservations buried away in the records, and it often only means agreement on the words to be used and on their place in the sentence, and absence

77. *L'abstention comme preuve de l'élément subjectif.* L'« acceptation comme étant le droit » peut également résulter de l'inaction ou de l'abstention, lorsque ces comportements valent assentiment ou acquiescement à la pratique considérée<sup>279</sup>. Selon G. Fitzmaurice : « L'absence d'opposition, cela va de soi, n'a d'importance que dans la mesure où elle permet de présumer le consentement, l'acquiescement ou la tolérance de la part des autres États intéressés; en soi, elle n'emporte pas nécessairement cette présomption. Il n'en est ainsi que si une opposition est nécessaire pour éviter qu'en son absence il y ait présomption de consentement ou d'acquiescement. Tel n'est pas le cas, en particulier, lorsque la pratique ou l'usage en question n'ont pas été portés à la connaissance d'autres États ou, à tout le moins, lorsqu'ils manquent de la notoriété qui peut faire présumer leur connaissance; tel n'est pas le cas non plus lorsque la pratique ou l'usage en question se présentent sous une forme telle que, rationnellement, il est impossible pour les autres États de connaître leur véritable nature<sup>280</sup>. »

78. La pratique contraire à la règle (c'est-à-dire celle incompatible avec la règle coutumière présumée) peut attester l'absence d'« acceptation comme étant le droit »<sup>281</sup>, de même qu'elle peut empêcher de regarder telle pratique comme constante. Cependant, toute pratique non conforme à une règle peut venir confirmer

---

of agreement, or even disagreement, on their meaning and on the intent of the document as a whole. »); *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 59.

<sup>279</sup> Voir, par exemple, *Interprétation des traités de paix (deuxième phase), avis consultatif : C.I.J. Recueil 1950*, p. 221, p. 242 (opinion dissidente du juge Read) (« Le fait qu'aucun État n'a pris cette position [à savoir qu'il serait loisible à une partie au différend d'empêcher que ce différend soit arbitré, en recourant à l'expédient consistant à s'abstenir de désigner un représentant à la commission] apporte la confirmation la plus forte à la pratique ou à l'usage international, en matière d'arbitrage, qui a été exposé plus haut. »); *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 232 (opinion dissidente du juge Lachs); *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición* (Cour suprême argentine), causa No 16.063/94, 2 novembre 1995, par. 90; voir également K. Wolfke, *supra* note 6, p. 48 (« toleration of a practice by other states, considering all relevant circumstances, justifies the presumption of its acceptance as law. »); J.I. Charney, « Universal International Law », *American Journal of International Law*, 87 (1993), p. 529 et 536. Selon les termes du juge Hudson, « le fait pour les États de ne pas avoir à l'époque contesté cette conception [de l'État qui a agi selon laquelle la pratique était rendue obligatoire par une règle de droit] » est un des éléments constitutifs de la coutume internationale : M.O. Hudson, *supra* note 181, p. 609.

<sup>280</sup> G. Fitzmaurice, *supra* note 174, p. 33 ; voir aussi *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, C.P.I.J. 1927, Recueil des arrêts (série A), n° 10, p. 28 (« [C]'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience [des États] d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. »); *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 42, par. 73 (« On ne saurait s'appuyer sur le fait que la non-ratification puisse être due parfois à des facteurs autres qu'une désapprobation active de la convention en cause pour en déduire l'acceptation positive de ces principes : les raisons sont conjecturales mais les faits demeurent. »). Selon les termes de G. Danilenko : « Under existing international law, absence of protest implies acquiescence only if practice affects interests [(direct or indirect)] and rights of an inactive state » : G.M. Danilenko, *supra* note 139, p. 108.

<sup>281</sup> Voir, par exemple, *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, p. 305 (opinion individuelle du juge Petrén) (« Le comportement de ces États [qui ont procédé à des essais nucléaires atmosphériques] prouve que leurs gouvernements n'ont pas été d'avis que le droit international coutumier interdit les essais nucléaires atmosphériques. »).

l'existence d'une *opinio juris* si la conduite est justifiée en des termes qui vont à l'appui de la règle coutumière<sup>282</sup>.

79. La preuve de l'« acceptation d'une pratique comme étant le droit » par un État (ou une organisation internationale) peut pêcher par défaut de constance; ainsi, « dans un même État, les pouvoirs exécutif et judiciaire peuvent avoir des avis différents sur la question : il est alors d'autant plus difficile d'y discerner l'existence d'une quelconque *opinio juris* en ce sens »<sup>283</sup>. Comme pour la pratique, cette ambivalence est de nature à nuire à l'intérêt de l'*opinio juris* de cet État (ou organisation intergouvernementale) s'agissant de déterminer si telle règle de droit international coutumier existe ou non.

80. Nous proposons le projet de conclusion ci-après :

### **Projet de conclusion 11**

#### *Preuve de l'acceptation comme étant le droit*

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

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

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

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

## **VII. Futur programme de travail**

81. Comme nous l'avons annoncé précédemment<sup>284</sup>, notre troisième rapport, à paraître en 2015, sera l'occasion de poursuivre la réflexion sur les deux éléments constitutifs de la coutume internationale (« une pratique générale », « acceptée comme étant le droit ») ainsi que les rapports qu'ils entretiennent l'un avec l'autre au vue de l'évolution des travaux sur le sujet en 2014. Nous reviendrons plus en

<sup>282</sup> *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, p. 106, 108 et 109 (par. 202 et 207).

<sup>283</sup> *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil, 2002, p. 3, p. 171 (opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert).

