



Assemblée générale

Distr. générale
27 mars 2015
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-septième session

Genève, 4 mai-5 juin et 6 juillet-7 août 2015

Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier

Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial*

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Lien entre les deux éléments constitutifs de la coutume internationale	5
III. L'inaction comme pratique et preuve de l'acceptation de la pratique comme étant le droit	9
IV. Le rôle des traités et des résolutions	15
A. Traités	17
B. Résolutions adoptées par les organisations internationales et lors de conférences internationales	33
V. Jurisprudence et doctrine	43
A. Jurisprudence	44
B. Doctrine	46
VI. L'importance des organisations internationales	48
VII. Coutume particulière	57
VIII. Objecteur persistant	61
IX. Programme de travail futur	69
Annexe	
Nouveaux projets de conclusions proposés	71

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



I. Introduction

1. En 2012, ayant inscrit le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » à son programme de travail, la Commission du droit international a organisé un débat préliminaire sur la base d'une note établie par nos soins¹.

2. En 2013, la Commission a tenu un débat général² sur la base de notre premier rapport³ et d'une étude du Secrétariat⁴. Elle a alors décidé de modifier comme suit l'intitulé de la question : « Détermination du droit international coutumier »⁵.

3. Dans notre deuxième rapport⁶, établi en prévision de la soixante-sixième session de la Commission en 2014, nous nous sommes intéressés à la démarche à retenir pour déterminer les règles du droit international coutumier, avant d'analyser en détail la nature et le rôle des deux éléments constitutifs de la coutume et de définir la manière d'en apprécier l'existence. Nous avons formulé 11 projets de conclusions, articulés en quatre parties. Nous avons expliqué qu'il semblait souhaitable de traiter dans le même rapport à la fois de la pratique et de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), étant donné le lien étroit unissant les deux⁷, et indiqué que d'autres projets de conclusions sur ces points et sur d'autres seraient proposés dans notre troisième rapport.

4. La Commission a tenu un débat sur notre deuxième rapport du 11 au 18 juillet 2014⁸, qui a confirmé que l'approche dite « des deux éléments » recueillait l'assentiment général. Les membres de la Commission se sont de nouveau accordés à dire que les éléments susceptibles d'éclairer le sujet étaient à trouver principalement dans la jurisprudence des juridictions internationales, au premier rang desquelles la Cour internationale de Justice, et que les résultats des travaux sur le sujet devraient prendre la forme d'un guide pratique destiné à aider les praticiens à déterminer les règles de droit international coutumier. Il a également été dit qu'il importait de trouver un juste équilibre non seulement entre les projets de conclusions et les commentaires, mais aussi entre la nécessité de disposer d'orientations claires et celle de conserver à la coutume sa souplesse en tant que source de droit international. Il a en outre été souligné que plusieurs questions soulevées dans le rapport, notamment le poids de l'inaction et le rôle des organisations internationales dans la détermination du droit international coutumier, devaient faire l'objet d'une analyse et d'un débat plus poussés.

5. À l'issue du débat, les 11 projets de conclusions proposés dans notre deuxième rapport ont été communiqués au Comité de rédaction, qui en a adopté 8 à titre

¹ Voir A/CN.4/653 : *Note sur la formation et l'identification du droit international coutumier*.

² Voir comptes rendus analytiques A/CN.4/SR.3181, 3182, 3183, 3184, 3185 et 3186 (17, 18, 19, 23, 24 et 25 juillet 2013); A/68/10 : *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session (6 mai-7 juin et 8 juillet-9 août 2013)*, par. 66 à 107.

³ A/CN.4/663.

⁴ A/CN.4/659 : *Éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet* (« mémorandum du Secrétariat »).

⁵ Compte rendu analytique A/CN.4/SR.3186 (25 juillet 2013), p. 5 et 6.

⁶ A/CN.4/672.

⁷ *Ibid.*, par. 10.

⁸ Comptes rendus analytiques A/CN.4/SR.3222, 3223, 3224, 3225, 3226, 3227 (11, 15, 16, 17 et 18 juillet 2014); A/69/10 : *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session (5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2014)*, par. 137 à 185.

provisoire (deux n'ont pas pu être examinés faute de temps et un a été écarté). Le 7 août 2014, le Président du Comité a présenté à la plénière un rapport intermédiaire sur les activités menées en la matière par cet organe en 2014⁹. Les huit projets de conclusions adoptés à titre provisoire ont été reproduits dans une annexe jointe au rapport. Comme le Président l'a expliqué, le Comité espérait présenter officiellement un ensemble de projets de conclusions contenant notamment ceux formulés dans le rapport intermédiaire (révisés si nécessaire au vu du présent rapport et des débats tenus en plénière et au sein du Comité de rédaction) en vue de leur adoption par la Commission à sa soixante-septième session en 2015.

6. Les huit projets de conclusions adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction en 2014 sont divisés en trois parties : a) introduction; b) approche fondamentale; c) pratique générale. Il est proposé d'ajouter une quatrième partie regroupant les projets de conclusions formulés dans le deuxième rapport qui n'ont pas encore été examinés, intitulée « Acceptation d'une pratique générale comme étant le droit (*opinio juris*) ». Dans le présent rapport, il est également proposé d'ajouter deux autres parties, intitulées « Formes particulières de pratique et de preuves » et « Exceptions à l'application générale des règles de droit international coutumier ».

7. Lors du débat tenu par la Sixième Commission en 2014, l'élaboration d'un guide pratique, sous forme de conclusions assorties de commentaires, destiné à aider les praticiens à déterminer les règles de droit international coutumier a recueilli l'assentiment général. Les délégations ont pleinement souscrit à l'approche dite des deux éléments. Plusieurs ont ajouté que la thèse selon laquelle, dans certains domaines, un seul élément suffirait à établir l'existence d'une règle de droit international coutumier ne trouvait confirmation ni dans la pratique internationale ni dans la jurisprudence. Certaines délégations ont proposé d'étudier les variations dans le poids accordé aux deux éléments dans différentes branches du droit international. Si plusieurs délégations ont reconnu que c'était surtout la pratique des États qui devait être prise en compte pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier, certaines ont également souligné l'importance de la pratique des organisations internationales dans la formation et la détermination des règles coutumières, en particulier lorsque les États membres leur ont transféré des compétences¹⁰.

