Nations Unies A/CN.4/659

Assemblée générale

Distr. générale
14 mars 2013
Français
Original : anglais

Commission du droit international
Soixante-cinquième session
Genève, 5 mai-7 juin et 8 juillet-9 août 2013

Formation et identification du droit international coutumier

Éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet

Mémorandum du Secrétariat

Résumé

Faisant suite à la demande formulée par la Commission du droit international à sa soixante-quatrième session, en 2012, le présent mémorandum voudrait recenser les éléments des travaux antérieurs de la Commission susceptibles de présenter un intérêt particulier aux fins de l'étude du sujet « Formation et identification du droit international coutumier ».

Après avoir évoqué en introduction certaines questions préliminaires ayant trait au mandat de la Commission et à ses travaux antérieurs sur le sujet « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », on traitera dans une première partie l'approche suivie par la Commission pour mettre en évidence le droit international coutumier et le processus de sa formation, en s'arrêtant tour à tour sur : a) l'approche générale suivie par la Commission; b) la pratique des États; c) l'élément subjectif de la coutume (*opinio juris sive necessitatis*); d) la pratique pertinente des organisations internationales; e) la jurisprudence et la doctrine sur la matière.

On envisagera en une deuxième partie, dans les grandes lignes, l'analyse que la Commission fait de la place du droit coutumier dans l'ordre juridique international à savoir : a) la force obligatoire et les caractéristiques des règles de droit international coutumier (y compris les règles régionales, les règles créant des obligations *erga omnes* et les règles du *jus cogens*); b) les rapports entre droit international coutumier et traités; c) les rapports entre droit international coutumier et « droit international général ».

13-26030 (F) 300413 020513

Merci de recycler

Table des matières

		Page
I.	Introduction	3
	A. Codification et développement progressif	3
	B. Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier	5
II.	Identification et formation du droit international coutumier	6
	A. Approche générale	6
	B. Pratique des États	9
	1. Caractéristiques de la pratique des États	9
	2. Sources interrogées par la Commission pour analyser la pratique des États	14
	C. Élément subjectif de la coutume (*opinio juris sive necessitatis*)	17
	1. Caractéristiques de l'élément subjectif	18
	2. Sources interrogées par la Commission pour analyser l'élément subjectif	22
	D. Intérêt de la pratique des organisations internationales	24
	E. Intérêt de la jurisprudence et de la doctrine	25
III.	Place du droit international coutumier dans l'ordre juridique international	29
	A. Force obligatoire et caractéristiques des règles du droit international coutumier	29
	B. Rapports entre droit international coutumier et traités	33
	C. Rapports entre droit international coutumier et « droit international général »	36

I. Introduction

1. À sa soixante-troisième session, en 2011, la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » à son programme de travail à long terme[1]. À sa soixante-quatrième session, en 2012, elle a inscrit le sujet à son programme de travail actuel et nommé Michael Wood Rapporteur spécial[2]. À cette même session, elle a prié le Secrétariat d'établir un mémorandum recensant les aspects de ses travaux antérieurs qui pourraient présenter un intérêt particulier pour l'étude de ce sujet[3]. Pour ce faire, le Secrétariat a passé en revue les travaux de la Commission depuis 1949 pour dégager les aspects les plus révélateurs du droit international coutumier en s'intéressant principalement à ceux les plus utiles s'agissant de cerner la notion de droit international coutumier, la manière dont les normes coutumières se forment et doivent s'identifier et la place du droit coutumier dans l'ordre juridique international. Ces aspects ont été synthétisés dans le présent mémorandum sous forme d'observations accompagnées, le cas échéant, de notes explicatives.

2. Aux fins de l'élaboration du présent mémorandum, le Secrétariat s'est guidé sur deux documents préliminaires établis par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial[4] et sur le débat initial que la Commission a tenu sur le sujet à sa soixante-quatrième session[5]. Le mémorandum s'articule en deux parties, l'une étant consacrée à l'identification et à la formation du droit international coutumier, et l'autre à la place du droit coutumier dans l'ordre juridique international.

3. On notera d'emblée que les observations formulées ci-après sont le fruit de l'analyse systématique de seuls certains éléments des travaux de la Commission. Vu le mandat et les méthodes de travail de la Commission, le nombre d'éléments (rapports des rapporteurs spéciaux, débats généraux en plénière, etc.) susceptibles de présenter quelque intérêt aux fins du présent mémorandum et du sujet à l'étude était considérable. Aussi, dans un souci pratique, le Secrétariat a-t-il décidé de circonscrire essentiellement son analyse à la version finale des projets adoptés par la Commission sur les divers sujets qu'elle a examinés jusqu'à présent et aux commentaires correspondants[6], lesquels lui paraissaient les plus révélateurs de l'approche du droit international coutumier retenue par la Commission.

A. Codification et développement progressif

4. Avant d'en venir aux observations il est bon d'aborder brièvement un certain nombre de questions préliminaires liées aux travaux antérieurs de la Commission sur le droit international coutumier. On commencera par rappeler que l'analyse de

---

[1] A/66/10, par. 365 à 367. Dans sa résolution 66/98 du 9 décembre 2012, l'Assemblée générale a pris note de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission.

[2] A/67/10, par. 19.

[3] Ibid., par. 159.

[4] Voir annexe A au rapport de la Commission de 2011 (A/66/10) et note du Rapporteur spécial à la Commission, à sa soixante-quatrième session (A/CN.4/653).

[5] Voir A/67/10, par. 169 à 202.

[6] Il a également interrogé le projet d'articles sur l'expulsion des étrangers et les commentaires correspondants que la Commission a adopté en première lecture à sa soixante-quatrième session, en 2012.

ces travaux conduit forcément à s'intéresser à la distinction entre travaux de « codification » et travaux de « développement progressif ».

5. Il va sans dire que le droit international coutumier a occupé une place centrale dans les travaux de codification de la Commission. Aux termes de son statut, on entend par « codification du droit international » le fait de « formuler avec plus de précision et de systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales »[7]. À cette fin, la Commission est chargée de rédiger des projets d'articles et de les soumettre à l'Assemblée générale avec un commentaire comprenant une « présentation adéquate des précédents et autres données pertinentes, y compris les traités, les décisions judiciaires et la doctrine » et des conclusions précisant, d'une part, « l'étendue de l'accord réalisé sur chaque point dans la pratique des États et dans la doctrine » et, d'autre part, « les divergences et désaccords qui subsistent, ainsi que les arguments invoqués en faveur de chacune des thèses »[8].

6. La codification des règles internationales existantes n'est toutefois pas la seule mission confiée à la Commission, celle-ci devant aussi œuvrer au développement progressif du droit international, c'est-à-dire, toujours selon son statut, « rédiger des conventions sur des sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international ou relativement auxquels le droit n'est pas encore suffisamment développé dans la pratique des États »[9].

7. Les rédacteurs du statut ont donc envisagé codification et développement progressif comme deux concepts distincts, mais non antinonymes : la systématisation du droit existant pouvant mettre en évidence la nécessité d'élaborer une nouvelle règle et de la soumettre à l'approbation des États[10]. La Commission elle-même a toujours évité de procéder par grandes catégorisations et d'envisager tel ou tel sujet exclusivement sous l'angle de la codification ou du développement progressif[11]. Elle a ainsi fait savoir que les « distinctions que son statut établit entre les deux processus se sont révélées peu pratiques, et pourraient être supprimées si le statut était révisé »[12].

---

[7] Statut de la Commission du droit international, art. 15.

[8] Ibid., art. 20 a) et b).

[9] Ibid., art. 15.

[10] Voir rapport de la Commission pour le développement progressif et la codification du droit international, *Documents officiels de l'Assemblée générale, deuxième session, Sixième Commission*, annexe 1, par. 7.

[11] Voir, par exemple, *Annuaire de la Commission du droit international 1978*, vol. II (deuxième partie), p. 18, par. 72 (« [L]a Commission voudrait indiquer qu'elle estime que ses travaux sur les clauses de la nation la plus favorisée relèvent à la fois de la codification et du développement progressif du droit international, au sens où l'article 15 de son statut définit ces notions. Les articles qu'elle a formulés contiennent aussi bien des éléments de développement progressif du droit que des éléments de codification et, comme dans le cas de plusieurs projets antérieurs, il est difficile de dire de quelle catégorie relève chaque disposition »). Voir également *La Commission du droit international et son œuvre*, 8e éd., vol. I, 2012, p. 47 (en anglais uniquement).

[12] Voir *Annuaire … 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 90, par. 147 a). Voir également, p. 86 et 87, par. 156 à 159 (où elle déclare qu'il « est trop simple de prétendre que le développement progressif du droit international, par opposition à la codification, est associé en particulier à l'élaboration de conventions » et que c'est ainsi qu'elle « a, inévitablement, procédé à partir d'une idée composite de "codification et développement progressif" »).

8. La Commission a plus d'une fois, à l'occasion de la formulation de certaines règles, entendu distinguer clairement entre codification et développement progressif du droit international[13]. Mais il n'était pas rare non plus qu'elle ne précise pas si une telle ou telle règle relève de l'une ou l'autre opération[14]. En tout état de cause, qu'elle aille ou non jusqu'à ranger telle ou telle règle dans l'une ou l'autre catégorie, elle s'est rarement exprimée en des termes qui rendraient son analyse directement pertinente pour l'étude du droit coutumier. Le Secrétariat a donc pris le parti de retenir ici les éléments des travaux de la Commission qui semblent manifester une volonté de sa part d'établir ou d'apprécier l'existence ou l'apparition d'une règle de droit international coutumier.

B. Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier

9. Le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » dont la Commission est saisie n'est pas le premier qui intéresse directement la preuve du droit international coutumier. En 1950, à l'issue de sa deuxième session, la Commission a présenté à l'Assemblée générale un rapport sur les « Moyens de

---

[13] Voir, par exemple, *Annuaire … 1978*, vol. II (deuxième partie), p. 13, par. 54 (« La Commission a constaté que l'application de la clause [de la nation la plus favorisée] dans la sphère des relations économiques, notamment en ce qui concerne les pays en développement, n'est pas un domaine qui se prête facilement à un travail de codification du droit international au sens où l'entend son statut, car on n'y discerne pas clairement l'existence de la pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales qu'exige pour cela l'article 15 du statut »); par. 2 du commentaire du projet d'article 5 sur la protection diplomatique, A/61/10, p. 37 (où elle déclare que la pratique des États et la doctrine ne sont pas claires et que la règle a par conséquent été formulée dans le cadre du développement progressif du droit); par. 2 du commentaire du projet d'article 8 sur la protection diplomatique, A/61/10, p. 49 (« Le projet d'article 8, qui relève du développement progressif du droit, s'écarte de la règle traditionnelle […] »); et par. 5 du commentaire du projet d'article 19 sur la protection diplomatique, A/61/10, p. 100 (« Si le droit international coutumier n'a pas encore atteint ce stade de développement, alors l'alinéa a) du projet d'article 19 doit être considéré comme relevant du développement progressif »); par. 1 du commentaire de la directive 1.1.5 sur les réserves aux traités, A/66/10/Add.1, p. 80 (où elle déclare que la directive « apparaît cependant comme un élément de développement progressif du droit international puisqu'il n'existe pas de précédent clair en ce sens »); par. 5 du commentaire du projet d'article 23 sur l'expulsion des étrangers, A/67/10, p. 59 (« Par conséquent, le paragraphe 2 du projet d'article 23 relève du développement progressif à deux égards […] »); par. 1 du commentaire du projet d'article 27 sur l'expulsion des étrangers, A/67/10, p. 73 (« Le projet d'article 27 […] relève du développement progressif du droit international »); et par. 1 du commentaire du projet d'article 29 sur l'expulsion des étrangers, A/67/10, p. 75 (« Le projet d'article 29 reconnaît, au titre du développement progressif et lorsque certaines conditions sont réunies, un droit à la réadmission dans l'État expulsant au profit d'un étranger ayant dû quitter le territoire de cet État à la suite d'une expulsion illicite »). Voir également par. 5 du commentaire général sur la responsabilité des organisations internationales, A/66/10, p. 69 (« Le fait que plusieurs des présents projets d'article sont fondés sur une pratique limitée déplace le curseur entre codification et développement progressif en direction de ce dernier »).

[14] Il lui est même arrivé dans certains cas de trouver la distinction sans intérêt; voir, par exemple, par. 8 du commentaire du projet d'article 68 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 298 (« La Commission ne juge pas nécessaire de s'étendre sur la question de la nature et du fondement juridique des droits souverains reconnus à l'État riverain [sur le plateau continental]. […] Toutes ces considérations d'utilité générale suffisent à constituer le fondement du principe des droits souverains de l'État riverain, tel qu'il est maintenant formulé par la Commission »).

rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier »[15] qu'elle avait élaboré sur la base d'un document de travail établi par Manley O. Hudson[16]. Elle agissait ainsi directement en application de l'article 24 de son statut[17].

10. Dans son principe, la mise en application de l'article 24 par la Commission n'avait pratiquement rien à voir avec le présent sujet. L'objet du rapport étant avant tout de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, la Commission y recensait les recueils de textes et de documents juridiques internationaux existants et priait le Secrétariat d'établir des publications pour diffuser plus largement la documentation susceptible de présenter quelque intérêt pour l'étude de la coutume internationale[18].

11. Dans son rapport, la Commission s'est toutefois brièvement arrêtée sur la question de la portée du droit international coutumier[19]. Aux fins de l'examen du sujet qui nous intéresse, on relèvera qu'elle y déclare notamment qu'il n'est pas rare que, pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier, on s'appuie sur la formulation conventionnelle par certains États d'une norme de droit international, et que « documentation relative à la pratique des États doit être puisée à différentes sources »[20]. Nous reviendrons sur ces conclusions et d'autres aspects pertinents de l'analyse de la Commission à l'occasion des observations ci-après.

II. Identification et formation du droit international coutumier

12. Le présent chapitre est consacré à des observations sur l'approche suivie par la Commission pour identifier les règles du droit international coutumier et le processus coutumier. On envisagera dans un premier temps l'approche générale suivie par la Commission avant d'en venir à la pratique des États, à l'élément subjectif de la coutume (*opinio juris sive necessitatis*), à la pratique des organisations internationales et à la jurisprudence et à la doctrine.

A. Approche générale

Observation 1

Pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier, la Commission interroge souvent toutes les sources mettant en évidence la pratique générale des États, ainsi que leur attitude et leurs prises de

---

[15] A/CN.4/16 et Add.1.

[16] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), par. 24 et 9.

[17] L'article 24 du statut de la Commission dispose que :
« La Commission examine les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, par exemple la compilation et la publication de documents établissant la pratique des États et des décisions de juridiction nationales et internationales sur des questions de droit international, et elle fait rapport à l'Assemblée générale sur ce sujet ».

[18] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément no 12* (A/1316), p. 5 à 11.

[19] Ibid., p. 367 et 368.

[20] Ibid.

position, souvent en conjonction avec les décisions des cours et tribunaux internationaux et la doctrine[21].

13. Le commentaire du projet d'article 5 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation illustre l'approche de la Commission :

> « L'étude de tous les éléments de preuve que l'on peut tirer de la pratique générale des États, acceptée comme étant le droit, en ce qui concerne les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation – dispositions conventionnelles, positions adoptées par les États dans certains différends, décisions des juridictions et tribunaux internationaux, règles de droit élaborées par des organismes intergouvernementaux et non gouvernementaux, opinions de spécialistes et décisions des tribunaux internes dans des affaires analogues – révèle que la doctrine de l'utilisation équitable est très largement admise comme une règle générale de droit […] »[22].