<sup>284</sup> Voir *supra* note 1, par. 102.

détail sur certains aspects évoqués dans le présent rapport, en particulier le rôle de traités, des résolutions issues d'organisations internationales et de conférences internationales, et des organisations internationales en général. Nous y envisagerons également les notions d'« objecteur persistant », de droit international coutumier « spécial » ou « régional » et de « coutume bilatérale ».

82. Comme nous l'avons rappelé dans notre premier rapport, à ses première et deuxième sessions tenues en 1949 et en 1950, respectivement, la Commission du droit international, conformément à l'article 24 de son statut, a examiné le sujet intitulé « Moyens permettant de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier ». Cet examen a débouché sur une série de recommandations, adoptées par l'Assemblée générale qui sont d'actualité aujourd'hui encore<sup>285</sup>.

83. Ainsi qu'il est dit plus haut, l'éparpillement et le siège de la pratique (et de l'*opinio juris*) demeurent une importante question d'ordre pratique dans le monde d'aujourd'hui<sup>286</sup>. Aussi proposons-nous d'assortir le projet de conclusions d'indications quant aux sources à interroger et aux méthodes à suivre pour établir la pratique et son acceptation comme étant le droit. Il s'agirait de décrire les diverses sources constatant la pratique et l'*opinio juris*, notamment les recueils et autres publications des États mais aussi les ouvrages consacrés à la pratique dans tels ou tels domaines du droit international.

84. Nous envisageons toujours de présenter notre rapport final en 2016, accompagné de projets de conclusions et de commentaires révisés à la lumière des débats et des décisions qui auront été prises en 2014 et 2015, même si nous convenons avec certains membres de la Commission que c'est là un programme de travail ambitieux.

---

<sup>285</sup> Voir également *Mémorandum du Secrétariat*, par. 9 à 11; *supra* note 1, par. 9.

<sup>286</sup> Voir, par exemple, S. Rosenne, *supra* note 79, p. 58 à 61 ; O. Corten, *supra* note 176, p. 149 à 178.

## Annexe

### **Projets de conclusions sur la détermination du droit international coutumier**

#### **Partie I Introduction**

##### **Projet de conclusion 1**

###### *Portée*

1. Les présents projets de conclusions intéressent la méthodologie à suivre pour déterminer l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier.
2. Les présents projets de conclusions sont sans préjudice de la méthodologie concernant d'autres sources du droit international et les questions relatives aux normes impératives de droit international (*jus cogens*).

##### **Projet de conclusion 2**

###### *Emploi des termes*

Aux fins des présents projets de conclusions :

- a) L'expression « droit international coutumier » s'entend des règles de droit international qui découlent et sont l'expression d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;
- b) L'expression « organisation internationale » s'entend de toute organisation intergouvernementale;
- c) ...

#### **Partie II Deux éléments constitutifs**

##### **Projet de conclusion 3**

###### *Approche fondamentale*

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

##### **Projet de conclusion 4**

###### *Appréciation de la preuve*

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



### **Partie III**

#### **Pratique générale**

##### **Projet de conclusion 5**

###### *Rôle de la pratique*

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

##### **Projet de conclusion 6**

###### *Attribution de comportement*

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

##### **Projet de conclusion 7**

###### *Formes de pratique*

1. La pratique peut prendre diverses formes et résulte d'actes matériels et verbaux.
2. La pratique se manifeste notamment dans le comportement des États « sur le terrain », l'action et la correspondance diplomatiques, les actes législatifs, la jurisprudence interne, les publications officielles dans le domaine du droit international, les déclarations faites au nom d'États concernant telle ou telle entreprise de codification, la pratique en matière de traités et les actes résultant de résolutions adoptées par des organes d'organisations ou de conférences internationales.
3. L'inaction peut aussi valoir pratique.
4. Les actes (y compris l'inaction) des organisations internationales peuvent également valoir pratique.

##### **Projet de conclusion 8**

###### *Appréciation de la preuve de la pratique*

1. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.
2. Il convient d'envisager l'ensemble de la pratique connue de l'État. On accordera moins de poids à la pratique des organes de l'État dès lors qu'ils ne parlent pas d'une même voix.

## **Projet de conclusion 9**

*La pratique doit être générale et constante*

1. Pour concourir à constituer une règle de droit international coutumier, la pratique correspondante doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, sans être forcément universelle.
2. La pratique doit être généralement constante.
3. Il n'est prescrit aucune durée précise, pour autant que la pratique soit suffisamment générale et constante.
4. Pour déterminer l'existence d'une pratique, on prendra dûment en considération la pratique des États particulièrement intéressés.

## **Partie IV**

**« Acceptée comme étant le droit »**

## **Projet de conclusion 10**

*Rôle de l'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit*

1. La condition que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, signifie que la pratique en question s'accompagne d'un sentiment d'obligation juridique.
2. Distingue la règle de droit international coutumier de la simple habitude ou du simple usage le fait d'être acceptée comme étant le droit.

## **Projet de conclusion 11**

*Preuve de l'acceptation comme étant le droit*

1. La preuve de l'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit peut revêtir diverses formes, celles-ci pouvant varier selon la nature de la règle et les circonstances de son application.
2. Les formes de preuves comprennent, sans s'y limiter, les déclarations par lesquelles l'État affirme ce qui est ou n'est pas la règle de droit international coutumier, la correspondance diplomatique, la jurisprudence des juridictions internes, les avis des conseillers juridiques de gouvernements, les publications officielles dans les domaines du droit international, la pratique conventionnelle et les décisions touchant les résolutions des organes d'organisations internationales et de conférences internationales.
3. L'inaction peut également valoir preuve d'acceptation comme étant le droit.
4. Le fait qu'un acte (positif ou négatif) accompli par tel État établisse l'existence d'une pratique aux fins de la détermination d'une règle de droit international coutumier n'empêche pas le même acte de prouver que la pratique en question est acceptée comme étant le droit.