8. Le présent rapport doit être lu en conjonction avec les deux premiers rapports de 2013 et 2014, les travaux réalisés par le Comité de rédaction en 2014 et les débats tenus à la Commission du droit international et au sein de la Sixième Commission. Il a pour objet de compléter la série de projets de conclusions que nous avons proposés. Nous y abordons plusieurs questions non traitées dans notre deuxième rapport ainsi que des points sur lesquels il a été décidé que la Commission reviendrait en 2015. Chaque section du présent rapport est consacrée à une question particulière : la partie II approfondit l'analyse des liens unissant les deux éléments constitutifs; la partie III offre une étude plus détaillée de l'inaction comme pratique ou comme preuve de l'acceptation de la pratique comme étant le droit; la partie IV

⁹ Compte rendu analytique A/CN.4/SR.3242; le texte intégral du rapport du Président en date du 7 août 2014 est disponible à l'adresse suivante : http://legal.un.org/ilc/sessions/66/DC_ChairmanStatement%28IdentificationofCustom%29.pdf.

¹⁰ A/CN.4/678 : *Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-neuvième session, établi par le Secrétariat*, par. 52 à 59.

porte sur le rôle des traités et des résolutions adoptés par les organisations internationales et dans le cadre des conférences internationales; la partie V est consacrée à la jurisprudence et à la doctrine; la partie VI revient sur la pratique des organisations internationales; les parties VII et VIII portent sur deux notions particulières : la « coutume particulière » et l'« objecteur persistant »; enfin, la partie IX esquisse le futur programme de travail sur la question. Par commodité, les projets de conclusions formulés dans le rapport, qui doivent être lus en parallèle avec ceux déjà proposés par nous et par le Comité de rédaction, sont reproduits en annexe.

9. À sa session de 2014, la Commission a une nouvelle fois demandé aux États de lui fournir, le 31 janvier 2015 au plus tard, des informations sur leur pratique relative à la formation du droit international coutumier et aux types d'éléments servant à identifier ce droit dans une situation donnée. Cette pratique peut être reflétée dans :

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

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

La Commission a ajouté qu'elle « apprécierait des informations sur les recueils et études portant sur la pratique des États dans le domaine du droit international »¹².

10. À la date de l'établissement du présent rapport, en plus des contributions communiquées en 2014¹³, six autres contributions avaient été reçues¹⁴. Les contributions restent bienvenues à tout moment.

11. Plusieurs organismes ont organisé des réunions à la fois encourageantes et stimulantes sur différents aspects de la question. L'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique étudie actuellement la question de la détermination des règles du droit international. À notre connaissance, son groupe d'experts informel a examiné le rapport de son rapporteur spécial et adopté une série de commentaires devant être soumis à l'examen de l'organisation à sa session d'avril 2015¹⁵. En outre, les éléments nouveaux intervenus dans la jurisprudence et la doctrine depuis l'établissement du deuxième rapport ont été pris en considération dans le présent rapport.

¹¹ A/69/10, *supra*, note 8, par. 29.

¹² *Ibid.*, par. 30.

¹³ Cuba, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Irlande, République d'El Salvador, République fédérale d'Allemagne, République tchèque, Royaume de Belgique et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

¹⁴ Autriche, Finlande, République de Corée, République fédérale d'Allemagne, République tchèque et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

¹⁵ La cinquante-quatrième session annuelle de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique se tiendra à Beijing du 13 au 17 avril 2015, peu après la présentation du présent rapport.

II. Lien entre les deux éléments constitutifs de la coutume internationale

12. La nécessité d'examiner plus avant le lien unissant les deux éléments constitutifs du droit international coutumier a été évoquée au sein de la Commission du droit international et de la Sixième Commission en 2014¹⁶. L'aspect temporel des deux éléments et l'application de l'approche des deux éléments dans différentes branches du droit international font partie des points soulevés à cet égard.

13. Pratique générale acceptée comme étant le droit, le droit international coutumier se manifeste dans et par des comportements assortis d'une *opinio juris*. Comme la Cour internationale de Justice l'a déclaré à plusieurs reprises, « [n]on seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit »¹⁷. Il a été dit que les deux éléments constitutifs du droit international coutumier n'étaient pas deux entités juxtaposées mais n'étaient que deux aspects d'un même phénomène : un comportement donné exécuté ou perçu subjectivement d'une certaine manière¹⁸.

14. Si les deux éléments du droit international coutumier sont effectivement réellement indissociables, l'un ne pouvant exister sans l'autre¹⁹, il faut, pour

¹⁶ A/69/10, *supra*, note 8, par. 153; A/CN.4/678, *supra* note 10, par. 53.

¹⁷ *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 44, par. 77. Voir également *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 109; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)], arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 122, par. 55.