---

[21] On trouvera aux sections B.2 et C.2 du présent chapitre une liste indicative de matériaux divers consultés par la Commission. Voir également, par exemple, par. 18 du commentaire du projet d'article 15 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 217 à 221 (où elle conclut, à l'appui de multiples sources, qu'un « État nouvellement indépendant n'est pas automatiquement tenu de succéder aux traités conclus par son prédécesseur »).
Des considérations d'ordre logique ou d'équité ont aussi parfois présidé à l'identification de certaines règles; voir, par exemple, par. 2 du commentaire du projet d'article 36 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, *Annuaire … 1971*, vol. II (première partie), p. 326 (où elle apprécie la pratique pertinente en procédant par analogie entre les privilèges et immunités des agents diplomatiques et ceux des représentants permanents, ainsi que les membres de leur famille et du personnel des missions); et par. 2 du commentaire du projet d'article 39 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 117 (« L'article 39 dispose que le comportement de l'État lésé ou de toute personne ou entité pour laquelle réparation est demandée doit être pris en compte pour déterminer la forme et l'étendue de la réparation. Cette disposition est conforme au principe selon lequel tout préjudice découlant d'un fait internationalement illicite doit être réparé intégralement, mais rien de plus. *Elle va aussi dans le sens du principe de l'égalité entre l'État responsable et la victime de la violation* » (*nous soulignons*)). Dans certains cas, le choix de la méthode analogique semble avoir été dicté par l'insuffisance de la pratique existante; voir, par exemple, les observations formulées au par. 2 du commentaire général des projets d'articles sur la responsabilité des organisations internationales qui traitent des circonstances excluant l'illicéité, A/66/10, p. 114 (« De plus, en ce qui concerne les circonstances excluant l'illicéité, la pratique connue n'est guère abondante pour les organisations internationales. Au surplus, certaines circonstances ne sont pas appelées à se présenter dans le cas de certaines, voire la plupart, d'entre elles, mais il ne serait guère justifié pour autant de considérer que les circonstances excluant l'illicéité du comportement d'un État ne sauraient valoir aussi pour une organisation internationale : que, par exemple, seuls les États pourraient invoquer la force majeure. Cela n'implique pas qu'il faille présumer que les conditions dans lesquelles une organisation peut invoquer une certaine circonstance excluant l'illicéité doivent être les mêmes que celles qui s'appliquent aux États »).

[22] Par. 10 du commentaire du projet d'article 5, *Annuaire … 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 103. Voir également par. 3 à 6 du commentaire du projet d'article 7 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 47 et 48 (où elle se fonde sur la pratique des États, la jurisprudence internationale et la doctrine pour établir l'existence d'une norme); par. 12 à 14 du commentaire du projet d'article 10 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie) p. 54 (« Les décisions arbitrales, ainsi que la pratique des États et la doctrine indiquent que les deux règles d'attribution positive énoncées à l'article 10 sont généralement acceptées »);

14. Cet extrait nous montre que la Commission n'a pas toujours, dans ses commentaires, distingué soigneusement entre les sources révélatrices de la pratique générale des États et celles qui sont l'expression de l'attitude ou de la position des États à l'égard d'une règle donnée[23]. On relèvera également qu'elle n'accorde pas la même valeur juridique à toutes les sources servant à identifier des règles du droit international coutumier[24].

15. Il arrive aussi à la Commission de conclure que telle règle est confirmée par la pratique des États sans aller jusqu'à exposer tout son cheminement dans les commentaires[25].

---

par. 24 et 25 du commentaire du projet d'article 10 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 41 (où elle déclare avoir trouvé des précédents de la règle formulée dans le projet d'article dans les sources qu'elle a étudiées, notamment la jurisprudence, la législation interne et la pratique conventionnelle); par. 10 à 18 du commentaire du projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 204 à 207 (où elle passe en revue la pratique des États, des différends frontaliers et la pratique conventionnelle pour établir l'existence d'une règle générale); par. 2 à 4 du commentaire du projet d'article 15 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 217 et 218 (où elle se fonde sur la pratique des États, les avis juridiques du Secrétariat, la pratique des dépositaires et la doctrine pour établir l'existence d'une règle générale); par. 1 et 8 du commentaire du projet d'article 49 sur le droit des traités, *Annuaire … 1996*, vol. II, p. 268 et 269 (où elle invoque la Charte des Nations Unies et la pratique de l'Organisation, ainsi que l'opinion de la grande majorité des juristes internationaux, pour étudier l'existence d'une règle coutumière); et par. 2 du commentaire du projet d'article 25 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 232 (« La pratique des États, la jurisprudence des tribunaux internationaux et les ouvrages de doctrine viennent apparemment à l'appui de la […] règle qui est formulée dans le présent article »).

[23] Pour un examen plus détaillé de l'analyse que la Commission fait de la pratique générale des États et de l'attitude ou de la position des États à l'égard de telle ou telle règle, voir sections B et C du présent chapitre. Voir également par. 13 du commentaire du projet d'article 16 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 55 (où elle conclut que les « règles énoncées […] sont confirmées par la pratique des États, qu'il s'agisse du judiciaire, du législatif ou de l'exécutif, ainsi que par des traités multilatéraux et bilatéraux », sans s'attarder dans son commentaire sur la distinction entre la pratique et l'attitude des États); par. 11 à 21 du commentaire du projet d'article 13 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire … 1981*, vol. II (deuxième partie), p. 32 à 34 (où, citant un certain nombre d'exemples, elle conclut que l'existence de telle ou telle règle est confirmée par la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine, sans distinguer entre les sources lui ayant permis d'établir la pratique, la conduite ou la position des États).

[24] Voir par. 24 du commentaire du projet d'article 5 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire … 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 106 (« L'analyse ci-dessus des textes et décisions évoqués, bien que nécessairement brève, indique comment s'orientent la pratique et la doctrine en la matière. Il est certain que toutes les sources citées n'ont pas la même valeur juridique. Cependant, ce recensement montre sans conteste que les règles énoncées à l'article 5 sont très largement et systématiquement appuyées »).

[25] Voir, par exemple, par. 1 du commentaire du projet d'article 22 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 276 (où elle se contente de déclarer que les règles « correspondent à la pratique prépondérante des États », sans donner davantage de précisions dans son commentaire); le commentaire du projet d'article 32 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 280 (où elle conclut, sans citer de sources, que le principe de l'immunité des navires de guerre exprimé au « paragraphe 1 est généralement adopté en droit international »); et par. 1 et 2 du commentaire du projet d'article 16 sur les relations consulaires, *Annuaire … 1961*, vol. II, p. 107 (où elle déclare, sans citer de sources dans son commentaire, qu'il lui « semble que selon un usage très répandu la préséance soit accordée aux consuls de carrière sur les consuls honoraires »).

B. Pratique des États

16. De l'aveu de la Commission, la pratique des États joue un rôle primordial dans l'identification des règles du droit international coutumier[26]. On esquissera dans la présente section les caractéristiques de cette pratique, telles que définies par la Commission, et les sources interrogées aux fins de son analyse.

1. Caractéristiques de la pratique des États

Observation 2

La Commission voit dans l'uniformité de la pratique des États un facteur déterminant de l'identification de la règle de droit international coutumier.

17. La Commission a plusieurs fois conclu de l'uniformité de la pratique des États à l'existence d'une règle de droit international coutumier[27] et, inversement, de l'absence d'uniformité à l'inexistence d'une telle règle[28] à certaines occasions.

On observera toutefois que la Commission ne procède pas toujours à l'analyse systématique de ses sources dans ses commentaires et que cette analyse peut très bien figurer dans les rapports du Rapporteur spécial ou dans les études du Secrétariat.

[26] On remarquera cependant que, d'après la Commission, on ne conclura pas forcément de l'absence de pratique à celle d'un droit ou d'un titre en droit international coutumier général; voir par. 2 du commentaire du projet d'article 57 sur la responsabilité des organisations internationales, A/66/10, p. 164 (« En réalité, la pratique n'offre pas d'exemple de contre-mesures prises par des États ou des organisations internationales non lésés contre une organisation internationale responsable. Par ailleurs, compte tenu du peu de cas dans lesquels des contre-mesures auraient pu être prises par un État ou une organisation internationale non lésés à l'encontre d'une organisation internationale, l'absence de pratique en matière de contre-mesures ne saurait aboutir à la conclusion que des contre-mesures prises par des États ou des organisations internationales non lésés seraient inacceptables »).

[27] Voir par. 1 du commentaire du projet d'article 9 sur les relations consulaires, *Annuaire … 1961*, vol. II, p. 103 (« À l'heure actuelle, la pratique des États, telle qu'elle se dégage des législations nationales et des conventions internationales, permet de constater une uniformité suffisamment large en ce qui concerne l'utilisation des quatre classes prévues à l'article 9 pour qu'il soit possible de procéder à la codification des classes des chefs de poste consulaire ») et par. 1 et 2 du commentaire du projet d'article 16 sur les relations consulaires, *Annuaire … 1961*, vol. II, p. 107 (« La pratique, pour autant que la Commission en ait été informée, permet de dégager certains usages uniformes que le présent article se propose de codifier […] Il semble que selon un usage très répandu la préséance soit accordée aux consuls de carrière sur les consuls honoraires »). Voir également par. 8 et 23 du commentaire de la directive 4.5.1 sur les réserves aux traités, A/66/10/Add.1, p. 537 et 543 (« La nullité d'une réserve non valide ne relève nullement de la *lex ferenda*; elle est solidement établie dans la pratique étatique […] La pratique étatique est très développée – et fondamentalement homogène – et ne se limite pas à quelques États particuliers »).

[28] Voir, par exemple, par. 4 du commentaire du projet d'article 35 sur les missions spéciales, *Annuaire … 1967*, vol. II, p. 401 (« La Commission a constaté toutefois que ces articles font l'objet de règlements douaniers complexes qui varient d'État à État et qu'il ne paraît y avoir aucune règle juridique universelle en la matière »); par. 2 du commentaire du projet d'article 17 sur les relations et immunités diplomatiques, *Annuaire … 1958*, vol. II, p. 97 (« L'usage n'est pas le même dans tous les pays […] La matière ne se prête pas à une réglementation trop rigide »); par. 2 du commentaire du projet d'article 36 sur les relations et immunités diplomatiques, *Annuaire … 1958*, vol. II, p. 105 (« Il est de pratique générale d'accorder aux membres du personnel diplomatique d'une mission les mêmes privilèges et immunités qu'au chef de la mission, et il n'est pas contesté que c'est une règle de droit international. Mais là s'arrête l'uniformité de la pratique des États quant aux catégories de membres du personnel d'une mission

Observation 3

La Commission voit dans le caractère généralisé de la pratique des États également un facteur déterminant de l'identification de la règle de droit international coutumier.

18. La Commission a plusieurs fois conclu du caractère généralisé de la pratique des États à l'existence d'une règle de droit international coutumier[29], et inversement d'une pratique insuffisamment généralisée à l'inexistence de telle

---

qui bénéficient des privilèges et immunités […] Dans ces conditions, on ne peut prétendre qu'il existe une règle de droit international en la matière, en dehors de celle qui a déjà été mentionnée »); projet d'article 3, par. 1, sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 265 (« La Commission reconnaît que la pratique internationale n'est pas uniforme en ce qui concerne la délimitation de la mer territoriale »); par. 2 du commentaire du projet d'article 4 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 266 (« L'expression traditionnelle « laisse de basse mer » peut revêtir des sens divers; il existe un certain nombre de critères qui, dans la pratique des divers États, servent à déterminer la ligne en question »); par. 18 du commentaire du projet d'article 14 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire … 1981*, vol. II (deuxième partie), p. 40 (« La pratique des États en matière de monnaie n'est pas uniforme, encore qu'il soit fermement établi que le privilège d'émission appartient à l'État successeur »); par. 8 et 9 du commentaire du projet d'article 11 sur les relations consulaires, *Annuaire … 1961*, vol. II, p. 105 (où elle déclare que le droit « universellement admis » de l'État de résidence de refuser l'*exequatur* est admis d'une manière implicite par l'article, tout en notant qu'en « présence de la pratique variée et contradictoire des États, il n'est pas possible de conclure à l'existence d'une règle imposant aux États l'obligation de motiver leur décision dans un tel cas »); par. 1 du projet d'article 27 sur l'expulsion des étrangers, A/67/10, p. 73 (« La Commission considère, en effet, que la pratique des États en la matière n'est pas suffisamment uniforme et convergente pour fonder l'existence, dans le droit existant, d'une règle de droit international général prévoyant l'effet suspensif du recours contre une décision d'expulsion »); et par. 1 du commentaire du projet d'article 29 sur l'expulsion des étrangers, A/67/10, p. 75 (« Bien que l'on puisse déceler la reconnaissance d'un tel droit − à des conditions variables − dans la législation de certains États et même au niveau international, la pratique n'apparaît pas suffisamment convergente pour affirmer l'existence, en droit positif, d'un droit à la réadmission en tant que droit individuel de l'étranger ayant fait l'objet d'une expulsion illicite »).

[29] Voir, par exemple, par. 1 du commentaire du projet d'article 3 sur les relations consulaires, *Annuaire … 1961*, vol. II, p. 97 (« La règle prévue dans cet article correspond à la pratique générale selon laquelle les missions diplomatiques exercent les fonctions consulaires »); par. 1 du commentaire du projet d'article 49 sur les relations consulaires, *Annuaire … 1961*, vol. II, p. 126 (où elle déclare qu'une « pratique très généralisée » peut être considérée comme une « preuve de la coutume internationale »); par. 8 et 23 du commentaire de la directive 4.5.1 sur les réserves aux traités, A/66/10/Add.1, p. 537 et 543 (« La nullité d'une réserve non valide ne relève nullement de la *lex ferenda*; elle est solidement établie dans la pratique étatique […] La pratique étatique est très développée – et fondamentalement homogène – et ne se limite pas à quelques États particuliers »); par. 1 du commentaire du projet d'article 32 sur les relations et immunités diplomatiques, *Annuaire … 1958*, vol. II, p. 103 (« Dans tous les pays, l'agent diplomatique est exempt de certains impôts et taxes et, bien que le degré d'exemption varie selon les pays, on peut considérer comme une règle de droit international que l'exemption existe sous réserve de certaines exceptions »); par. 1 du commentaire du projet d'article 22 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 276 (« Elle a estimé que ces règles correspondent à la pratique prépondérante des États et elle a donc formulé l'article 22 en ce sens »); et par. 105 du commentaire du principe IV des Principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316) (où elle déclare qu'un même principe se « trouve sous une forme ou sous une autre dans le droit criminel de la plupart des pays »).

règle[30]. Lorsqu'elle a été amenée à identifier des règles régissant des situations rares, comme la succession d'États, la Commission s'est essentiellement fondée sur la pratique des États concernés pour dégager une règle générale[31].

19. À d'autres occasions, la Commission a considéré que le caractère par trop spécifique de telle conduite ou circonstance lui ôtait sa force probante aux fins de l'identification d'une règle du droit international coutumier[32].

---

[30] Voir par. 3 et 6 du commentaire du projet d'article 54 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 147 et 149 (« La pratique dans ce domaine est limitée et encore à l'état embryonnaire […] Comme on le voit, en l'état actuel du droit international, l'incertitude plane en ce qui concerne les contre-mesures prises dans l'intérêt général ou collectif. La pratique des États est peu abondante et seul un nombre limité d'États sont concernés »); par. 13 du commentaire du projet d'article 16 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 55 (où elle déclare que la pratique issue des pays de *common law* ne devrait pas être considérée comme étant d'une « applicabilité universelle »); et par. 4 du commentaire de la directive 2.6.10 sur les réserves aux traités, A/66/10/Add.1, p. 284 (« La pratique étatique en matière de confirmation des objections est clairsemée et incertaine […] »).

[31] Voir par. 18 du commentaire du projet d'article 9 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 198 (où elle se fonde sur la pratique de certains États nouvellement indépendants pour formuler une règle de portée générale) et par. 26 du commentaire du projet d'article 32 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 268 (où elle se fonde sur la pratique limitée d'un petit nombre d'États unifiés pour formuler une règle générale); voir également par. 4 à 6 du commentaire du projet d'article 5 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire … 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 24 et 25 (où elle se fonde sur la pratique clairsemée des tribunaux internationaux pour réaffirmer « la norme de droit international existante ») et par. 1 à 3 du commentaire du projet d'article 6 du projet de code des crimes, *Annuaire … 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 25 et 26 (où elle se fonde sur une jurisprudence nationale et internationale éparse pour confirmer un principe).

[32] Voir par. 7 du commentaire du projet d'article 21 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 239 (« Cependant, le cas des anciens dominions britanniques était très peu courant, en raison tant des circonstances de leur accession à l'indépendance que de leurs relations spéciales avec la Couronne britannique à l'époque en question. Il ne faudrait donc pas tirer de ces cas la conclusion générale […] »); par. 7 du commentaire du projet d'article 29 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 259 (où elle déclare que les circonstances qui ont entouré la création d'une certaine fédération étaient « assez particulières » et ne semblaient pas constituer « un précédent valable d'où l'on puisse tirer des conclusions générales »); par. 11 du commentaire du projet d'article 34 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 273 (« [L]es faits relatifs à cette fédération extrêmement éphémère sont d'un caractère trop particulier pour constituer un précédent dont on puisse tirer une règle générale »); par. 4 du commentaire du projet d'article 8 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire … 1981*, vol. II (deuxième partie), p. 24 (où elle déclare qu'on ne « peut dégager des critères d'application générale […] des deux résolutions de l'Assemblée générale, adoptées en application d'un traité et visant exclusivement des situations particulières »); et par. 13 du commentaire du projet d'article 13 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire … 1981*, vol. II (deuxième partie), p. 32 (où elle écarte deux cas « qui n'ont pas réellement une valeur exemplaire, car si l'on peut y déceler l'application d'un principe général […] cela est dû à d'autres causes particulières et spécifiques »).

Observation 4

La Commission emploie des termes différents, pour apprécier le caractère uniforme ou généralisé de la pratique des États.

20. Au nombre des termes et expressions employés, on citera les suivants : « uniformité » ou « pratique uniforme »[33], « pratique générale »[34], « pratique répandue »[35], règle « largement respectée en pratique »[36], « pratique bien établie et généralisée »[37], « pratique bien établie »[38], « pratique certaine »[39], pratique « solidement établie »[40], « pratique constante »[41], « pratique établie »[42], « pratique prépondérante des États »[43] et « très grand poids »[44] de la pratique.

---

[33] Voir par. 1 du commentaire du projet d'article 9 sur les relations consulaires, *Annuaire … 1961*, vol. II, p. 103 (où elle évoque l'« uniformité » de la pratique des États); par. 2 du commentaire du projet d'article 36 sur les relations et immunités diplomatiques, *Annuaire … 1958*, vol. II, p. 105 (« Mais là s'arrête l'uniformité de la pratique des États […] »); par. 2 du commentaire de l'article 3 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 265 (« […] la pratique internationale n'est pas uniforme […] »); et par. 7 du commentaire de l'article 3 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 269 (où elle a « constaté une grande divergence dans la pratique internationale »).

[34] Voir par. 1 du commentaire du projet d'article 3 sur les relations consulaires, *Annuaire … 1961*, vol. II, p. 94; par. 6 du commentaire du projet d'article 22 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 243; et par. 2 du commentaire du projet d'article 52 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 272.

[35] Voir par. 2 du commentaire du projet d'article 16, par. 2 du commentaire du projet d'article 41 et par. 1 du commentaire du projet d'article 49 sur les relations consulaires, *Annuaire … 1961*, vol. II, p. 103, 121 et 115.

[36] Voir par. 2 du commentaire de la directive 2.3 sur les réserves aux traités, A/66/10/Add.1, p. 190.

[37] Voir par. 1 du commentaire du projet d'article 8 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, *Annuaire … 1971*, vol. II (première partie), p. 309.

[38] Voir, par exemple, par. 3 du commentaire de la directive 1.8 sur les réserves aux traités, A/66/10/Add.1, p. 144; par. 12 du commentaire de la directive 3.1.5.3 sur les réserves aux traités, A/66/10/Add.1, p. 394; et par. 4 du commentaire du projet d'article 50 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, *Annuaire … 1971*, vol. II (première partie), p. 334.

[39] Voir par. 12 du commentaire du projet d'article 13 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire … 1981*, vol. II (deuxième partie), p. 32.

[40] Voir par. 8 du commentaire de la directive 4.5.1 sur les réserves aux traités, A/66/10/Add.1, p. 537.

[41] Voir par. 1 du commentaire du projet d'article 21 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 63.

[42] Voir par. 8 du commentaire du projet d'article 19 sur la protection diplomatique, A/61/10, p. 103 (« Bien que les législations nationales, la jurisprudence et la doctrine révèlent une tendance […] ceci ne constitue probablement pas une pratique établie »).

[43] Voir par. 1 du commentaire du projet d'article 22 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 276.

[44] Voir par. 17 du commentaire du projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 207 (où elle déclare que la pratique des États est « d'un très grand poids » pour justifier la non-application de la règle du changement fondamental de circonstances à un traité établissant une frontière).

Observation 5

Lorsque la pratique internationale est reliée par un fil conducteur ou un thème commun[45], la présence de certaines divergences n'empêche généralement pas la Commission d'identifier une règle de droit international coutumier[46].

21. Ainsi, dans le commentaire du projet d'article 34 sur la succession d'États en matière de traités, la Commission déclare que :

> « bien que l'on puisse relever quelques divergences dans la pratique des États, cette pratique était assez uniforme pour justifier la formulation d'une règle qui disposerait, avec les réserves nécessaires, que les traités en vigueur à la date de la dissolution devraient rester en vigueur *ipso jure* à l'égard de chacun des États issus de la dissolution »[47].

22. De même, dans son commentaire du projet d'article 32 sur les relations et immunités diplomatiques, la Commission relève que « bien que le degré d'exemption [de certains impôts et taxes] varie selon les pays, on peut considérer comme une règle de droit international que l'exemption existe sous réserve de certaines exceptions »[48].

---

[45] Voir par. 11 du commentaire du projet d'article 5 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire … 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 103 (où elle déclare que même si les termes et l'optique des accords internationaux dans lesquels la doctrine de l'utilisation équitable, qu'elle qualifie de « règle générale de droit », est exprimée « varient considérablement, ils ont pour *thème unificateur* la reconnaissance des droits des parties à l'utilisation et aux avantages du cours d'eau international ou des cours d'eau internationaux considérés, droits qui sont égaux dans leur principe et corrélatifs dans leur application » (*nous soulignons*)).

[46] Pour une analyse de la manière dont la Commission applique le critère d'uniformité de la pratique des États, voir observation 2 de la section B.1 du présent chapitre.

[47] Par. 25 du commentaire du projet d'article 34 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 276.

[48] Par. 1 du commentaire du projet d'article 32 sur les relations et immunités diplomatiques, *Annuaire … 1958*, vol. II, p. 103. Voir également par. 3 du commentaire du projet d'article 29 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 279 (« La pratique existant dans les différents États est trop divergente pour être régie par les quelques critères adoptés par la Commission […] C'est pourquoi la Commission a cru bon de se borner à énoncer le principe directeur suivant lequel, pour que l'octroi de la nationalité soit généralement reconnu, il faut qu'un lien réel existe entre le navire et l'État qui octroie le pavillon […] La majorité de la Commission a toutefois préféré un critère vague à l'absence de tout critère »); par. 8 du commentaire du projet d'article 30 sur les relations consulaires, *Annuaire … 1961*, vol. II, p. 114 (où elle affirme l'inviolabilité des locaux consulaires, notant en particulier que le principe est consacré par de nombreuses conventions consulaires, même si certaines admettent l'existence de « quelques exceptions à la règle de l'inviolabilité »); par. 3 du commentaire du projet d'article 13 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 219 (où elle considère que l'affaire du *Droit de passage* montre que si « , dans des circonstances particulières, l'application de la règle peut parfois poser des problèmes difficiles, la règle existante semble être bien établie »); et par. 2 et 3 du commentaire du projet d'article 11 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire … 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 35 (« Bien que [les règles de procédure et d'administration de la preuve] varient selon les pays, tous les tribunaux doivent respecter une norme minimale en matière de droits de la défense »).

Observation 6

La Commission considère parfois que, sans être décisive, la cohérence de la pratique des États dans le temps est un facteur de la formation ou de l'existence de la règle de droit international coutumier[49].

2. Sources interrogées par la Commission pour analyser la pratique des États

Observation 7

La Commission interroge diverses sources pour analyser la pratique des États en vue d'identifier une règle de droit international coutumier.

23. Dans ses travaux, la Commission semble avoir suivi l'approche initialement envisagée dans le rapport sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier qu'elle avait soumis à l'Assemblée générale, en 1950[50]. La liste indicative des sources sur lesquelles elle s'est fondée

---

[49] Voir, par exemple, par. 18 du commentaire du projet d'article 5 sur les relations consulaires, *Annuaire … 1961*, vol. II, p. 101 (« L'alinéa *j* tend à consacrer une pratique depuis longtemps établie et selon laquelle les consuls assurent la remise aux intéressés […] des actes judiciaires »); par. 4 et 6 du commentaire du projet d'article 5 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire … 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 24 et 25 (où elle déclare que l'article réaffirme la « norme de droit international existante » et précise que « [d]ans les instruments juridiques pertinents adoptés depuis le statut du Tribunal de Nuremberg, l'ordre d'un supérieur hiérarchique a été systématiquement exclu en tant que fait justificatif »); par. 4 du commentaire du projet d'article 7 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire … 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 28 (« La possibilité pour un individu d'invoquer sa qualité officielle comme fait justificatif à l'égard d'un crime de droit international est systématiquement écartée dans tous les instruments pertinents adoptés depuis le statut du Tribunal de Nuremberg »); et par. 26 du commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (qui « reste généralement valide » d'après le commentaire de l'article 5 correspondant dans la version finale du projet d'articles sur le sujet, voir *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 23), *Annuaire … 1980*, vol. II (deuxième partie), p. 144 et 145 (« II convient d'observer […] que la règle de l'immunité des États, qui a été formulée au début du XIX^{e} siècle et a été généralement admise, en Europe, dans les pays de « common law » ainsi que dans un grand nombre de pays de droit romain au cours de ce siècle, a plus tard été adoptée en tant que règle générale du droit international coutumier solidement enracinée dans la pratique contemporaine des États. Ainsi, la règle de l'immunité des États continue à être appliquée, dans une plus ou moins large mesure, dans la pratique des pays dont la jurisprudence au XIX^{e} siècle a déjà été examinée […] Cette règle paraît être régulièrement appliquée dans d'autres pays »).Voir aussi, *a contrario*, par. 3 du commentaire du projet d'article 54 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 147 (« La pratique dans ce domaine est limitée et encore à l'état embryonnaire »).

[50] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n^{o} 12* (A/1316) (« La documentation relative à la pratique des États doit être puisée à différentes sources. La référence, dans l'article 24 du statut de la Commission, aux "documents établissant la pratique des États" (*documents concerning State practice*) ne fournit aucun critérium permettant de juger de la nature de ces "documents". D'autre part, il ne serait pas possible 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 », p. 5, par. 31). Dans son rapport, la Commission donne toutefois une liste indicative des sources qui peuvent présenter un intérêt pour l'étude du droit international coutumier, à savoir : a) les textes d'instruments internationaux; b) les décisions des cours internationales; c) les décisions des tribunaux nationaux; d) la législation nationale; e) la correspondance diplomatique; f) les avis des conseillers juridiques des gouvernements;

pour analyser la pratique des États comprend : le droit interne[51], la jurisprudence interne[52], la pratique du pouvoir exécutif[53], la pratique diplomatique[54] et la pratique conventionnelle[55].

---

g) la pratique des organisations internationales. Elle précise notamment qu'elle emploie le terme « législation nationale […] dans son sens large » comme englobant « les constitutions des États, les dispositions adoptées par leurs organes législatifs, ainsi que les règlements et déclarations promulgués par les organes exécutifs et administratifs » sans exclure « aucune des dispositions ayant un caractère de règlement qui ont pu être prises par une autorité publique » (p. 7, par. 60, sous-section consacrée à la législation nationale). Elle souligne également que les « décisions des tribunaux nationaux constituent 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 », et estime qu'il n'est « pas nécessaire de déterminer la valeur que l'on peut attribuer aux décisions des tribunaux nationaux en tant que source du droit international coutumier, par rapport aux autres genres de sources dont on dispose » (par. 54).

51 Voir, par exemple, par. 19 du commentaire du projet d'article 10 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 40 (où elle passe en revue la législation de différents États); par. 8 du commentaire de l'article 19 sur la protection diplomatique, A/61/10, p. 103 (« Bien que les législations nationales, la jurisprudence et la doctrine révèlent une tendance à limiter le droit absolu de l'État […] ceci ne constitue probablement pas une pratique établie »); par. 13 et note 164 du commentaire du projet d'article 16 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 55 (où elle précise que les règles sont confirmées par la pratique des États, y compris celle des organes législatifs); et par. 40 à 48 du commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (qui « reste généralement valide » d'après le commentaire de l'article 5 correspondant dans la version finale du projet d'articles sur le sujet, voir *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 23), *Annuaire … 1980*, vol. II (deuxième partie), p. 149 et 150 (où elle souligne que « la législation nationale constitue un élément important du concept général de la pratique des États » et procède à une analyse du droit interne pertinent).

52 Voir par. 13 à 18 du commentaire du projet d'article 10 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 37 à 39 (où elle analyse la pratique judiciaire des pays); par. 13 et note 164 du commentaire du projet d'article 16 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 55 (où elle précise que les règles sont confirmées par la pratique des États, y compris celle des organes judiciaires); par. 7 du commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (qui « reste généralement valide », d'après le commentaire de l'article 5 correspondant dans la version finale du projet d'articles sur le sujet, voir *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 23), *Annuaire … 1980*, vol. II (deuxième partie), p. 140 (« La règle générale du droit international concernant l'immunité des États s'est développée surtout à partir de la pratique judiciaire des États. Les tribunaux nationaux ont été responsables au premier chef de la croissance et du développement progressif d'un corps de règles coutumières régissant les relations entre nations dans ce domaine particulier »); et par. 3 du commentaire du projet d'article 59 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 280 (où elle se réfère à la pratique des juridictions nationales).

53 Voir par. 39 du commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (qui « reste généralement valide », d'après le commentaire de l'article 5 correspondant dans la version finale du projet d'articles sur le sujet, voir *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 23), *Annuaire … 1980*, vol. II (deuxième partie), p. 148 et 149 (« L'opinion du gouvernement, exprimée par l'intermédiaire de ses instances politiques, est extrêmement révélatrice des tendances générales de la pratique des États […] le gouvernement peut, par ses initiatives, provoquer une évolution salutaire du droit en faisant valoir avec force ses positions ou en agissant par l'intermédiaire de la législature, ou encore en acceptant les principes contenus dans une convention internationale. Inversement, il est évident que le gouvernement est responsable de sa décision de présenter une demande

24. La Commission a également interrogé des sources secondaires, dont les observations des États[56], les publications d'organisations internationales[57] et

---

d'immunité en ce qui le concerne ou en ce qui concerne ses biens, ou de se soumettre à la juridiction du tribunal d'un autre État, ou de renoncer à son immunité souveraine dans une affaire donnée »); et par. 13 du commentaire du projet d'article 16 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 55 (où elle précise que les règles sont confirmées par la pratique des États, y compris celle des organes exécutifs).

54 Voir par. 14 à 17 du commentaire du projet d'article 8 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 190 et 191 (où elle examine les prises de position, les échanges et les pratiques diplomatiques des États pour établir l'existence d'une règle générale); et par. 11 à 17 du commentaire du projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 205 à 207 (où elle analyse les échanges et les prises de position diplomatiques dans les litiges frontaliers pour savoir si, d'après la pratique des États, les règlements frontaliers sont affectés par les successions d'États). Voir également *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316) (où elle indique que la correspondance diplomatique entre les gouvernements constitue une source abondante de documentation sur le droit international coutumier, par. 71, p. 8).

55 Voir par. 20 et 21 du commentaire du projet d'article 10 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 40 (où elle déclare que « ces pratiques conventionnelles bilatérales cumulées pourraient confirmer l'existence d'une pratique générale des États en faveur de » certaines dérogations à l'immunité des États); par. 14 à 18 du commentaire du projet d'article 15 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 220 à 221 (où elle analyse la pratique des États sur la base d'accords de dévolution et en dégage une règle générale); par. 1 du commentaire du projet d'article 15 et par. 5 du commentaire du projet d'article 19 sur les relations consulaires, *Annuaire … 1961*, vol. II, p. 106 et 109 (où elle déduit la pratique des États d'une série de conventions consulaires); et par. 1 et 3 du commentaire du projet d'article 28 sur les relations consulaires, *Annuaire … 1961*, vol. II, p. 112 et 113 (où elle déclare que la règle est confirmée par de nombreuses conventions consulaires).