¹⁸ B. Stern, « Custom at the Heart of International Law », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, 2001, p. 92. Voir également G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Martinus Nijhoff, 1993, p. 81 et 82 (« [A]lthough *opinio juris* is recognized as a separate element of custom, as a practical matter it can be made cognizable only through overt manifestations of state behavior. Within the framework of the customary law-making process, the rules of behavior created by evolving state practice are accepted as law through acts that also form part of practice in a broad sense. Moreover, the same acts and actions making up the relevant practice can express both the attitude of states towards the content of the emerging rule of conduct and the recognition of this rule as legally binding. It follows that the element of *opinio juris* cannot be entirely separated from practice. »); H. Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford University Press, 2014, p. 62 (« Practice and *opinio juris* together supply the necessary information for it to be ascertained whether there exists a customary rule, but the role of each – practice and *opinio* – is not uniquely focused; they complement one another. »); W. T. Worster, « The Transformation of Quantity into Quality: Critical Mass in the Formation of Customary International Law », *Boston University International Law Journal*, vol. 31, 2013, p. 8 et 9 (« The objective and subjective elements are not separated [...] we do not conduct an inquiry into the sufficiency of practice and, only once that inquiry is confirmed, move to an inquiry into whether states hold *opinio juris*. Instead, we assess, or should assess, the sufficiency of practice when it is done with *opinio juris*, meaning that we are also looking for a critical mass of practice with *opinio juris*. »).

¹⁹ R. Müllerson, « On the Nature and Scope of Customary International Law », *Austrian Review of International & European Law*, vol. 2, 1997, p. 344, 345, 346 et 347 (« [L]ike heads and tails, [the two elements] may be separated for analytical purposes but [...] cannot exist independently from each other ... the question whether there are customary norms without any of the two elements – practice and *opinio juris* – is an artificial (imagined) question. There is always some “actual” practice, otherwise one could not simply speak of patterns of behaviour which may be (or may not be) legally binding. »).

déterminer s'il existe une règle de droit international coutumier, examiner et vérifier l'existence de chaque élément séparément²⁰. Cette opération suppose d'évaluer, pour chaque élément, plusieurs preuves, car, comme il est expliqué dans le deuxième rapport, la pratique acceptée comme étant le droit ne devrait généralement pas se prouver par la pratique même que le droit international coutumier est censé prescrire²¹ : ce n'est pas parce qu'une chose est faite que cette chose *doit* être faite²².

15. Lorsqu'on cherche à déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier, la preuve de la pratique correspondante ne devrait pas servir à prouver également l'acceptation de cette pratique comme étant le droit : il faut éviter cette double prise en compte (ou référence répétée²³)²⁴. Comme H. Thirlway l'a fait observer, il est tout à fait possible que les manifestations d'une pratique et les formes de preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit se recourent, mais, il ne s'ensuit pas, en général, que tel ou tel acte puisse être constitutif des deux, sauf à revenir à la théorie moniste de la coutume²⁵.

²⁰ Comme M. Hmoud l'a dit, on peut affirmer que les deux éléments sont imbriqués et que leur formation et leur preuve se conjuguent dans de nombreux cas, mais il n'en reste pas moins que ce sont deux éléments distincts aux fins de la détermination de l'existence d'une règle de droit (compte rendu analytique A/CN.4/SR.3226, 17 juillet 2014) Voir également A. Pellet, « Article 38 », in A. Zimmermann *et al.* (dir.), *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, 2^e éd., Oxford University Press, 2012, p. 813 (« [A] splitting up of the definition of custom into two distinct elements – a “material” or “objective” one represented by practice and a “psychological”, “intellectual” or “subjective” one, usually called *opinio juris* [...] constitutes an extremely useful tool for “discovering” customary rules. »); J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^e éd., Oxford University Press, 2013, p. 23 (« [T]he existence of a custom [...] is the conclusion drawn by someone (a legal adviser, a court, a government, a commentator) as to two related questions: (a) is there a general practice; (b) is it accepted as international law? »).

²¹ A/CN.4/672, *supra*, note 6, par. 72 à 74.

²² M. N. Shaw, *International Law*, 7^e éd., Cambridge University Press, 2014, p. 53. Voir également *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 44, par. 76 (« [L]e fait d'avoir agi ou de s'être engagé à agir d'une certaine façon ne prouve rien sur le plan juridique. ») et par. 77 (« [M]ême si pareille attitude avait été beaucoup plus fréquente [...] ces actes, même considérés globalement, ne suffiraient pas en eux-mêmes à constituer l'*opinio juris* [...]. Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. »); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 253 et 254, par. 65 à 68; *Ahmadou Sadio Diallo, (République de Guinée c. République démocratique du Congo), Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 615, par. 90 (« Le fait [...] que différents accords internationaux [...] aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre États et investisseurs étrangers, ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire. »); *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, C.P.I.J. 1927, Recueil des arrêts (série A), n° 10, p. 28; Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, chambre préliminaire, dossier n° 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), *Decision on the Appeals against the Co-Investigating Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE)*, 20 mai 2010, par. 53 (« A wealth of State practice does not usually carry with it a presumption that *opinio juris* exists »).

²³ Compte rendu analytique A/CN.4/SR.3223, 15 juillet 2014 (M. Murase).

²⁴ Voir également A/CN.4/672, *supra*, note 6, par. 74 : « Appliquer cette règle à telle pratique qui n'en est pas réellement une permettrait également d'exclure que des déclarations abstraites puissent en soi être génératrices de règles de droit. »

²⁵ H. Thirlway, « Human rights in customary law: an attempt to define some of the issues », *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, 2015 (*à paraître*) (l'auteur écrit également : « The

16. Le droit international coutumier a souvent été décrit comme une pratique qui, accompagnée de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit, se cristallise en norme juridique. Cela étant, on s'accorde de plus en plus à dire que si la pratique des États constitue le facteur initial à prendre en considération²⁶, il n'est pas impératif que toutes les règles du droit international coutumier y trouvent leurs racines²⁷. Autrement dit, l'acceptation d'une pratique comme étant le droit (*opinio juris* naissante) peut se développer en premier et donner lieu à une pratique qui incarne cette acceptation, de façon à produire une règle de droit international coutumier²⁸. Comme l'a souligné le représentant de l'Afrique du Sud devant la Sixième Commission, ce qui compte, pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier, c'est la présence des deux éléments et non leur ordre temporel d'apparition²⁹.