56 Les observations des États sont l'une des principales sources que la Commission et ses rapporteurs spéciaux interrogent au sujet de la pratique des États. Voir, par exemple, par. 1 du commentaire du projet d'article 56 sur les relations consulaires, *Annuaire … 1961*, vol. II, p. 129 (« L'analyse des règlements consulaires a montré, et les observations des gouvernements ont confirmé, que certains États autorisent leurs fonctionnaires consulaires de carrière à exercer une occupation privée de caractère lucratif […] En tenant compte de cette pratique, la Commission a adopté […] cet article »); et par. 5 du commentaire du projet d'article 7 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 26 (« La mention de l'absence de consentement comme une condition *sine qua non* de l'application de l'immunité des États est corroborée par la pratique des États. Certaines des réponses des États Membres au questionnaire qui leur a été envoyé illustrent clairement ce lien entre l'absence de consentement et l'exercice licite de la juridiction »).

57 Voir, par exemple, par. 1 du commentaire du projet d'article 23 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 81 (où elle cite une étude du Secrétariat sur la pratique des États en matière de force majeure); par. 16 du commentaire du projet d'article 10 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 37 (où elle cite la pratique de l'Égypte, telle qu'elle ressort d'une publication des Nations Unies); par. 27 du commentaire du projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 209 (où elle cite l'Accord sur les eaux du Nil de 1929 et d'autres accords bilatéraux reproduits dans une publication des Nations Unies); et par. 4 du commentaire du projet d'article 19 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 230 (où elle cite une publication des Nations Unies à l'appui d'une proposition portant sur la pratique des États successeurs).

d'organisation non gouvernementales[58], les publications de gouvernements[59], la jurisprudence internationale et la doctrine[60].

25. S'agissant d'une question juridique bien particulière, la Commission a aussi fait état de la difficulté qu'elle avait à identifier et apprécier des éléments mettant en évidence la pratique des États[61].

C. Élément subjectif de la coutume (*opinio juris sive necessitatis*)

26. Outre la pratique des États, la Commission a souvent évoqué dans ses travaux ce qu'il est convenu d'appeler l'élément subjectif du droit international coutumier[62]. Il s'agira de dégager dans la présente section les caractéristiques de cette pratique, telles que définies par la Commission, et les sources qu'elle a interrogées aux fins de son analyse.

---

[58] Voir, par exemple, par. 10 et 12 du commentaire du projet d'article 9 sur la succession d'États en matière de traités (où elle cite des publications de l'Association de droit international), par. 7 du commentaire du projet d'article 23 (où elle cite un rapport de l'Association de droit international) et par. 17 du commentaire des projets d'articles 30 et 31 (où elle cite un rapport du Nigerian Institute for International Affairs), *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie) p. 196 et 197, 246 et 265.

[59] Voir, par exemple, par. 2 du commentaire du projet d'article 24 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 83 (où elle cite des échanges diplomatiques reproduits dans une publication du Gouvernement américain); par. 3 du commentaire du projet d'article 32 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 100 (où elle évoque la pratique des États décrite dans la publication *British and Foreign State Papers*, 1919, vol. 112); et par. 4 du commentaire du projet d'article 14 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 215 (où elle évoque la pratique conventionnelle telle qu'elle ressort d'une publication du Gouvernement britannique).

[60] Voir, section E du présent chapitre.

[61] Voir par. 4 du commentaire de l'annexe au projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités (concernant la liste indicative de traités visés à l'article 7 dont le contenu implique qu'ils continuent de s'appliquer en tout ou en partie pendant un conflit armé), A/66/10, p. 208 (« […] on ne doit pas s'attendre à un flux substantiel d'informations en provenance des États et relatives à leur pratique. De plus, il est extrêmement difficile de cerner la pratique pertinente des États dans ce domaine »).

[62] Voir, par exemple, par. 8 du commentaire de la directive 2.2.1 sur les réserves aux traités, A/66/10/Add.1, p. 184 (où elle se réfère à la pratique et à l'*opinio juris* pour dire que l'obligation de confirmation formelle des réserves formulées à la signature des traités est passée dans le droit positif); et par. 18 du commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (qui « reste généralement valide », d'après le commentaire de l'article 5 correspondant dans la version finale du projet d'articles sur le sujet, voir *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 23), *Annuaire … 1980*, vol. II (deuxième partie), p. 142 (où elle se réfère à l'*opinio juris* sous-jacente à la pratique des États en matière d'immunité juridictionnelle).

1. Caractéristiques de l'élément subjectif

Observation 8

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[63]. Si elle invoque souvent expressément le caractère obligatoire d'une règle[64], il lui arrive aussi de reconnaître que telle règle existe parce que les États la jugent nécessaire[65].

Observation 9

La Commission considère souvent qu'une règle de droit international coutumier potentielle est « généralement admise » ou « largement reconnue » par les États. Mais elle parle aussi de la « conviction » ou de la « position » des États à l'égard de l'existence ou du contenu de telle ou telle règle.

---

[63] L'idée étant ici que les règles du droit international coutumier peuvent tout aussi bien avoir valeur potestative (en consacrant les droits ou les pouvoirs des États) que directive (en imposant des obligations aux États). La Commission parle expressément d'une règle potestative au paragraphe 1 du commentaire du projet d'article 67 sur les relations consulaires, *Annuaire … 1961*, vol. II, p. 132 (où la règle veut que chaque État soit libre de décider s'il nommera ou recevra des fonctionnaires consulaires honoraires); par. 11 du commentaire du projet d'article 7 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 28 (« Le droit international coutumier ou la coutume internationale reconnaît au tribunal le droit d'exercer sa juridiction à l'égard d'un autre État qui a exprimé son consentement en des termes ne laissant place à aucune incertitude, mais l'exercice effectif de cette juridiction relève exclusivement du pouvoir discrétionnaire du tribunal, qui peut soumettre l'expression du consentement à une règle plus stricte »); par. 7 et 12 à 17 du projet d'article 15 sur les successions d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 219 à 221 (où la pratique des États soutient l'opinion traditionnelle selon laquelle un État nouvellement indépendant n'a aucune obligation générale de reprendre à son compte les traités de son prédécesseur; voir en particulier par. 12 *in fine* « Il semble qu'en l'espèce l'application de la notion de succession ait abouti à reconnaître au nouvel État le *droit* de devenir partie à l'instrument international sans chercher à lui imposer en même temps l'*obligation* de le faire » (*souligné dans l'original*)).

[64] Voir par. 3 à 5 et 9 du commentaire des projets d'articles 27 (« Règle générale d'interprétation ») et 28 (« Moyens complémentaires d'interprétation ») sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 238 à 239, en particulier par. 4 (« l'application d'un grand nombre de ces principes est plutôt discrétionnaire qu'obligatoire ») et par. 9 (« Cependant, les […] éléments dont il s'agit présentent tous un caractère obligatoire »); et par. 8 du commentaire du projet d'article 19 sur la protection diplomatique, A/61/10, p. 103 (« Les États qui limitent leur liberté de disposer comme ils l'entendent des indemnités reçues n'ont pas quant à eux le sentiment d'obéir à une obligation ») (*nous soulignons*)).

[65] Voir, par exemple, par. 6 du commentaire du projet d'article 59 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 281 (« […] tant de faits témoignent [que la théorie *rebus sic stantibus*] est admise en droit international, que cela tend à indiquer que l'existence dans le droit des traités de cette soupape de sûreté est généralement jugée nécessaire »); et par. 9 du commentaire du projet d'article 20 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire … 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 127.

27. Dans ses travaux, la Commission a maintes fois parlé de l'élément subjectif de la coutume internationale, précisant que telle règle était « largement reconnue »[66] ou « généralement admise »[67]. En examinant la notion de règle « généralement acceptée », la Commission a analysé en détail la dynamique des revendications et des acceptations à l'origine de telle ou telle règle du droit international coutumier[68]. À certaines occasions, elle a invoqué l'élément subjectif en parlant de la

---

[66] Voir, par exemple, par. 1 du commentaire du projet d'article 30 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 246 (où elle déclare qu'il est « incontestable que cette règle est reconnue dans la pratique des États et dans les décisions des tribunaux internationaux, ainsi que dans les ouvrages de doctrine »); par. 4 du commentaire du projet d'article 39 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 118 (« L'importance de la contribution de l'État lésé au préjudice pour déterminer la réparation est largement étayée par la doctrine et par la pratique des États »); par. 2 du commentaire général sur les contre-mesures, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 137 (« Il est reconnu, tant par les gouvernements que par les décisions de tribunaux internationaux, que des contre-mesures sont, dans certaines circonstances, justifiées »); et par. 2 du commentaire du projet d'article 51, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 144 (« La proportionnalité est une condition bien établie du recours à des contre-mesures, et est largement reconnue dans la pratique des États, la doctrine et la jurisprudence […] »).

[67] Voir, par exemple, par. 1 du commentaire du projet d'article 15 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 220 (où elle déclare qu'un principe est « généralement admis »); par. 3 du commentaire du projet d'article premier sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, *Annuaire … 1972*, vol. II, p. 340 (où elle déclare que le fait d'accorder aux membres du cabinet une protection spéciale en tout temps et en toutes circonstances lorsqu'ils se trouvent à l'étranger ne peut « se fonder sur une règle généralement acceptée du droit international »); par. 35 du commentaire du projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 212 (où elle déclare qu'un principe est « généralement accepté » et met en relief l'existence d'une « conviction »); et par. 28 du commentaire de la directive 4.5.1 sur les réserves aux traités, A/66/10/Add.1, p. 544 (où elle invoque la « large acceptation » par des États, les juridictions et les organes conventionnels de la règle qui veut que les réserves non valables sont dénuées d'effet).

[68] Voir par. 2 du commentaire du principe 9 des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, A/61/10, par. 177, p. 398 et 399 :

> « La proclamation Truman de 1945, par laquelle les États-Unis entendaient imposer des obligations aux autres États ou, du moins, limiter leurs droits sur le plateau continental américain, n'a pas été l'objet d'une acceptation de la part des autres États à proprement parler. Toutefois, comme la Cour l'a souligné, "le régime du plateau continental est l'exemple d'une théorie juridique née d'une solution particulière qui a fait école" [note 978 : *Affaires du Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne* c. *Danemark; République fédérale d'Allemagne* c. *Pays-Bas), C.I.J. Recueil 1969*, p. 53, par. 100]. En effet, les autres États ont répondu à la proclamation par des réclamations et des déclarations analogues [note 979 : voir le cas du Mexique, A/CN.4/557, par. 132] et peu après le contenu de la proclamation a été repris par l'article 2 de la Convention de Genève sur le plateau continental de 1958. Elle a donc, en quelque sorte, été généralement acceptée et a constitué le point de départ d'un processus coutumier ayant abouti à une nouvelle norme du droit international dans un temps très restreint. La CIJ a remarqué à cet égard : "La proclamation Truman devait cependant être bientôt considérée comme le point de départ dans l'élaboration du droit positif en ce domaine et la doctrine principale qu'elle énonçait […] l'a finalement emporté sur toutes les autres et trouve aujourd'hui son expression dans l'article 2 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental [note 980 : *Affaires du plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne* c. *Danemark; République fédérale d'Allemagne* c. *Pays-Bas), C.I.J. Recueil 1969*, par. 47]. »

« conviction »[69] ou de la « position »[70] des États à l'égard de l'existence ou du contenu de la règle.

Observation 10

La Commission fait parfois la distinction entre l'élément subjectif d'une règle de droit international coutumier et d'autres considérations susceptibles de dicter la conduite ou la position d'un État.

28. La Commission a parfois estimé que la conduite ou les prises de position des États étaient dictées par des considérations autres que la reconnaissance ou l'acceptation d'une règle de droit, ou la conviction de se conformer à une telle règle. Elle retient en particulier la courtoisie[71], des considérations politiques, la volonté ou le compromis[72], des mesures de précaution[73], des expressions d'intention[74] et des aspirations ou des préférences[75].

---

[69] Voir par. 35 du commentaire du projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 212 (où elle utilise les termes « conviction » et « généralement accepté »).

[70] Voir par. 4 du commentaire du projet d'article 59 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 280 (« Ce sont peut-être les exposés qui ont été présentés à la Cour à l'occasion d'affaires dans lesquelles le principe [*rebus sic stantibus*] était invoqué qui illustrent le mieux la position des États […] »).

[71] Voir par. 1 du commentaire de la deuxième partie du projet d'articles sur les missions spéciales, *Annuaire … 1967*, vol. II, p. 395 (« Avant la Seconde Guerre mondiale on discutait en doctrine et dans la pratique de la question de savoir si les facilités, privilèges et immunités des missions spéciales avaient un fondement juridique ou s'ils n'étaient accordés que *par simple courtoisie*. Depuis la guerre, la thèse du *fondement juridique* l'a emporté. On admet en général aujourd'hui que les États ont l'obligation de reconnaître aux missions spéciales et à leurs membres les facilités, privilèges et immunités en question » (*nous soulignons*)). Voir également par. 2 du commentaire de l'annexe du projet d'articles sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales (« par courtoisie », *Annuaire … 1971*, vol. II (première partie), p. 355).

[72] Voir par. 1, 8, 9 et 20 du commentaire du projet d'article 25 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire … 1981*, vol. II (deuxième partie), p. 53 à 55 et 59 (en particulier, par. 1, p. 53, où elle parle de « solutions politiques exprimant les rapports de force de vainqueurs à vaincus plutôt que des solutions équitables »; et par. 8, p. 55, où elle évoque des « solutions […] inspirées par un "rapport de forces" déterminé »); par. 36 du commentaire du projet d'article 35, *Annuaire … 1981*, vol. II (deuxième partie), p. 90 (où elle évoque des « considérations de politique ou d'opportunité » et estime qu'il « est à présumer fortement que ce n'est pas dans un tel contexte que les États expriment un consentement libre ou sont enclins à faire leur part aux exigences de la justice, de l'équité, ou même du droit »); et par. 63 du commentaire du projet d'article 36 sur le même sujet, *Annuaire … 1981*, vol. II (deuxième partie), p. 103 (« La pratique des États révèle l'existence de conflits de principes, de solutions fondées sur des compromis sans référence explicite à aucun principe […] »); par. 4 à 15 du commentaire du projet d'article 23 sur les successions d'États en matière de traités, en particulier par. 8, 12 et 15, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 245 à 248 (où elle conclut que la succession en matière de traités bilatéraux a « un caractère essentiellement volontaire », par. 12, et où elle estime que la pratique ne lui permet pas de conclure que la continuité des traités « découle d'une règle juridique coutumière et non de la volonté des États intéressés », par. 8). Voir également par. 17 et 18 du commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (qui « reste généralement valide », d'après le commentaire de l'article 5 correspondant dans la version finale du projet d'articles sur le sujet, voir *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 23) où elle laisse entendre que le consentement est sans préjudice d'une règle coutumière qui est étayée par la pratique et l'*opinio juris* (« Le principe de l'immunité des États, qui devait être plus tard

Observation 11

La Commission considère parfois que l'absence d'opposition à telle règle dans la pratique des États est révélatrice[76]**.**

admis dans la pratique de la plupart des États, a été clairement formulé de la manière suivante par le Président Marshall : « […] Ce consentement peut être, dans certains cas, déterminé en fonction de l'usage et de l'opinion commune qui découle de cet usage » (…) « Selon cette formulation classique de la règle de l'immunité des États, […] *l'octroi de l'immunité de juridiction était fondé sur le consentement de l'État territorial établi en fonction de l'usage et confirmé par l'*opinio juris *qui est à la base de cet usage* » (*nous soulignons*)), *Annuaire … 1980*, vol. II (deuxième partie), p. 142.

73 Voir par. 4 du commentaire de la directive 2.6.10 (« Non-exigence de la confirmation d'une objection formulée avant la confirmation formelle de la réserve ») sur les réserves aux traités, A/66/10/Add.1, p. 283 (où elle considère que, d'après la pratique des États, la confirmation des objections en pareil cas relève « de mesures de précaution dont rien n'indique qu'elles soient dictées par le sentiment d'une obligation juridique (*opinio juris*) »).