two-element theory necessarily implies that there has to be something present that can be described as State practice, and something present that indicates, or from which the conclusion can be drawn, that States consider that a rule of customary law exists. »). Voir également M. H. Mendelson, « The Formation of Customary International Law », Recueil des cours, vol. 272, 1998, p. 155, 206 et 207 (« What must, however, be avoided is counting the same act as an instance of both the subjective and the objective element. If one adheres to the “mainstream” view that it is necessary for both elements to be present, and in particular for the subjective element to be accompanied by “real” practice, this must necessarily preclude treating a statement as both an act and a manifestation of belief (or will). »); M. Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge University Press, 1999, p. 136 à 141. Néanmoins : « Quite often, both elements coincide; even in the cases where it has proclaimed the validity of the theoretical distinction between practice and *opinio juris*, the [International] Court mixes them up. » (Pellet, *supra*, note 20, p. 827); voir cependant A. G. Koroma, « The Application of International Law by the International Court of Justice », *Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law*, vol. 4, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 101.

²⁶ Shaw, *supra*, note 22, p. 54. Voir également p. Tomka, « Custom and the International Court of Justice », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, 2013, p. 195 et 208 (où l'auteur évoque l'affaire *Activités militaires et paramilitaires* au Nicaragua et contre celui-ci : « Behind this inquiry into *opinio juris* there is, of course, an assumption that sufficient practice existed. »).

²⁷ Pour reprendre les termes employés par H. W. A. Thirlway, *International Customary Law and Codification* (A. W. Sijthoff, 1972), p. 68.

²⁸ Bien entendu, l'*opinio juris*, au sens strict, ne saurait précéder la pratique qu'elle est censée accompagner : il y a plutôt l'idée qu'une règle devrait exister (ou l'idée erronée qu'elle existe). Si, par la suite, on constate l'existence d'une pratique conforme à cette idée, on pourra facilement lui imputer. En ce sens, l'*opinio* peut, pour ainsi dire, être antédaturée; mais au moment où elle a été exprimée, il ne s'agissait que d'une *opinio* et non d'une *opinio juris*. Voir également K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2^e éd., Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 64 et 65; p. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, 8^e éd., L.G.D.J., 2009, p. 262 (« Traditionnellement, la pratique est à l'origine de l'*opinio juris*. C'est la répétition des précédents dans le temps qui fait naître le sentiment de l'obligation. On assiste cependant, dans certains cas, à une inversion du processus : l'expression d'un “besoin de droit” [...] est à l'origine d'une pratique qui parachève la formation de la norme coutumière. Aux coutumes “sages” s'opposent ce que l'on a appelé les coutumes “sauvages”. »); J. Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, Routledge, 2010, p. 80 à 85.

²⁹ Déclaration disponible en ligne sur le portail de la Plateforme d'écopublication PaperSmart de l'Organisation des Nations Unies : <<http://www.un.org/en/ga/sixth/>>. Cet argument a également été avancé par MM. Park, Murase et Nolte lors du débat tenu l'année dernière par la Commission (comptes rendus analytiques A/CN.4/SR.3223, 15 juillet 2014, A/CN.4/SR.3226, 17 juillet 2014). Voir également A. Cassese, *Le droit international dans un monde divisé*,

17. L'approche des deux éléments, qui est largement soutenue au sein de la Commission et par les États et trouve un appui dans la pratique internationale en général ainsi que dans la jurisprudence et la doctrine³⁰, s'applique à la formation et la détermination de toutes les règles de droit international coutumier. Toutefois, comme nous l'avons relevé dans le deuxième rapport, il peut y avoir « des variations dans la mise en œuvre de l'approche des deux éléments, selon la branche du droit [international] (ou, peut-être plus précisément, selon le type de règle) »³¹. Ce constat montre que le droit international coutumier est souple par définition et témoigne du rôle qu'il joue dans l'ordre juridique international. Par conséquent, dans certains cas, une forme particulière (ou plusieurs manifestations particulières) de pratique ou une preuve particulière de l'acceptation d'une pratique comme étant le droit peut être plus pertinente que dans d'autres; en outre, il faut, dans l'évaluation des éléments constitutifs, prendre en considération les conditions dans lesquelles la règle présumée est apparue et doit être appliquée³². En tout état de

Clarendon Press, 1986, p. 162 (« Naturellement ces deux facteurs ne sont pas exigés dès le départ. »).

³⁰ A/CN.4/672, *supra*, note 6, par. 21 à 27. Comme M. Huang l'a expliqué lors du débat tenu par la Commission en 2014, on pourrait comparer le droit international coutumier à un être humain dont le corps serait la pratique générale et l'âme, l'*opinio juris* : autrement dit, les deux éléments sont d'une importance vitale (compte rendu analytique A/CN.4/SR.3226, 17 juillet 2014).

³¹ A/CN.4/672, *supra*, note 6, par. 28. Selon M. Šturma, reconnaître que le poids accordé à la pratique et à l'*opinio juris* puisse différer selon la branche du droit international considérée ne nécessite pas de remplacer la théorie uniforme de la coutume internationale par des théories sectorielles en droit international des droits de l'homme, en droit international humanitaire, en droit pénal international, etc. (compte rendu analytique A/CN.4/SR.3226, 17 juillet 2014); voir également MM. Park, Hassouna et Hmoud (comptes rendus analytiques A/CN.4/SR.3223, 15 juillet 2014, A/CN.4/SR.3225, 17 juillet 2014, et A/CN.4/SR.3226, 17 juillet 2014).

³² Voir également L. Condorelli, « Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law », in A. Cassese (dir.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, 2012, p. 147 et 148 (sur l'établissement de l'existence du droit international coutumier : « [I]t is the operation that consists in gathering evidence to prove the social effect of the rules in question. This evidence may be multiple, and the weight of each piece may also be different in different situations: an extended period may sometimes be necessary, or at other times the evidence may work synchronously. In all cases it should be deemed sufficient if it enables the assessment that the rule sought indeed has social effect in the international community. In short, the object sought is single, and there is also a single method to use, but paths to go through to find it may be different: longer and more difficult here, faster there, and sometimes, perhaps, very fast. »); Thirlway, *supra*, note 25 (« It is of course possible to concede that both *opinio juris* and practice are needed to establish a customary rule of human rights law, but to hold that each element, but particularly practice, in this special domain, may be of a different character from that generally required to establish custom. »); *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt*, C.I.J. Recueil 1969, p. 230 (Opinion dissidente de M. Lachs) (« Il y a, dans l'activité des États et le droit international, certains domaines qui par leur nature même n'engendrent que très difficilement un droit général, tandis qu'il en est d'autres, anciens et nouveaux, où cela est plus facile. »), et p. 176, 177 et 178 (Opinion dissidente de M. Tanaka) (« Déterminer si ces deux facteurs sont réunis ou non dans le processus de formation d'un droit coutumier soulève des problèmes délicats et difficiles à résoudre [...]. Chaque fait doit être apprécié en fonction des circonstances particulières [...]. [Il faut apprécier les deux éléments] en fonction des circonstances – et donc avec une certaine souplesse; en d'autres termes, il faut se placer dans une perspective téléologique [...]. En bref, comme je l'ai indiqué plus haut, le mode de formation d'une règle coutumière est différent selon qu'il s'agit de tel ou tel domaine du droit. Le facteur temps (la durée de la coutume) est relatif; il en va de même du facteur numérique (la pratique des États). Non seulement faut-il

cause, il ne faut pas dénaturer la nature fondamentale du droit international coutumier en tant que pratique générale acceptée comme étant le droit³³.

18. Nous proposons d'ajouter le projet de paragraphe 2 suivant au projet de conclusion 3 [4] :

Projet de conclusion 3 [4]

Appréciation de la preuve pour les deux éléments

...

2. Chaque élément doit être établi séparément. D'une manière générale, il faut pour cela apprécier les preuves propres à chaque élément.

III. L'inaction comme pratique et preuve de l'acceptation de la pratique comme étant le droit

19. Comme nous l'avons indiqué dans notre deuxième rapport, l'inaction (également dénommée pratique passive, abstention d'agir, silence ou omission) « peut être un élément essentiel à la formation et à la détermination de règles du

évaluer chacun des facteurs qui contribuent à la naissance d'une règle coutumière compte tenu de toutes les circonstances, mais encore considérer la formation du droit dans son ensemble comme un processus organique et dynamique. On ne doit pas envisager les conditions requises pour l'existence d'un droit coutumier d'un point de vue purement formaliste et oublier ce faisant le point de vue de la nécessité sociale, c'est-à-dire l'importance des buts et des objectifs de la règle coutumière considérée. »); K. Wolfke, « Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law », in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24, 1993, p. 1 et 15 (« As regards these ways and means of proving whether a custom already exists no full list of guidelines can be drawn up. »).

³³ Voir également Thirlway, *supra*, note 27, p. 145 (« The nature of the two constitutive elements in custom may also develop, provided development does not become distortion from the essential nature of custom. »); H. Waldock, « General Course on Public International Law », *Recueil des cours*, vol. 106, 1962, p. 49 (« The essential problem in each case [...] is to assess the consistency, duration and generality of the practice and to weigh them in the balance with other elements, such as the political, economic and social considerations which motivate the practice. In doing this, a judge or the legal adviser of a Government will draw upon his own knowledge of international affairs and of the attitudes and policies of States. But the ultimate test must always be: "is the practice accepted as law?" This is especially true in the international community, where those who participate in the formation of a custom are sovereign States who are the decision-makers, the law-makers within the community. Their recognition of the practice as law is in a very direct way the essential basis of customary law. »). Les propos de MM. Simma et Paulus sont également intéressants à ce propos : « So far, it seems, the traditional sources of international law have displayed enough flexibility to cope with new developments. Even if they may not satisfy the intellectual quest for unity in the international legal system, these sources have stood the test of time and have been widely accepted. As long as no alternative legal processes that would be universally accepted are in sight, the old ones will simply have to do. And yet, the vision of an international law more amenable to the realization of global values remains compatible with the régime of traditional sources [...] to the extent these values find "sufficient expression in legal form" » [B. Simma, A. L. Paulus, « The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View », *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, p. 316 (citation omise)].

droit international coutumier »³⁴. À la lumière des débats tenus en 2014, nous avons entrepris de revenir plus en détail sur cette question dans le présent rapport³⁵.

20. L'inaction est une forme de pratique qui (lorsqu'elle est générale et assortie de l'acceptation comme étant le droit) peut donner naissance à une règle de droit international coutumier³⁶. Parmi les exemples bien connus, on peut mentionner le fait de ne pas protéger certaines personnes naturalisées³⁷, celui de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État³⁸, et celui de s'abstenir d'exercer des poursuites pénales dans certaines circonstances³⁹. Plus encore que les autres formes

³⁴ A/CN.4/672, *supra*, note 6, par. 42. Voir également projet de conclusion 6 [7], par. 1, adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction en 2014 (*supra*, note 9).

³⁵ A/69/10, *supra*, note 8, par. 180.