74 Voir par. 7 du commentaire du projet d'article 30 sur les clauses de la nation la plus favorisée, *Annuaire … 1978*, vol. II (deuxième partie), p. 82 (« Si tous ces faits peuvent révéler l'existence parmi les États d'une tendance à favoriser le commerce entre pays en développement par un "traitement différencié", la conclusion de la Commission a été que cette tendance ne s'était pas encore cristallisée au point de pouvoir se traduire par une règle juridique précise ayant sa place parmi les règles générales relatives au fonctionnement et à l'application de la clause de la nation la plus favorisée. *Tous les textes dont des extraits ont été cités dans les paragraphes précédents sont pour l'essentiel des expressions d'intention bien plus que des règles obligatoires* » (*nous soulignons*)).

75 Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, A/61/10, p. 148 (s'agissant du principe 22 de la Déclaration de Stockholm et du principe 13 de la Déclaration de Rio, elle a noté que « Ces principes ne visent pas à donner naissance à des obligations juridiquement contraignantes mais ils traduisent cependant des aspirations et des préférences de la communauté internationale »).

76 Voir, par exemple, par. 32 du commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (qui « reste généralement valide », d'après le commentaire de l'article 5 correspondant dans la version finale du projet d'articles sur le sujet, voir *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 23) (« L'examen ci-dessus de la pratique judiciaire des juridictions de "*common law*" et des systèmes issus du droit romain au XIX^{e} siècle, ainsi que de la pratique judiciaire actuelle d'autres pays, témoigne d'une certaine uniformité dans l'acceptation de la règle de l'immunité des États. Sans chercher à passer en revue la jurisprudence contemporaine de tous les pays pour y découvrir d'éventuelles divergences dans l'évolution historique et dans l'application effective du principe, *il convient d'observer qu'en ce qui concerne les pays où la jurisprudence publiée sur le sujet est peu abondante ou inexistante, rien n'indique que la notion de l'immunité des États a été ou sera rejetée*. Il semble qu'on puisse en conclure que, dans la pratique générale des États en tant que source du droit coutumier, il ne fait guère de doute qu'une règle générale de l'immunité des États est fermement établie en tant que norme du droit international coutumier » (*nous soulignons*)), *Annuaire … 1980*, vol. II (deuxième partie), p. 146. Voir également par. 2 du commentaire du projet d'article 13 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 48 (« Cette exception [à l'immunité dans les affaires de propriété, possession et usage de biens par un État], *qui ne s'est heurtée à aucune opposition sérieuse dans la pratique judiciaire ou gouvernementale des États*, est formulée en des termes qui doivent être compatibles avec les opinions diverses des gouvernements […] » (*nous soulignons*)).

2. Sources interrogées par la Commission pour analyser l'élément subjectif

Observation 12

La Commission interroge diverses sources pour analyser l'élément subjectif en vue d'identifier une règle de droit international coutumier.

29. Au nombre des sources retenues par la Commission, on citera notamment : les prises de position des États au sein des organisations internationales (par exemple, leurs observations écrites ou leurs réponses aux questionnaires)[77] ou à l'occasion de conférences internationales[78], la jurisprudence interne[79], les conclusions devant les cours et tribunaux internationaux[80], les dispositions de compromis d'arbitrage[81], la

---

[77] Voir, par exemple, par. 5 du commentaire du projet d'article 59 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 281 (où elle s'appuie sur les débats au sein des organes politiques des Nations Unies pour en déduire l'acceptation d'une règle de droit international); par. 4 du commentaire du projet d'article 16 sur les relations consulaires, *Annuaire … 1961*, vol. II, p. 107 (où elle se réfère aux observations que les États ont formulées sur son projet d'articles); et par. 19 et 21 du commentaire de la directive 4.5.3 sur les réserves aux traités, A/66/10/Add.1, p. 559 et 560 (où elle se réfère aux vues exprimées par les États à la Sixième Commission de l'Assemblée générale et à leurs observations écrites pour montrer le désaccord existant quant à la réponse à apporter à la question de la validité de l'engagement à être lié par le traité en cas d'invalidité de la réserve).

[78] Voir, par exemple, par. 10 du commentaire du projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 204 (où elle se fonde sur l'attitude des États durant la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités); par. 17 du commentaire du même projet d'article, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 207 (où elle évoque notamment « la décision que la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités a prise d'exclure de la règle du changement fondamental de circonstances un traité qui établit une frontière »); et par. 3 du commentaire du projet d'article 8 sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 171 (où elle évoque notamment les « déclarations et […] résolutions adoptées par des organisations, conférences et réunions intergouvernementales »).

[79] Voir, par exemple, par. 18 du commentaire du projet d'article 13 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire … 1981*, vol. II (deuxième partie), p. 33 (« Quant à la jurisprudence, elle paraît elle aussi consacrer sans réserve le principe de la dévolution des biens publics en général, a fortiori des biens d'État, et donc des biens à caractère immobilier. Cela vaut, en premier lieu, pour la jurisprudence interne »); et par. 3 du commentaire du projet d'article 57 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 277 (« Les tribunaux nationaux ont assez souvent reconnu le principe selon lequel la violation d'un traité peut donner à la partie innocente le droit de le dénoncer. Mais ils l'ont presque toujours fait dans des cas où leur gouvernement n'avait pas, en fait, cru devoir dénoncer le traité et ils n'ont pas jugé nécessaire d'examiner de près les conditions d'application de ce principe »). Voir, *a contrario*, par. 20 du commentaire de l'annexe au projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités (concernant la liste indicative de traités visés à l'article 7 dont le contenu implique qu'ils continuent de s'appliquer en tout ou en partie pendant un conflit armé), A/66/10, p. 214 (« Dans ce contexte particulier, les décisions des tribunaux internes constituent une source problématique. Premièrement, il se peut que ces tribunaux dépendent de directives de l'exécutif. Deuxièmement, les tribunaux internes peuvent invoquer des motifs d'ordre public qui ne sont pas directement liés aux principes du droit international. On peut néanmoins dire que la jurisprudence des tribunaux internes n'est pas hostile au principe de la survie »).

[80] Voir par. 7 du commentaire du projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 204 (où elle se fonde sur les arguments invoqués devant la Cour internationale de Justice concernant la question de la succession aux traités de délimitation des frontières et aux dispositions accessoires à cette délimitation); et par. 4 du commentaire du projet d'article 59 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 280 (où elle déclare que « [c]e sont peut-être les exposés qui ont été présentés à la Cour à l'occasion d'affaires

pratique et les notes diplomatiques[82], la conduite de l'État (par opposition à la position qu'il affiche)[83], la pratique conventionnelle de l'État[84], la pratique en matière de traités multilatéraux[85] et divers instruments internationaux[86].

---

dans lesquelles le principe [*rebus sic stantibus*] était invoqué qui illustrent le mieux la position des États à cet égard » et cite les positions prises par les États dans plusieurs affaires devant la Cour permanente de Justice internationale); par. 3 et suiv. du commentaire du projet d'article 62 sur la responsabilité des organisations internationales, A/66/10, p. 171 et suiv. (où elle se réfère aux positions prises par les États dans des affaires contentieuses pour démontrer que les États membres d'une organisation internationale ne peuvent généralement pas être considérés comme internationalement responsables du fait internationalement illicite de l'organisation).

81 Voir par. 4 du commentaire du projet d'article 13 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 61 (où elle cite une clause commune à plusieurs compromis d'arbitrage pour prouver que la règle est un « principe généralement admis »).

82 Voir par. 3 du commentaire du projet d'article 10 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 52 (« La pratique diplomatique reconnaît systématiquement que le comportement d'un mouvement insurrectionnel ne peut être attribué à l'État »); par. 17 du commentaire du projet d'article 8 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 191 (où elle cite des échanges de lettres entre différents États); par. 14 et 21 du commentaire du projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 200 et 202 (où elle cite des notes diplomatiques).

83 Pour déterminer la position de l'État, la Commission a parfois décidé de faire prévaloir la conduite de celui-ci sur ses prises de position concernant telle ou telle règle lorsque les deux entraient en contradiction; voir par. 13 du commentaire du projet d'article 5 sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation, *Annuaire … 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 104 (« Si l'on étudie la façon dont les États règlent les différends auxquels donnent lieu les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, on constate une acceptation généralisée du droit de chaque État du cours d'eau international à utiliser celui-ci et à en tirer des avantages de façon raisonnable et équitable. Même les États qui se réclament parfois de la doctrine de la souveraineté absolue règlent en général les différends à propos desquels ils invoquent cette doctrine en concluant des accords qui aboutissent en fait à une répartition des eaux ou à la reconnaissance des droits des autres États du cours d'eau »).

84 Voir par. 20 du commentaire du projet d'article 10 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 40 (« L'attitude ou les vues d'un gouvernement peuvent être déduites de sa pratique conventionnelle établie […] Ainsi, la pratique conventionnelle de l'Union soviétique démontre amplement la volonté de ce pays de faire assurer les relations commerciales par des entreprises d'État […] régies par des autorités territoriales compétentes […] »). Voir également par. 1 du commentaire du projet d'article 15 sur les relations consulaires, *Annuaire … 1961*, vol. II, p. 106 (où elle invoque notamment les « très nombreuses conventions consulaires »), ainsi que par. 5 du commentaire du projet d'article 19 et par. 1 du commentaire du projet d'article 28 sur le même sujet (où elle se fonde également sur des conventions consulaires); par. 3 à 11 du projet d'article 8 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 188 et 189 (où elle passe en revue des accords de dévolution, d'une part, pour déterminer s'ils permettent « d'assurer la succession aux traités conclus par l'État prédécesseur ou le maintien de ces traités » et, d'autre part, en raison des « indications qu'ils peuvent contenir quant au point de vue des États sur le droit coutumier régissant la succession d'États en matière de traités »); par. 14 à 18 du commentaire du projet d'article 15 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 220 et 221 (où elle déduit l'existence d'une « règle générale en ce qui concerne l'*obligation* d'un État nouvellement indépendant à l'égard des traités conclus par son prédécesseur » à partir de la pratique des États trouvée dans des accords de dévolution et estime qu'il « ne ressort pas de leur pratique que ces États ont agi comme s'ils se considéraient généralement liés par les traités bilatéraux conclus par l'État prédécesseur » (souligné dans l'original)).

D. Intérêt de la pratique des organisations internationales

Observation 13

Dans certaines circonstances, la Commission se fonde sur divers aspects de la pratique des organisations internationales pour identifier une règle de droit international coutumier (relations extérieures, exercice des fonctions et prises de position des organes concernant des situations bien précises ou des questions ayant trait d'une manière générale aux relations internationales)[87]**.**

---

[85] Voir, par exemple, par. 1 et 5 du commentaire du projet d'article 49 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 268 et 269 (où elle se réfère au principe de l'interdiction de l'emploi de la force consacré dans la Charte des Nations Unies); par. 51 du commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (qui « reste généralement valide », d'après le commentaire de l'article 5 correspondant dans la version finale du projet d'articles sur le sujet, voir *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 23), *Annuaire … 1980*, vol. II (deuxième partie), p. 150 (« La pratique actuelle des États en matière de traités témoigne de l'application des dispositions de plusieurs conventions de caractère universel qui traitent de certains aspects particuliers de l'immunité des États »); par. 5 du commentaire de l'article 11 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire … 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 35 (où elle déclare que les garanties d'une procédure régulière ont été consacrées dans plusieurs traités).

[86] La Commission a parfois déduit l'acceptation généralisée d'une règle d'instruments internationaux autres que des traités, comme des résolutions et déclarations des organisations internationales. Voir, par exemple, par. 3 du commentaire du projet d'article 8 sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 171 (où elle déclare notamment que le principe de prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses est « consacré dans un certain nombre d'accords internationaux […] de déclarations et de résolutions adoptées par des organisations, conférences et réunions intergouvernementales »); et commentaire du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire … 1996*, vol. II (deuxième partie); par. 16 du commentaire de l'article 2, p. 22 (où elle précise que le principe de la responsabilité pénale individuelle pour incitation a été reconnu dans le Statut du Tribunal de Nuremberg); par. 1 à 3 du commentaire de l'article 6, p. 25 et 26 (où elle déduit le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique à partir de traités et des statuts des tribunaux pénaux internationaux); par. 4 du commentaire de l'article 6, p. 26 (où elle déclare que les statuts des tribunaux pénaux internationaux consacrent expressément le principe de l'impossibilité de tirer prétexte de la position officielle de l'auteur pour se défendre); et par. 5 du commentaire de l'article 14, p. 41 (où elle invoque divers instruments qui « n'admettent pas de faits justificatifs pour les crimes qu'ils visent »).

[87] Voir, par exemple, par. 7 et 8 du commentaire du projet d'article 41 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 123 (« 7) Un exemple de la pratique de non-reconnaissance d'actes commis en violation de normes impératives est fourni par la réaction du Conseil de sécurité à l'invasion du Koweït par l'Iraq en 1990 […] 8) En ce qui concerne le déni du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes […] [l]es mêmes obligations sont affirmées dans les résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale concernant la situation en Rhodésie et dans les bantoustans en Afrique du Sud »); par. 3 du commentaire du projet d'article 8 sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 171 (où elle indique que l'obligation d'informer les autres États des risques de dommage significatif auxquels ils sont exposés est reconnu dans les « déclarations et […] résolutions adoptées par des organisations, conférences et réunions intergouvernementales »); par. 2 du commentaire du projet d'article 17 sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire … 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 46 (où elle déclare que l'Assemblée générale avait affirmé que les crimes contre l'humanité constituaient un crime du droit international, et avait adopté la

Observation 14

La Commission considère parfois que la pratique de telle organisation internationale peut être érigée en coutume propre à cette organisation pouvant porter sur divers aspects des fonctions et activités de l'organisation, comme le pouvoir de conclure des traités ou les règles applicables aux traités adoptés au sein de l'organisation[88].

E. Intérêt de la jurisprudence et de la doctrine

30. Comme indiqué précédemment[89], la Commission s'est souvent fondée dans son analyse du droit international coutumier sur la jurisprudence et la doctrine[90] et, comme nous le verrons, elle en a fait un usage très varié.

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide); *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), par. 1 à 14 du commentaire du projet d'article 4 sur la succession d'États en matière de traités, p. 182 à 185 (où elle invoque la pratique de nombreuses organisations internationales, dont l'ONU et certaines de ses institutions spécialisées); par. 12 et 13 du commentaire du projet d'article 8, p. 190 (où elle invoque la pratique du Secrétaire général de l'ONU en tant que dépositaire des traités multilatéraux); et par. 3 du commentaire du projet d'article 16, p. 222 (idem); par. 2 du commentaire du projet d'article 24 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, *Annuaire … 1971*, vol. II (première partie), p. 318 (« Les réponses de l'ONU et des institutions spécialisées indiquent que l'exemption prévue dans cet article est généralement reconnue »); par. 1 du commentaire du projet d'article 49 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 268 (« […] l'interdiction formelle de recourir à la menace ou à l'emploi de la force formulée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies et la pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies elle-même ont renforcé et cristallisé cette évolution du droit »); et *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), par. 112 du commentaire du principe VI des Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et par le jugement de ce tribunal (où elle se réfère à une déclaration de l'Assemblée de la Société des nations concernant les guerres d'agression) et par. 78 (« L'enregistrement au jour le jour de la pratique des organisations internationales peut être considéré comme une source de documentation relative au droit international coutumier dans le domaine des rapports existant entre les États et les organisations »).

88 Voir par. 14 du commentaire du projet d'article 7 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales , *Annuaire … 1982*, vol. II (deuxième partie), p. 27 (où, parlant d'une pratique devenue « règle de l'organisation », elle reconnaît que le chef du secrétariat a compétence pour exprimer le consentement de l'organisation à être liée par un traité sans avoir à en référer à un autre organe, et précise que c'est « l'acquiescement de [tous les autres organes qui auraient eu des titres à revendiquer cette compétence et ne l'ont pas fait] qui constitue la pratique »); par. 11 à 13 du commentaire du projet d'article 4 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 185 (où elle évoque, d'une manière générale, la possibilité que la pratique interne d'une organisation internationale donne naissance à des règles coutumières propres à l'organisation); et par. 2 du commentaire du projet d'article 22 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 241 (où elle cite la coutume propre à l'Organisation internationale du Travail concernant la date à compter de laquelle un état nouvellement indépendant est considéré comme lié par les conventions du travail).

89 Voir observation 1, sect. A du présent chapitre.

90 Aux fins de la présente section, on retiendra l'observation suivante que la Commission a formulée au paragraphe 30 de son rapport sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier : « L'article 24 du statut de la Commission semble s'écarter de la classification de l'Article 38 du Statut de la Cour puisqu'il fait figurer, parmi les sources du droit international coutumier, les décisions judiciaires sur des

Observation 15

La Commission invoque parfois la jurisprudence internationale comme étant l'expression concluante d'une règle de droit international coutumier existante[91]**.**

Observation 16

La Commission invoque souvent aussi la jurisprudence pour établir l'existence ou l'inexistence d'une règle de droit international coutumier.

31. Aux fins de son analyse, la Commission a souvent considéré que la consécration judiciaire d'une règle (qu'il s'agisse de décisions des cours ou tribunaux internationaux, ou de sentences arbitrales) était un facteur pertinent, certes non décisif, de l'existence d'une règle de droit international coutumier[92].

---

questions de droit international. Cela peut cependant logiquement se défendre, car des décisions de cette nature, notamment celles des juridictions internationales, peuvent comporter la formulation et l'application de principes et de règles de droit international coutumier. D'autre part, la pratique suivie par un État peut ressortir des décisions rendues par ses tribunaux nationaux » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), par. 30, p. 4).

91 Ainsi, au sujet de la question des lignes de base droites, la Commission a considéré que l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Pêcheries* était « l'expression du droit en vigueur » et elle s'en est « inspirée lors de la rédaction de [l]'article », par. 1 à 4 du commentaire du projet d'article 5 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 267. Voir également par. 3 à 5 du commentaire du projet d'article 24, p. 277 (où elle considère que dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour avait exprimé une règle de droit coutumier en vigueur concernant le passage inoffensif dans les détroits qui mettent en communication deux parties de la haute mer); et par. 2 du commentaire du projet d'article 23 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 229 (où, se fondant sur les décisions de la Cour internationale de Justice, de la Cour permanente de Justice internationale et de tribunaux arbitraux, elle déclare « [qu'o]n trouve dans la jurisprudence des tribunaux internationaux beaucoup de précédents à l'appui de la thèse selon laquelle, dans le présent contexte, le principe de la bonne foi est un principe juridique qui forme partie intégrante de la règle *pacta sunt servanda* »).

92 Voir, par exemple, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), par. 14 du commentaire du projet d'article 25 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, p. 88 (« Dans l'ensemble, la pratique des États et la jurisprudence étayent le point de vue selon lequel l'état de nécessité peut constituer une circonstance excluant l'illicéité dans certaines conditions très restrictives, et c'est ce point de vue que consacre l'article 25 »), par. 6 du commentaire du projet d'article 41, p. 122 (où, citant l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, elle déclare que « [l]'existence d'une obligation de non-reconnaissance face à des violations graves d'obligations découlant de normes impératives est étayée par la pratique internationale et la jurisprudence de la CIJ »), et par. 2 du commentaire du projet d'article 51, p. 144 (où elle cite notamment l'affaire *Naulilaa* concernant la proportionnalité comme condition du recours à des contre-mesures); *Annuaire … 1966*, vol. II, par. 4 du commentaire des projets d'articles 16 et 17 sur le droit des traités, p. 222 (où, se référant à l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, elle déclare que le « principe de l'intégrité de la convention, en vertu duquel l'effet de toute réserve serait subordonné à l'assentiment exprès ou tacite de toutes les parties contractantes, ne semble pas s'être traduit en une règle de droit »), par. 14 et 15 du commentaire du projet d'article 27, p. 241 (où elle se fonde sur la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux pour dégager des règles en matière d'interprétation des traités) et par. 8 du commentaire du projet d'article 29, p. 245 (où elle analyse si, dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la Cour permanente de Justice internationale avait eu l'intention d'énoncer une règle générale concernant l'interprétation des traités en cas de divergences entre les textes authentiques); par. 4 du commentaire du projet d'article 8 sur la

Observation 17

La Commission interroge parfois la jurisprudence internationale, y compris les sentences arbitrales comme source secondaire pour identifier la pratique des États pertinente[93]**.**

---

succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire … 1981*, vol. II (deuxième partie), p. 24 (où elle s'appuie sur plusieurs décisions des cours et tribunaux internationaux, y compris la sentence de la Commission de conciliation franco-italienne dans laquelle celle-ci déclare que « le droit international coutumier n'a pas établi de critère autonome permettant de déterminer quels sont les biens de l'État »); par. 19 du commentaire du projet d'article 13 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire … 1981*, vol. II (deuxième partie), p. 33 (« La jurisprudence internationale confirme cette règle »); par. 3 à 8 du commentaire du projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 202 à 204 (où elle cite de nombreuses décisions des juridictions internationales dans son analyse de la question des traités territoriaux et déclare, à propos d'une déclaration de la Cour permanente de Justice internationale, qu'elle « constitue peut-être la confirmation la plus importante de l'existence d'une règle prescrivant que l'État successeur est tenu de respecter les clauses d'un traité territorial qui ont une incidence sur le territoire auquel se rapporte une succession d'États »); par. 18 du commentaire du projet d'article 3 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire … 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 100 (« [L]'existence d'un principe de droit imposant aux États de régler par voie de consultation les questions relatives aux ressources en eau douce est explicitement confirmée par la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux* »); par. 3 du commentaire du projet d'article 17 sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire … 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 46 (« [L]es principes qui sont à la base de la Convention [sur le génocide] ont été reconnus par la CIJ comme liant les États, même en dehors de tout lien conventionnel ») ; par. 6 du commentaire du projet d'article 18 sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire … 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 50 (« Le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a également confirmé l'absence de toute condition préalable qui établirait un lien entre la qualification de crime contre l'humanité et un conflit armé international »); et par. 1 du commentaire du projet d'article 3 sur l'expulsion des étrangers, A/67/10, p. 22 (« [Le droit d'expulser un étranger] a été notamment reconnu dans plusieurs sentences arbitrales et décisions de commissions des réclamations, ainsi que dans diverses décisions de juridictions et de commissions régionales »).Voir également, d'une manière générale, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), par. 42 à 51 (où, à la section Identification du droit international coutumier, elle passe en revue les ouvrages dans lesquels sont publiées les décisions et sentences des cours et tribunaux internationaux).

93 Voir par. 23 du commentaire des projets d'articles 16 et 17 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 226 (« Il ne fait aucun doute que le principe du consentement présumé à une réserve en l'absence d'objection à cette réserve est entré dans la pratique des États; d'ailleurs, la Cour elle-même, dans l'affaire des *Réserves à la Convention sur le génocide*, a déclaré qu'"une part très large" est faite dans la pratique internationale "à l'assentiment tacite aux réserves" »); par. 10 du commentaire du projet d'article 5 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire … 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 103 (où elle cite notamment les « décisions des juridictions et tribunaux internationaux » dans son « étude de tous les éléments de preuve que l'on peut tirer de la pratique générale des États, acceptée comme étant le droit »).Voir également par. 4 du commentaire du projet d'article 39 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 118 (où, se fondant sur les affaires *Chemin de fer de la baie de Delagoa* et *Vapeur « Wimbledon »*, elle déclare que « [l]'importance de la contribution de l'État lésé au préjudice pour déterminer la réparation est largement étayée par la doctrine et par la pratique des États »).

Observation 18

La Commission interroge souvent la doctrine pour identifier des règles de droit international coutumier.

32. En interrogeant la doctrine pour identifier telle règle de droit international coutumier, la Commission s'est parfois livrée à une évaluation d'ensemble du poids de l'opinion en faveur de la règle en question[94], et ce, sous un angle quantitatif et qualitatif[95].

33. À d'autres occasions, la Commission a interrogé la doctrine comme source secondaire pour identifier la pratique des États[96].

---

[94] Voir, par exemple, par. 2 du commentaire des projets d'articles 11 et 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 202 (« La majorité des auteurs modernes penchent en faveur de la doctrine traditionnelle […] En général, toutefois, les opinions des auteurs sont trop diverses pour que l'on puisse en déduire dans quelle mesure et sur quelle base précise le droit international reconnaît que les traités territoriaux constituent une catégorie à part aux fins du droit applicable à la succession d'États »).

[95] Voir *Annuaire … 1966*, vol. II, par. 8 du commentaire du projet d'article 49 sur le droit des traités, p. 269 (« [L]a grande majorité des spécialistes du droit international soutiennent aujourd'hui, sans aucune hésitation, que le paragraphe 4 de l'Article 2 […] énonce avec toute l'autorité voulue le droit coutumier moderne concernant la menace ou l'emploi de la force »), par. 2 du commentaire du projet d'article 53, p. 273 (« Certains juristes […] adoptent le point de vue qu'une partie ne peut dénoncer un traité ou s'en retirer que si cette dénonciation ou ce retrait est prévu dans le traité, ou si les autres parties y consentent. D'autres juristes cependant estiment que, dans certaines conditions, un droit de dénonciation ou de retrait peut être implicitement contenu dans certains types de traités »), par. 1 du commentaire du projet d'article 57, p. 276 (« La grande majorité des juristes reconnaît qu'une violation d'un traité par l'une des parties peut donner à l'autre partie le droit […] ») et par. 1 du commentaire du projet d'article 59, p. 280 (« Même si ce n'est qu'à regret, presque tous les juristes de notre époque admettent l'existence en droit international du principe qui fait l'objet du présent article […] »); par. 9 du commentaire du projet d'article 17 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, *Annuaire … 1981*, vol. II (deuxième partie), p. 45 (« La règle qui précède est conforme à l'opinion des publicistes, qui estiment généralement que […] »); par. 3 du commentaire du projet d'article 15 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 218 (« La plupart des auteurs considèrent, et cette façon de voir est confirmée par la pratique des États […] »); par. 15 du commentaire du projet d'article 15 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 220 (« La doctrine et la pratique viennent dans une large mesure à l'appui de la thèse selon laquelle le droit international général impose une obligation […] »); et par. 1 du commentaire du projet d'article 3 sur l'expulsion des étrangers, A/67/10, p. 22 (« [L]'existence [du droit d'expulser un étranger] est incontestée aussi bien dans la pratique que dans la jurisprudence et la doctrine »). Voir également par. 10 du commentaire du projet d'article 5 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire … 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 103 (où elle cite, d'une manière générale, les « opinions de spécialistes ») et par. 3 à 5 du commentaire du projet d'article 32 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 248 et 249 (où elle estime que les divergences d'opinions entre les juristes sont « essentiellement de nature doctrinale » et « que les deux théories ne donneraient vraisemblablement des résultats différents que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles »).

[96] Voir, par exemple, par. 3 du commentaire du projet d'article 32 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 100 (où elle cite un exemple de pratique résultant d'un article de R. L. Buell publié dans la revue *Political Science Quarterly*); par. 3 du commentaire du projet d'article 15 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 218 (où elle cite un extrait de l'ouvrage *The Law of Treaties* d'A. D. McNair, où le Royaume-Uni s'exprime sur la position

III. Place du droit international coutumier dans l'ordre juridique international

34. Le présent chapitre est consacré à des observations sur la force obligatoire et les caractéristiques des règles du droit international coutumier, ainsi que sur les rapports entre la coutume internationale et les autres règles du droit international.

A. Force obligatoire et caractéristique des règles du droit international coutumier

Observation 19

La Commission définit toujours le droit international coutumier comme un ensemble de règles liant généralement les sujets du droit international[97]. Elle a maintes fois opposé ces règles aux normes conventionnelles, qui, par définition, lient les seules parties au traité considéré[98].

---

adoptée par la Finlande à propos des traités conclus par son prédécesseur); par. 2 du commentaire du projet d'article 18 sur la protection diplomatique, A/61/10, p. 94 (où elle déclare « [l]a pratique des États, la jurisprudence et la doctrine confirment que l'État de nationalité […] peut demander réparation au bénéfice des membres de l'équipage de ce navire qui n'ont pas sa nationalité »); et par. 10 du commentaire du projet d'article 5 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire … 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 103 (où elle retient les « opinions de spécialistes » à l'occasion de son « étude de tous les éléments de preuve que l'on peut tirer de la pratique générale des États, acceptée comme étant le droit »).

97 Voir, par exemple, par. 1 à 4 du commentaire du projet d'article 34 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 251 (voir les extraits cités à la note 124 ci-après) ainsi que par. 30 du commentaire du projet d'article 12 et par. 8 du commentaire du projet d'article 15 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 210 et 219, respectivement. Voir également la note 133 ci-après. Dans son Guide de la pratique sur les réserves aux traités, la Commission évoque la théorie de l'« objecteur persistant », d'après laquelle une règle de droit international coutumier ne serait pas opposable à un État qui s'est systématiquement opposé à la règle durant la formation de celle-ci; voir par. 7 du commentaire de la directive 3.1.5.3 sur les réserves aux traités, A/66/10/Add.1, p. 391. Elle semble également exclure l'application d'une telle théorie à l'égard des règles du *jus cogens*; voir par. 19 du commentaire de la directive 3.1.5.3, A/66/10/Add.1, p. 397.

98 Voir, par exemple, par. 1 à 4 du commentaire du projet d'article 34 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 251; par. 2 du commentaire du projet d'article 5 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 185 (où elle se réfère aux « obligations auxquelles [un État] est soumis en vertu du droit international indépendamment dudit traité »); par. 30 du commentaire du projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 210 (« Tout en reconnaissant qu'un régime objectif peut naître d'un tel traité, [la Commission] a émis l'opinion que le régime objectif découle plutôt de l'exécution du traité et du fait qu'une coutume internationale vient se greffer sur le traité »); et par. 7 du commentaire de la directive 3.1.5.3 sur les réserves aux traités, A/66/10/Add.1, p. 391 (« Les normes coutumières obligent les États indépendamment de l'expression de leur consentement à la norme conventionnelle […] »).Voir cependant section B du présent chapitre concernant les rapports entre les règles conventionnelles et le droit international coutumier.

Observation 20

La Commission évoque dans ses travaux la possible existence de règles de droit international coutumier régional[99], se demandant à cet égard si une telle règle obligerait l'État qui ne l'aurait pas expressément adoptée ou acceptée[100]. Elle laisse également entendre qu'il existerait des règles spéciales, notamment de nature coutumière ou historique, régissant la délimitation de certaines zones maritimes[101] ou instituant un régime territorial, fluvial ou maritime particulier[102].

Observation 21

La Commission considère que certaines règles de droit international coutumier sont génératrices d'obligations *erga omnes*[103].

---

[99] Voir le rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international, A/CN.4/L.682, par. 213 à 215.

[100] Ibid., par. 213 (« Un cas à part, bien plus difficile, est celui où une règle régionale (fondée soit sur la pratique conventionnelle soit sur la coutume) lierait un État alors même qu'il ne l'a pas expressément adoptée ou acceptée. Telle est la prétention dont la Cour internationale de Justice a eu à connaître (sans pourtant qu'elle se prononce de façon définitive) dans les affaires de l'*Asile* (1950) et *Haya de la Torre* (1951) ».

[101] Voir par. 6 du commentaire du projet d'article 12 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 271 (où elle évoque l'existence d'un « régime spécial » et d'un « droit coutumier divergent » en matière de délimitation maritime). Voir également par. 4 du commentaire du projet d'article 3 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 265 (« La validité d'une largeur de la mer territoriale qui ne dépasse pas douze milles pourrait être soutenue *erga omnes* par tout État qui peut se prévaloir d'un droit historique à cet égard »).