³⁶ Voir également *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 99, par. 188 (« La Cour doit néanmoins s'assurer de l'existence, dans le droit international coutumier, d'une *opinio juris* relative à la valeur obligatoire d'une telle abstention. »); G. I. Tunkin, « Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law », *California Law Review*, vol. 49, 1961, p. 419 et 421 (« The custom to abstain from action under certain circumstances may undoubtedly lead to the creation of a rule of conduct that may become a juridical norm. Obviously, everything said before about the elements of repetition, time, and continuity applies equally to the practice of abstinence. »); M. Akehurst, « Custom as a Source of International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 47, 1977, p. 1 et 10 (« State practice [...] can also include omissions and silence on the part of States. »); G. M. Danilenko, « The Theory of International Customary Law », *German Yearbook of International Law*, vol. 31, 1988, p. 9 et 28 (« [U]sual or habitual abstentions from specific actions may constitute a practice leading to a rule imposing a duty to abstain from such actions in similar situations, i.e., a practice constituting a prohibitive norm of international law. »); J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Cambridge University Press, 2005, p. xlv et xlvi (« If the practice largely consists of abstention combined with silence, there will need to be some indication that the abstention is based on a legitimate expectation to that effect from the international community. »); M. Mendelson, « State Acts and Omissions as Explicit or Implicit Claims », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges offerts à Michel Virally*, Pedone, 1991, p. 373 à 382; Koroma, *supra*, note 25, p. 93; *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, §102, commentaire b (« Inaction may constitute state practice. »).

³⁷ *Affaire Nottebohm, deuxième phase, arrêt du 6 avril 1955*, C.I.J. Recueil 1955, p. 22.

³⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 89, par. 188.

³⁹ *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, C.P.I.J. 1927, Recueil des arrêts, série A, n° 10, p. 28. Voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 253 et 254, par. 65 (la Cour déclare que les États qui proposent une interdiction se réfèrent à une « pratique constante de non-utilisation des armes nucléaires par les États »); *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 135, par. 77 (« L'absence presque totale de toute jurisprudence contraire est également significative, tout comme le fait qu'aucun État n'a jamais » [déclaré que le droit international coutumier ne prescrivait pas l'immunité dans ce type d'affaires]); *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1971, p. 134 (Opinion individuelle de M. Petré, où il est affirmé à propos de la pratique de la non-reconnaissance : « Le terme même de non-reconnaissance implique non pas une action positive mais l'abstention d'actes signifiant la reconnaissance. »); *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt du 27 août 1952*, C.I.J. Recueil 1952, p. 221 (Opinion dissidente de MM. Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Sir Benegal Rau); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt*, C.I.J. Recueil

de pratique, l'inaction peut parfois être difficile à repérer et à qualifier; en tout état de cause, comme pour les autres formes de pratique, « il ne suffit pas de prouver [...] des omissions dont on prétend qu'[elles] constituent une pratique des États mais [...] il faut encore les interpréter » pour s'assurer qu'elles sont effectivement acceptées comme étant le droit⁴⁰. Quand il n'est pas possible d'établir clairement l'existence de cette acceptation, l'inaction peut être qualifiée d'« omission ambiguë »⁴¹.

21. L'inaction peut également valoir preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) lorsqu'elle vaut assentiment d'une pratique donnée. Aux fins de la détermination de l'existence d'une règle de droit international coutumier, il s'agit d'une autre forme d'inaction⁴² : en substance, nous avons affaire là à la tolérance, par un État, de la pratique d'un ou de plusieurs autres États dans des circonstances qui montrent que l'État qui s'abstient considère que la pratique en question est conforme au droit international⁴³. Comme l'a affirmé la Chambre de la Cour

1970, p. 198 et 199 (Opinion individuelle de M. Jessup, où il est question du fait que le département d'État américain a refusé de faire des représentations au nom d'une société américaine et que les États-Unis n'ont pas fait valoir un argument donné pour s'opposer à une réclamation dans un différend international).

⁴⁰ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 423 (Opinion dissidente de M. Shahabuddeen). Durant le débat tenu par la Sixième Commission en 2014, l'Irlande a fait valoir que, dans le cadre de l'évaluation de l'inaction comme forme de pratique, le contexte était particulièrement important et susceptible de jouer là un plus grand rôle que dans l'évaluation d'autres formes de pratique (déclaration disponible en ligne sur le portail de la plateforme d'écopublication PaperSmart : <<http://www.un.org/en/ga/sixth/>>).

⁴¹ Thirlway, *supra*, note 18, p. 61.

⁴² Comme l'a expliqué M. Hmoud, il est vrai que l'inaction peut être considérée comme une action négative, mais il faut faire une distinction entre l'inaction comme comportement, qui relève de l'élément objectif (pratique), et l'inaction comme forme d'acquiescement, qui relève du deuxième élément, subjectif (compte rendu analytique A/CN.4/SR.3226, 17 juillet 2014). Voir également l'intervention de M. Forteau au cours du débat tenu par la Commission en 2014 (compte rendu analytique A/CN.4/SR.3225, 17 juillet 2014); Danilenko, *supra*, note 36, p. 28 et 29 (« Under the heading of “passive” or “negative” practice, a practice of [two different types] may be understood. »).

⁴³ Manley O. Hudson, Rapporteur spécial sur l'article 24 du Statut de la Commission du droit international, a fait observer que pour devenir une règle du droit international coutumier, la règle devait « être généralement admis[e] dans la pratique d'autres États » (Article 24 of the Statute of the International Law Commission – Working Paper by Manley O. Hudson, A/CN.4/16 et Add.1, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1950, p. 26; au sujet des éléments essentiels du droit international coutumier, il écrit ailleurs : « [T]he concordant and recurring action of numerous States in the domain of international relations, the conception in each case that such action was enjoined by law, and the failure of other States to challenge that conception at the time. » (M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942*, Macmillan, 1943, p. 609). Voir, par exemple, Tribunal spécial pour le Liban, Chambre d'appel, affaire n° CH/AC/2010/02, décision en appel concernant l'ordonnance du juge de la mise en état relative à la compétence et à la qualité pour ester en justice, par. 47 (« La série de décisions rendues relativement à cette question [des pouvoirs inhérents des cours et des tribunaux] ajoutée à l'acceptation tacite ou l'acquiescement de tous les sujets de droit international concernés indiquent clairement l'existence d'une pratique et d'une *opinio juris* qui nous fondent à conclure qu'une règle de droit international coutumier s'est constituée. »); Cour suprême argentine, *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, causa n° 16.063/94, 2 novembre 1995, par. 90. Voir également K. Skubiszewski, « Elements of Custom and the Hague Court », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31, 1971, p. 838 (« The assertion of a right by one State or States, the toleration or admission by others that the former

internationale de Justice saisie de l'affaire du *golfe du Maine*, l'acquiescement « équiv[aut] à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement »⁴⁴.

22. Le refus ou le défaut d'agir, y compris l'incapacité d'agir ou l'absence d'intérêt direct⁴⁵, pouvant avoir diverses raisons, toute inaction n'aura pas

are entitled to that right, the submission to the obligation – these are phenomena that are evidence of the States' opinion that they have moved from the sphere of facts into the realm of law. »); Shaw, *supra*, note 22, p. 64 (« [W]here states are seen to acquiesce in the behaviour of other states without protesting against them, the assumption must be that such behaviour is accepted as legitimate. »); M. Akehurst, *supra*, note 36, p. 39 (« If actions by some States (or claims that they are entitled to act) encounter acquiescence by other States, a permissive rule of international law comes into being; if they encounter protest, the legality of the actions in dispute is, to say the least, doubtful. »); H. Meijers, « How is International Law Made? – The Stages of Growth of International Law and the Use of Its Customary Rules », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 9, 1978, p. 3, 4 et 5 (« [T]he inactive are carried along by the active [...] lack of protest – lack of open objection to the development of the new rule – is sufficient for the creation of a rule of customary law (and for the obligation to abide by it). »). Comme l'a écrit I. MacGibbon : « [A]quiescence [...] imparts a welcome measure of controlled flexibility to the process of formation of rules of customary international law. » [I. C. MacGibbon, « Customary International Law and Acquiescence », *British Yearbook of International Law*, vol. 33, 1957, p. 115 et 145 (où l'auteur donne toutefois un avis particulier sur le lien entre *opinio juris* et acquiescement)].

⁴⁴ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 305, par. 130. En l'espèce, l'inaction comme forme d'assentiment découle des notions d'acquiescement et d'estoppel en droit international, normalement applicables dans un cadre bilatéral; le rapprochement n'est pas forcément exact mais peut néanmoins être utile. Voir également I. C. MacGibbon, « The Scope of Acquiescence in International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 31, 1954, p. 143 et 145 (« The function of acquiescence may be equated with that of consent, which was described by Professor Smith as "the legislative process of international law"; it constitutes a procedure for enabling the seal of legality to be set upon rules which were formerly in process of development and upon rights which were formerly in process of consolidation [...] its value lies mainly in the fact that it serves as a form of recognition of legality and condonation of illegality and provides a criterion which is both objective and practical. »); N. S. Marques Antunes, « Acquiescence », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), par. 2 (« In international law, the term "acquiescence" – from the Latin *quiescere* (to be still) – denotes consent. It concerns a consent tacitly conveyed by a State, unilaterally, through silence or inaction, in circumstances such that a response expressing disagreement or objection in relation to the conduct of another State would be called for. Acquiescence is thus consent inferred from a juridically relevant silence or inaction. »).

⁴⁵ De même, M. Kittichaisaree a déclaré que le fait de ne pas protester contre des violations interétatiques pouvait avoir de nombreuses explications plausibles autres que le fait d'être convaincu de la licéité de l'action, et M^{me} Jacobsson a souligné que l'inaction pouvait constituer une preuve de l'acceptation de la pratique comme étant le droit, mais que l'inverse pouvait aussi être vrai : l'inaction pouvait être interprétée autrement que comme une forme d'acceptation (comptes rendus analytiques A/CN.4/SR.3225 et A/CN.4/SR.3226, 17 juillet 2014). Voir également Crawford, *supra*, note 20, p. 25 (« Silence may denote either tacit agreement or a simple lack of interest in the issue. »); Shaw, *supra*, note 22, p. 57 (« Failures to act are in themselves just as much evidence of a States' attitudes as are actions. They similarly reflect the way in which a nation approaches its environment [...]. A failure to act can arise from either a legal obligation not to act, or an incapacity or unwillingness in the particular circumstances to act. »). Voir *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 42, par. 73 (« On ne saurait s'appuyer sur le fait que la non-ratification puisse être due parfois à des facteurs autres qu'une désapprobation active de la convention en cause pour en déduire

forcément valeur d'assentiment : seul le « silence qualifié »⁴⁶, détaillé dans les paragraphes qui suivent, peut être considéré comme un assentiment donné à la pratique considérée⁴⁷. L'interprétation de l'inaction devrait de façon générale être relative et tenir compte (de l'enchaînement) des faits et de la relation unissant les États concernés⁴⁸.

23. Premièrement, l'inaction pourrait permettre d'établir l'assentiment uniquement si la pratique considérée appelle une réaction. Comme la Cour internationale de Justice l'a déclaré dans l'affaire *Malaisie/Singapour* : « L'absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement. Autrement dit, un silence peut aussi être éloquent, mais seulement si le comportement de l'autre État appelle une réponse »⁴⁹. Cela suppose que la pratique en question ait des conséquences pour les intérêts ou les droits de l'État qui s'abstient ou refuse d'agir⁵⁰; par ailleurs, s'agissant des relations

l'acceptation positive de ces principes : les raisons sont conjecturables mais les faits demeurent. »).

⁴⁶ M. E. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 2^e éd. Kluwer Law International, 1997, p. 39.

⁴⁷ Voir également MacGibbon, *supra*, note 44, p. 183 (« To preclude its application to circumstances which do not warrant it, and to ensure its acceptance where appropriate, the doctrine [of acquiescence] is qualified by certain necessary safeguards. »).