[102] Voir par. 1 du commentaire du projet d'article 34 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 230 et 231 (« Le rôle que joue parfois la coutume pour étendre au-delà du cercle des États contractants l'application des règles posées dans un traité est chose reconnue. Un traité conclu entre un certain nombre d'États peut formuler une règle ou instituer un régime territorial, fluvial ou maritime, qui viendra, par la suite, à être généralement accepté par les autres États et deviendra obligatoire pour ces États par le jeu de la coutume [...] »). Voir également par. 8 du commentaire du projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 204 (où elle cite l'avis de la Cour dans l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien* (*C.I.J. Recueil 1960*, p. 6) à l'appui de sa proposition selon laquelle il existerait un droit de passage territorial en vertu d'une coutume locale ou bilatérale).

[103] Voir, en particulier, par. 9 du commentaire du projet d'article 48 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 136 (« Tout en reprenant la substance de cette déclaration [faite par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* au sujet des obligations *erga omnes*], les articles évitent d'employer l'expression « obligations erga omnes », qui est moins éclairante que la référence faite par la Cour à la communauté internationale dans son ensemble et dont on a parfois cru, à la suite d'une confusion, qu'elle désignait les obligations envers toutes les parties à un traité. Les articles n'ont pas non plus à fournir la liste des obligations qui, selon le droit international en vigueur, sont des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Cela irait bien au-delà de la tâche qui consiste à codifier les règles secondaires de la responsabilité des États et, de toute façon, une telle liste n'aurait qu'une valeur limitée, car il s'agit d'une notion dont la portée évoluera nécessairement avec le temps. La Cour elle-même a donné à cet égard d'utiles indications : dans son arrêt de 1970, elle a cité à titre d'exemple « la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide », ainsi que « [les] principes et [les] règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale ». Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Timor oriental*, la Cour a ajouté à cette liste le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes »). Voir également le commentaire du projet d'article 49 sur la responsabilité des organisations internationales, A/66/10, p. 151 à 155.

Observation 22

La Commission évoque souvent l'existence de règles de droit international coutumier[104] auxquelles il n'est pas permis de déroger en raison de leur contenu (normes impératives/*jus cogens*).

35. La Commission a précisé que la « notion de « norme impérative du droit international général » est reconnue dans la pratique internationale, dans la jurisprudence des cours et tribunaux nationaux et internationaux, ainsi que dans la doctrine »[105]. Comme exemples de normes impératives généralement admises, elle cite l'interdiction de l'agression[106], les interdictions relatives à l'esclavage et à la traite des esclaves, ou au génocide, ainsi qu'à la discrimination raciale et à l'apartheid[107], ainsi que l'interdiction de la torture et l'obligation de respecter le droit à l'autodétermination[108]. Elle a toutefois pris le soin de préciser que cette liste n'était pas exhaustive[109].

36. On se rappellera que dans son projet d'articles sur le droit des traités, la Commission avait consacré plusieurs dispositions au *jus cogens*[110]. Elle a répété à maintes reprises que toute disposition conventionnelle contraire au *jus cogens* était nulle (ou le devenait)[111]. Elle a également reconnu que le caractère impératif d'une règle de droit international coutumier affectait le jeu de certaines règles secondaires liées à la responsabilité pour fait internationalement illicite[112].

---

[104] À l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, le *jus cogens* est défini comme une « norme impérative du *droit international général* » (*nous soulignons*). Au paragraphe 14 du commentaire de la directive 3.1.5.3 sur les réserves aux traités, la Commission a précisé qu'une telle norme était « dans la quasi-totalité des cas, de nature coutumière »(A/66/10/Add.1, p. 395), tout en admettant que « la rédaction de l'article 53 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 n'exclut pas qu'une norme conventionnelle puisse, par elle-même, être impérative » (ibid., note 1712).

[105] Par. 2 du commentaire du projet d'article 40 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 120.

[106] Ibid., par. 4 du commentaire du projet d'article 40.

[107] Ibid.

[108] Ibid., par. 5, p. 121.

[109] Ibid., par. 6. Dans le même passage, la Commission rappelle que de nouvelles normes impératives peuvent être créées, comme le prévoit l'article 64 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

[110] Voir projets d'articles 41 5), 50, 61 et 67 sur le droit des traités et les commentaires correspondants, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 260, 269 à 271, 284 et 290, respectivement.

[111] Voir *Annuaire … 1966*, vol. II, projet d'article 50 sur le droit des traités et commentaire correspondant, p. 269 et suivantes (le projet d'article 50 se lit comme suit : « Est nul tout traité en conflit avec une norme impérative du droit international général [...] »); voir également par. 8 du commentaire du projet d'article 41, p. 260, et par. 1 du commentaire du projet d'article 61, p. 284 (« Manifestement, si une nouvelle règle de cette nature – une nouvelle règle de droit impérative (*jus cogens*) – apparaît, elle a nécessairement pour effet de rendre nuls non seulement les traités à venir, mais encore les traités existants »).En ce qui concerne les effets de la nullité ou de la résiliation d'un traité contraire à une règle impérative, voir projet d'article 67 sur le droit des traités et commentaire correspondant (*Annuaire … 1966*, vol. II, p. 290). Dans le même sens, au principe 8 des Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, la Commission dispose « [qu'u]ne déclaration unilatérale en conflit avec une norme impérative du droit international général est nulle » (A/61/10, p. 387).

[112] Voir projets d'articles 26 (sur l'application du *jus cogens* en rapport avec les circonstances excluant l'illicéité), 40 et 41 (sur la responsabilité internationale qui résulte de la violation grave

Observation 23

De l'avis de la Commission, une norme devient impérative à partir du moment où elle est reconnue et acceptée comme telle par la communauté internationale tout entière[113]**.**

Observation 24

Tout en admettant qu'une règle de *jus cogens* ne puisse être « modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère »[114]**, la Commission estime qu'à l'heure actuelle la modification d'une telle règle s'opérerait sans doute par voie de traité multilatéral général**[115]**.**

---

d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général) et 50 (sur les obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures) sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires correspondants, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 90 et 91, 120 à 124 et 141 à 144. Voir également les projets d'articles 26, 41 et 42, et 53 sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires correspondants, A/66/10, p. 124, 138 à 141 et 159 à 161.

113 En ce qui concerne le critère substantiel de l'acceptation et de la reconnaissance généralisée, voir en particulier par. 7 du commentaire du projet d'article 12 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 59 (« Même les principes fondamentaux de l'ordre juridique international ne relèvent d'aucune source de droit particulière ni d'aucune procédure normative spécifique contrairement aux règles de caractère constitutionnel dans les systèmes de droit interne. Conformément à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, une norme impérative du droit international général est une norme « acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ». L'article 53 reconnaît à la fois que des normes de caractère impératif peuvent être créées et que les États ont par excellence un rôle spécial à jouer à cet égard en tant que détenteurs de l'autorité normative au nom de la communauté internationale »).Voir également, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), par. 5 du commentaire du projet d'article 26 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, p. 90, et par. 6 du commentaire du projet d'article 40, p. 121 (où elle précise que de nouvelles normes impératives peuvent être créées « pour autant qu'il s'agisse de normes acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble »). Il convient de noter que dans le projet d'article 50 sur le droit des traités (*Annuaire … 1966*, vol. II, p. 269) et dans le projet d'article 53 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (*Annuaire … 1982*, vol. II (deuxième partie), p. 58), il est question à ce propos de la « communauté internationale des États dans son ensemble », mais que le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite [projets d'articles 25, 33, 42 et 48; *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie)] et le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales (projets d'articles 25, 33, 43 et 49; A/66/10, par. 87) font plus généralement référence à la « communauté internationale dans son ensemble ».

114 Voir, à cet égard, projet d'article 50 *in fine* sur le droit des traités (*Annuaire … 1966*, vol. II, p. 269) et projet d'article 53 *in fine* sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (*Annuaire … 1982*, vol. II (deuxième partie), p. 58). Ce passage est repris dans l'article 53 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Quant à la « force » des normes de *jus cogens*, voir par. 3 du commentaire de la directive 4.4.3 sur les réserves aux traités, A/66/10/Add.1, p. 527 (« [...] sans doute, la notion de *jus cogens* est-elle évolutive, mais il semble douteux qu'une réserve puisse contribuer à déstabiliser une norme présentant ce degré de force obligatoire »).

115 Voir sur ce point par. 4 du commentaire du projet d'article 50 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 270 (« [C]e serait une erreur de considérer les normes de *jus cogens* elles-

B. Rapports entre droit international coutumier et traités

37. La question des rapports entre droit international coutumier et traités est traitée, en termes généraux, dans le projet d'article 34 sur le droit des traités, qui porte ce qui suit :

> *Article 34. Règles d'un traité devenant obligatoires par la formation d'une coutume internationale*
>
> Aucune disposition des articles 30 à 33 [dispositions sur l'effet des traités à l'égard des États tiers] ne s'oppose à ce qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un État tiers en tant que règle coutumière de droit international[116].

38. Dans le commentaire du projet d'article, la Commission fait notamment observer ce qui suit :

> « 1) Le rôle que joue parfois la coutume pour étendre au-delà du cercle des États contractants l'application des règles posées dans un traité est chose reconnue. Un traité conclu entre un certain nombre d'États peut formuler une règle ou instituer un régime territorial, fluvial ou maritime, qui viendra, par la suite, à être généralement accepté par les autres États et deviendra obligatoire pour ces États par le jeu de la coutume, comme par exemple les Conventions de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, les accords sur la neutralité de la Suisse et divers traités relatifs aux voies navigables internationales, fluviales ou maritimes. De même encore, une convention de codification, dont l'objet est d'énoncer des règles existantes de droit coutumier, peut venir à être considérée comme offrant la formulation généralement acceptée desdites règles coutumières, et cela même par des États qui ne sont pas parties à la convention.
>
> 2) Dans aucun de ces cas, cependant, l'on ne serait fondé à dire que le traité lui-même produit des effets juridiques à l'égard des États tiers. Ce sont des cas où d'autres États, sans établir pour autant aucune relation conventionnelle avec les États parties au traité, reconnaissent aux règles formulées dans un traité le caractère de règles obligatoires de droit coutumier. Pour résumer, on peut dire que, pour ces États, la force obligatoire de ces règles a sa source dans la coutume et non dans le traité. C'est pourquoi la Commission n'a pas cru devoir, dans le projet d'articles, faire état de ce processus comme d'un cas où un traité aurait des effets juridiques pour des États tiers. Elle n'a donc pas formulé de dispositions ayant plus spécialement trait au rôle de la coutume pour l'extension, au-delà du cercle des États contractants, de l'application des règles énoncées dans un traité. En revanche, en raison de l'importance de ce processus et du caractère des dispositions qui figurent dans les articles 30 à 33, elle a décidé d'inscrire dans le présent article une réserve générale, selon laquelle aucune disposition desdits articles ne

---

mêmes comme immuables et non susceptibles de modification dans la perspective de l'évolution future. Étant donné qu'actuellement une modification d'une règle impérative s'effectuera très probablement par voie de traité multilatéral général, la Commission a jugé souhaitable d'indiquer qu'un tel traité ne tombera pas sous le coup de l'article »).

116 *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 198.

s'oppose à ce que des règles énoncées dans un traité ne deviennent obligatoires pour des États tiers en tant que règles coutumières de droit international »[117].

39. Le projet d'article 34 a été repris en substance dans l'article 38 de la Convention de 1969 sur le droit des traités[118], qui précise que la règle coutumière de droit international doit être « reconnue comme telle »[119]. Cette disposition a été reprise dans l'article 38 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, adopté par la Commission en 1982, qui deviendra l'article 38 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales[120] avec le passage introduit à la Conférence de Vienne de 1969[121].

40. Lors de l'examen des différents sujets inscrits à son programme de travail, la Commission s'est penchée sur un certain nombre de questions ayant trait aux rapports entre coutume internationale et traités, comme il ressort des observations ci-après.

Observation 25

Sachant qu'un traité peut venir codifier les règles de droit international coutumier existantes[122], la Commission recherche souvent dans les traités la preuve de l'existence de telle ou telle règle coutumière[123].

---

117 Ibid., p. 251.

118 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232.

119 Cette précision a été ajoutée sur proposition de la République arabe syrienne, voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités (1968-1969) (Documents de la Conférence),* A/CONF.39/11/Add.2, p. 167, par. 311 et 312.

120 Cette convention n'est pas encore entrée en vigueur, voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Documents de la Conférence)*, Vienne, 18 février-21 mars 1986, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.94.V.5), document A/CONF.129/15.

121 *Annuaire … 1982*, vol. II (deuxième partie), p. 48.

122 Voir, d'une manière générale, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément no 12* (A/1316), par. 29 (« Mais peut-être ne convient-il pas de s'en tenir très strictement à la distinction entre le droit international coutumier et le droit international conventionnel. Un principe ou une règle de droit international coutumier peut se trouver incorporé dans un accord bilatéral ou multilatéral et acquérir ainsi, dans les limites stipulées, la force obligatoire d'une convention à l'égard des États parties à l'accord, aussi longtemps que celui-ci reste en vigueur, tout en continuant à jouer à l'égard des autres États comme principe ou règle obligatoires de droit international coutumier. En fait, il n'est pas rare que, pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier, on s'appuie sur la formulation conventionnelle par certains États d'une pratique également suivie par d'autres États. Et même des conventions multilatérales qui ont été signées, mais qui n'ont pas été mises en vigueur, sont souvent considérées comme ayant une certaine valeur comme preuve du droit international coutumier »).

123 Voir sect. B.2 et C.2 du chapitre II sur les traités comme manifestation de la pratique des États et de l'*opinio juris*. Toutefois, la Commission signale également qu'un régime conventionnel et la coutume internationale applicable peuvent diverger; voir par. 8 du commentaire de l'article 8 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire … 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 30 (où elle déclare que le génocide est un « crime de droit international pour lequel les États qui ne sont pas parties à la Convention peuvent, en vertu du droit coutumier, se prévaloir d'une compétence universelle et ne sont donc pas tenus par les dispositions restrictives de cet instrument [à savoir l'article 6 qui restreint la compétence des juridictions nationales en matière de génocide à l'État sur le territoire duquel le crime a été commis] »).

Observation 26

Tout en précisant qu'un traité n'oblige pas les États tiers[124], la Commission admet souvent que les traités peuvent contribuer à cristalliser[125] ou à développer[126] une règle de droit international coutumier. Elle ne considère toutefois pas que le fait qu'une disposition soit reprise d'un traité à l'autre veuille nécessairement dire qu'elle a acquis valeur de règle de droit international coutumier[127].

---

[124] Voir, notamment par. 1 à 4 du commentaire du projet d'article 34 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 251 (en particulier, « 1) *Le rôle que joue parfois la coutume pour étendre au-delà du cercle des États contractants l'application des règles posées dans un traité est chose reconnue*. Un traité conclu entre un certain nombre d'États peut formuler une règle ou instituer un régime territorial, fluvial ou maritime, qui viendra, par la suite, à être généralement accepté par les autres États et deviendra obligatoire pour ces États par le jeu de la coutume [...] *De même encore, une convention de codification, dont l'objet est d'énoncer des règles existantes de droit coutumier, peut venir à être considérée comme offrant la formulation généralement acceptée desdites règles coutumières*, et cela même par des États qui ne sont pas parties à la convention [...] 2) *Dans aucun de ces cas, cependant, l'on ne serait fondé à dire que le traité lui-même produit des effets juridiques à l'égard des États tiers. Ce sont des cas où d'autres États, sans établir pour autant aucune relation conventionnelle avec les États parties au traité, reconnaissent aux règles formulées dans un traité le caractère de règles obligatoires de droit coutumier*. Pour résumer, on peut dire que, pour ces États, la force obligatoire de ces règles a sa source dans la coutume et non dans le traité [...] » (*nous soulignons*). Cet avis a été exprimé en termes similaires au paragraphe 30 du projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités et au paragraphe 8 du commentaire du projet d'article 15 sur le même sujet; voir *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 210 et 219, respectivement.

[125] Voir par. 11 du commentaire de la directive 3.1.5.3 sur les réserves aux traités, A/66/10/Add.1, p. 393 (« [...] une « convention de codification » cristallise en règles de droit international général des normes qui n'avaient pas ce caractère au moment de son adoption »).

[126] Voir, par exemple, par. 34 du commentaire du projet d'article 12 sur la succession d'États en matière de traités, *Annuaire … 1974*, vol. II (première partie), p. 212 (où elle déclare qu'il existe un droit de libre passage par le canal de Suez, « que ce soit en vertu du traité ou du régime coutumier auquel il a donné naissance »); et par. 3 du commentaire du projet d'article 18 sur le droit des aquifères transfrontières, A/63/10, p. 85 (« [La clause de Martens], insérée à l'origine dans le préambule des Conventions de La Haye de 1899 et 1907 et reprise dans un certain nombre de conventions et protocoles ultérieurs, fait désormais partie du droit international général »). On trouvera un exemple de la manière dont la Commission a changé d'avis sur une question de droit à la suite de l'adoption d'une norme conventionnelle au paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 11 sur les missions spéciales, *Annuaire … 1967*, vol. II, p. 389 (« Une règle souvent observée dans la politique exigeait que l'État de réception assurât la possibilité d'un [...] recrutement [local de personnel], souvent indispensable à l'exercice des fonctions de la mission spéciale. En 1960, la Commission avait tendance à considérer que cette règle conférait un véritable privilège à la mission spéciale. *Toutefois, compte tenu des deux Conventions de Vienne, la Commission a changé d'avis et a adopté en 1965 le principe énoncé au paragraphe 2 de l'article 10 du présent projet* [qui prévoit que « Les ressortissants de l'État de réception ne peuvent faire partie de la mission spéciale qu'avec le consentement de cet État, qui peut en tout temps le retirer »]) (*nous soulignons*).

[127] Voir par. 3 du commentaire du projet d'article 7 sur la clause de la nation la plus favorisée , *Annuaire … 1978*, vol. II (deuxième partie), p. 28 (« S'il est vrai que l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée est fréquemment prévu dans les traités de commerce, rien ne permet d'affirmer que cette pratique soit devenue une règle du droit international coutumier. Aussi considère-t-on généralement que les traités constituent l'unique fondement de l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée »).

Observation 27

Selon la Commission, l'apparition d'une nouvelle règle de droit international coutumier peut venir modifier un traité, dans certaines circonstances et si telle est l'intention des parties[128].

Observation 28

La Commission a admis que les États puissent déroger aux règles du droit international coutumier, à l'exception des normes du *jus cogens*[129], par conventions bilatérales ou multilatérales[130]. Elle a également indiqué que, à moins qu'il n'en dispose autrement, un traité doit être interprété et appliqué à la lumière des règles existantes du droit international, y compris le droit coutumier[131].

C. Rapports entre droit international coutumier et « droit international général »

Observation 29

La Commission utilise parfois l'expression générique de « droit international général » pour désigner les règles de droit international autres que les normes conventionnelles[132]. Il lui arrive aussi d'utiliser indifféremment les expressions

---

[128] Voir par. 3 du commentaire du projet d'article 38 (Modification des traités par une pratique ultérieure) sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 257 (« Quant à la modification résultant de la survenance d'une nouvelle règle de droit coutumier, la Commission est arrivée à la conclusion que, dans chaque cas déterminé, la question dépendrait dans une large mesure des circonstances particulières et des intentions des parties au traité »). Ce commentaire était lié à la décision de la Commission de retirer de la version finale du projet d'article un alinéa figurant au projet d'article 68 du projet de 1964 qui disposait « qu'un traité peut être modifié : [...] ii) Par l'apparition ultérieure d'une nouvelle règle de droit coutumier qui porte sur des questions faisant l'objet du traité et qui oblige toutes les parties ». Pour le commentaire de cette dernière disposition, voir *Annuaire … 1964*, vol. II, p. 195, par. 3. Comme nous le savons, le projet d'article 38 n'a finalement pas été retenu par la Conférence de Vienne de 1969.

[129] Voir sect. III A du présent chapitre.

[130] Voir, par exemple, par. 15 du commentaire du projet d'article 17 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États, *Annuaire … 1981*, vol. II (deuxième partie), p. 46 (« Il est évident qu'il est du pouvoir des États d'apporter conventionnellement une exception à un principe ») et par. 2 du commentaire du projet d'article 30 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 279 (où elle évoque la possibilité de déroger à la coutume internationale et d'attribuer des droits de police aux navires de guerre à l'égard de navires étrangers).

[131] Voir, par exemple, par. 3 du projet d'article 60 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 294 (« La règle coutumière existante, d'après laquelle les nationaux d'autres États sont autorisés à se livrer à la pêche dans les mêmes conditions que les nationaux de l'État riverain, devrait continuer à s'appliquer. La pratique d'autres genres de pêche dans ces parages ne saurait être entravée que dans la mesure strictement nécessaire à la protection des pêcheries envisagées dans le présent article »); par. 1 du commentaire du projet d'article 24 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 230 (où elle évoque la « règle générale » selon laquelle « un traité ne doit pas être considéré comme destiné à avoir un effet rétroactif, à moins que cette intention ne soit exprimée dans le traité ou qu'elle ne ressorte clairement de ses dispositions »).

[132] Voir, par exemple, par. 2 du commentaire du projet d'article 30 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 279 (où elle considère que les réglementations établies par les traités attribuant des droits de police aux navires de guerre à l'égard de navires étrangers ne peuvent pas être considérées comme faisant déjà partie du « droit international général »);

« droit international général » et « droit international coutumier »[133]. Elle range également sous le vocable « droit international général » la coutume internationale et les principes généraux[134].

---

le commentaire de la Commission concernant les dispositions du préambule du Modèle de règles sur la procédure arbitrale, *Annuaire … 1958*, vol. II, p. 90, par. 24 (où elle déclare que ces dispositions « régissent tous les arbitrages mais elles les régissent en tant que principes du droit international général et non en tant que règles découlant de l'accord des parties »); projet d'article 1 b) sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, *Annuaire … 1972*, vol. II, p. 339 (« 1. L'expression "personne jouissant d'une protection internationale" s'entend de […] b) [t]oute personnalité officielle ou tout fonctionnaire d'un État ou d'une organisation internationale qui, *conformément au droit international général ou à un accord international*, a droit à une protection spéciale […] » (*nous soulignons*)); par. 8 du commentaire de ce projet d'article, *Annuaire … 1972*, vol. II, p. 341 (« L'expression "droit international général" est utilisée pour compléter la référence à "un accord international" »); par. 3 du commentaire du projet d'article 18 sur le droit des droits des aquifères transfrontières, A/63/10, p. 85 (« [La clause de Martens], insérée à l'origine dans le préambule des Conventions de La Haye de 1899 et 1907 et reprise dans un certain nombre de conventions et protocoles ultérieurs, fait désormais partie du droit international général »); par. 2 du commentaire du projet d'article 10 sur les effets des conflits armés sur les traités, A/66/10, p. 200; par. 4 du commentaire du projet d'article 14 sur l'expulsion des étrangers, A/67/10, p. 43 (« Il va sans dire que l'État expulsant est tenu de respecter, à l'égard d'un étranger objet d'une expulsion, l'ensemble des obligations en matière de protection des droits de l'homme qui lui incombent, aussi bien en vertu de traités internationaux auxquels il est partie qu'en vertu du droit international général ») et, dans le même sens, le commentaire du projet d'article 25 sur l'expulsion des étrangers, A/67/10, p. 63.

133 Voir, par exemple, les passages suivants du commentaire du projet d'article 49 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 268 et 269 (« 1) […] La reconnaissance du caractère criminel de la guerre d'agression dans les statuts des tribunaux militaires alliés chargés de juger les criminels de guerre des pays de l'Axe, l'interdiction formelle de recourir à la menace ou à l'emploi de la force formulée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies et la pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies elle-même ont renforcé et cristallisé cette évolution du droit […] 5) *De l'avis de la Commission, les principes relatifs à la menace ou à l'emploi de la force énoncés dans la Charte sont des règles du droit international général qui sont aujourd'hui d'application universelle* […] 8) […] Comme le souligne le paragraphe 1 ci-dessus, le défaut de validité d'un traité obtenu par la menace ou l'emploi illicite de la force est un principe qui relève de la *lex lata*. […] *la grande majorité des spécialistes du droit international soutiennent aujourd'hui, sans aucune hésitation, que le paragraphe 4 de l'Article 2, ainsi que d'autres dispositions de la Charte, énoncent avec toute l'autorité voulue le droit coutumier moderne concernant la menace ou l'emploi de la force.* » (*nous soulignons*)).

134 Voir les explications données dans le rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international, A/CN.4/L.682, par. 194 2) a) (« *Le droit international général (c'est-à-dire les coutumes générales et les principes généraux du droit*) comble les lacunes du régime spécial et offre des principes d'interprétation pour le fonctionnement de ce dernier » (*nous soulignons*)) et par. 493 3) (« [Le "droit international général"] englobe au moins le droit coutumier général ainsi que les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Mais elle pourrait aussi renvoyer aux principes du droit international proprement dit et à la technique des analogies avec les droits internes, en particulier les principes de la procédure judiciaire (*audiatur et altera pars, in dubio mitius*, l'estoppel, etc.). Dans la pratique des tribunaux internationaux, dont l'Organe d'appel de l'OMC ou les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, il est constamment fait référence à différents types de "principes" tirés parfois du droit interne, parfois de la pratique internationale, mais souvent sans que leur valeur soit nettement définie »).

Observation 30

La Commission parle parfois des principes généraux du droit (sans doute au sens de l'Article 38, par. 1 c), du Statut de la Cour internationale de Justice[135]) ou des principes généraux du droit international[136]. Elle indique également que ces principes généraux peuvent guider la réglementation internationale de certaines matières[137], voire servir de référence à l'ordre juridique international dans son ensemble[138].

---

135 Voir, par exemple, par. 4 du commentaire du projet d'article 59 sur le droit des traités, *Annuaire … 1966*, vol. II, p. 280 (principe *rebus sic stantibus*); par. 1 du commentaire du projet d'article 7 sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire … 1999*, vol. II (deuxième partie), p. 31 (« La Commission admet que l'un des principes généraux de droit est celui de la non-rétroactivité de la loi »); et par. 3 du commentaire de l'article 14 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire … 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 41 (où elle explique que « les faits justificatifs possibles, dans le cas des crimes tombant sous le coup du code, [sont limités] à ceux qui sont bien établis et très généralement considérés comme admissibles pour des crimes de même gravité en droit interne ou international »). On trouvera des exemples supplémentaires à la note 137 ci-après.

136 Voir, par exemple, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, Supplément n° 10* (A/925), par. 52 (où elle explique que les articles du projet de déclaration sur les droits et devoirs des États « énoncent des principes généraux de droit international »); par. 8 du commentaire de l'article 68 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 298 (« [Le principe des droits souverains de l'État riverain], reposant sur des principes généraux correspondant aux besoins actuels de la communauté internationale n'est, en aucune façon, incompatible avec le principe de la liberté de la mer »). Voir également les deux notes suivantes.

137 Elle s'est référée à cet égard tout aussi bien aux principes généraux de droit qu'aux principes généraux du droit international.
En ce qui concerne les principes généraux de droit, voir en particulier par. 1 du commentaire du projet d'article 7 sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, *Annuaire … 1999*, vol. II (deuxième partie), p. 31 (où elle déclare que la non-rétroactivité de la loi est un principe général du droit qui a « un rôle important à jouer » en matière de nationalité); art. 14 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire … 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 41 (« Le tribunal compétent apprécie l'existence de faits justificatifs conformément aux principes généraux de droit, compte tenu du caractère de chaque crime »); par. 1 du commentaire du projet d'article 3 sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 165 (« L'article 3 repose sur le principe de base *sic utere tuo ut alienum non laedas*, qui est consacré dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm […] »).
En ce qui concerne les principes généraux du droit international, voir en particulier par. 8 du commentaire du projet d'article 3 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 266 (« II résulte de ce qui précède que la Commission a nettement pris position contre les prétentions tendant à étendre la mer territoriale à une largeur qui, de l'avis de la Commission, comporte une menace au principe qui depuis Grotius a régi le droit maritime, celui de la liberté de la haute mer »); par. 1 du commentaire du projet d'article 27 sur le droit de la mer, *Annuaire … 1956*, vol. II, p. 278 (« Le principe, généralement admis en droit international, d'après lequel la haute mer est ouverte à toutes les nations, domine toute la réglementation de cette matière »); le commentaire de la version provisoire du projet d'article 6 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (qui « reste généralement valide », d'après le commentaire de l'article 5 correspondant dans la version finale du projet d'articles sur le sujet, voir *Annuaire … 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 23), *Annuaire … 1980*, vol. II (deuxième partie), p. 141, par. 12 (« Cette analyse de l'immunité souveraine semble reposer sur un certain nombre de principes de base tels que le commun accord ou l'usage, la courtoisie internationale, l'indépendance, la souveraineté et la dignité de toute autorité souveraine, ce qui représente un glissement progressif des prérogatives du souverain en tant que personne à la théorie de l'égalité et de la souveraineté

Observation 31

La Commission utilise aussi l'expression « droit international général » pour désigner les règles générales du droit international par opposition aux règles ayant trait à telle ou telle matière, comme le droit des droits de l'homme, le droit de l'environnement ou le droit de la mer[139].

---

des États et au principe du consentement ») et p. 152, par. 55 (où elle considère que le « [f]ondement rationnel de l'immunité des États » s'exprime « en termes de souveraineté, d'indépendance, d'égalité et de dignité des États », notions qui semblent « s'unir pour constituer une base juridique ferme sur laquelle se fonde l'immunité des États »).

138 Voir à cet égard l'observation suivante formulée par la Commission au sujet du projet de déclaration sur les droits et devoirs des États :

> « Enfin, on remarquera que les droits et devoirs énoncés dans le projet de déclaration sont formulés en termes généraux, sans restriction ni exception, comme il convient pour une déclaration de droits et devoirs fondamentaux. *Les articles de ce projet énoncent des principes généraux de droit international, dont la portée et les modalités d'application devront être déterminées par des règles plus précises*. C'est ce que reconnaît l'article 14 du projet de déclaration : il contient en effet une disposition d'ensemble qui domine tout le projet et, de l'avis de la Commission, il donne leur véritable sens aux autres dispositions du projet de déclaration en proclamant "la primauté du droit international" » (*nous soulignons*) (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, Supplément n° 10* (A/925), p. 11, par. 52).

Voir également par. 2 du commentaire du projet d'article 4 sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire … 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 167 (où elle déclare que « c'est toute la structure des relations internationales qui est empreinte de ce principe » (R. Rosenstock, « The declaration of principles of international law concerning friendly relations: a survey », *American Journal of International Law*, vol. 65 (1971), p. 734); et les observations formulées par la Commission au sujet de la clause de la nation la plus favorisée et du principe de la non-discrimination, *Annuaire … 1978*, vol. II (deuxième partie), p. 14, par. 48 (« La Commission a reconnu, il y a plusieurs années, que la règle de la non-discrimination est "une règle générale qui découle de l'égalité entre les États", et que la non-discrimination est "une règle générale qui découle de l'égalité souveraine des États" ») et par. 50 (où elle se réfère à la « règle évidente selon laquelle, tout en étant liés par l'obligation qui découle du principe de la non-discrimination, les États sont néanmoins libres d'accorder des avantages particuliers à d'autres États pour tenir compte de quelque rapport particulier d'ordre géographique, économique, politique ou autre »).

139 Voir, en particulier, le rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international, A/61/10, par. 243 (« La fragmentation de la société internationale revêt une importance juridique dans la mesure où elle s'est accompagnée de l'apparition de règles ou d'ensembles de règles, d'institutions juridiques et de domaines de pratique juridique spécialisés et (relativement) autonomes. Ce qui était précédemment régi par le "droit international général" relève désormais de régimes spécialisés comme le "droit commercial", le "droit des droits de l'homme", le "droit de l'environnement", le "droit de la mer", le "droit européen", voire hautement spécialisés comme le "droit des investissements" ou le "droit international des réfugiés", etc., dont chacun possède ses propres principes et institutions »). Voir également par. 251 10), note 1017 (« Il n'existe pas de définition acceptée du "droit international général". Aux fins des présentes conclusions, cependant, il suffit de définir le terme "général" par rapport à sa contrepartie logique, le terme "spécial" »).