⁴⁸ Marques Antunes, *supra*, note 44, par. 19. Voir également I. Brownlie, « Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom », in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, vol. I, 2004, p. 315 (« A minority of academics have asserted that, in the case of the Security Council, a failure to condemn a particular action by a State constitutes approval of the action concerned. This approach is much too simplistic. Everything depends upon the context and the precise content of the records of the debates. Failure to express disapproval of the conduct of a State may have a number of procedural and political causes unconnected with the issue of legality. »).

⁴⁹ *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 50 et 51, par. 121 (sur le plan de l'établissement de la souveraineté). Selon M^{me} Escobar Hernández, l'inaction doit s'apprécier au regard des circonstances et il faut en particulier se demander si on pouvait raisonnablement attendre une réaction de l'État (compte rendu analytique A/CN.4/SR.3226, 17 juillet 2014). Voir également *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 130, par. 31 (Opinion individuelle de M. Fouad Ammoun); M. Bos, « The Identification of Custom in International Law », *German Yearbook of International Law*, vol. 25, 1982, p. 9 et 37 (« [I]t should be emphasized that silence may not always be taken to mean acquiescence: for States cannot be deemed to live under an obligation of permanent protest against anything not pleasing them. For legal consequences to ensue, there must be good reason to require some form of action. »); MacGibbon, *supra*, note 44, p. 143 (« Acquiescence thus takes the form of silence or absence of protest in circumstances which generally call for a positive reaction signifying an objection. »). Il convient de rappeler que le projet de conclusion 9 2) sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adopté à titre provisoire par la Commission en 2014 est ainsi libellé : « Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut, lorsque les circonstances appellent une réaction, constituer une acceptation de la pratique ultérieure. » (*Rapport de la Commission de 2014*, par. 75 et 76).

⁵⁰ Voir également l'intervention de la Grèce lors du débat tenu en 2014 par la Sixième Commission sur les travaux de la Commission du droit international, disponible en ligne sur le portail de la plateforme d'écopublication PaperSmart : <<http://www.un.org/en/ga/sixth/>> (« It [is] the conscious inaction of an interested State with regard to the practice in question, often considered in relation to an act, proposal or assertion of another State calling for a reaction, that might be relevant, not just any form of inaction. »); *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 229 (Opinion dissidente de M. Lachs) (« [États qui] ont acquiescé [à une pratique] lorsqu'ils se sont trouvés placés devant des actes législatifs d'autres États dont les effets les concernaient »); G. I. Tunkin (L. N. Shestakov (dir.), W. E. Butler (dir.), trad.),

qui touchent les intérêts de l'humanité toute entière, il semble que l'intérêt général de tous les États suffise pour faire présumer que l'absence de protestation vaut acquiescement⁵¹.

24. Deuxièmement, l'État sur l'inaction duquel on cherche à s'appuyer pour déterminer si une règle de droit international coutumier s'est formée, doit avoir eu connaissance de la pratique en question ou les circonstances doivent avoir été telles qu'il est présumé avoir eu cette connaissance⁵².

Theory of International Law, Wildy, Simmonds & Hill, 2003, p. 139 (« Assuredly, not every silence can be regarded as consent. Particularly in those instances when the respective forming of a customary norm does not affect a State's interests at the given time, its silence cannot be considered to be tacit recognition of this norm. But in those instances when an emerging rule affects the interests of a particular State, the absence of objections after a sufficient time can, as a rule, be regarded as tacit recognition of this norm. »); Akehurst, *supra*, note 36, p. 40 (« Failure to protest against an assertion *in abstracto* about the content of customary law is less significant than failure to protest against concrete action taken by a State in a specific case which has an immediate impact on the interests of another State. »); Danilenko, *supra*, note 18, p. 108 (« Under existing international law, absence of protests implies acquiescence only if practice affects interests and rights of an inactive state [...]. Ascertainment of the fulfillment of [...] [this] requirement usually involves the evaluation of specific characteristics of practice taking into account, in particular, the sphere and subject matter of regulation. As a rule, not only direct but also indirect interests may be taken into account. »); Skubiszewski, *supra*, note 43, p. 846 (« The attitude of mere toleration, i.e. lack of protest linked to lack of express consent or acquiescence, is sufficient when the claims put forward by the participants in the practice do not impose any duties on the non-participants [...]. But when a correlative duty follows from the right claimed in the practice, the attitude of non-participants – in order to contribute to the creation of custom – must be of a more explicit nature. That is, it must be either express consent or unequivocal acquiescence. »).

⁵¹ Danilenko, *supra*, note 18, p. 108.

⁵² Voir également *Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951 : C.I.J. Recueil 1951*, p. 138 et 139; Shaw, *supra*, note 22, p. 58 (« [A]cquiescence must be based upon full knowledge of the [alleged] rule involved. Where a failure to take a course of action is in some way connected or influenced or accompanied by a lack of knowledge of all the relevant circumstances, then it cannot be interpreted as acquiescence. »); J. I. Charney, « Universal International Law », *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993), p. 529 et 536 (« [A]cceptance may be established by acquiescence. The acquiescence of states is often not tantamount to knowing and voluntary consent. For acquiescence to acquire that status, the state must be aware of the subject of the consent and must know that failure to object will be taken as acceptance. Thus, acquiescence, if it obliges, must be tantamount to actual consent, but consent expressed by nonaction rather than by action. »); Akehurst, *supra*, note 36, p. 39 (« [A]cts or claims by one State which other States could not have been expected to know about carry very little weight, and no conclusion can be drawn from failure to protest against such acts or claims. »); Villiger, *supra*, note 46, p. 39 (« Of course, passive conduct could only amount to qualified silence if a State knows of the practice of other States and of the (emerging) customary rule. »). Dans l'affaire du *golfe du Maine*, le Canada a déclaré : « The essence of the principle of acquiescence is one government's knowledge (actual or constructive) of the conduct or assertion of rights of the other government concerned, and its failure to protest that conduct or assertion of rights [...]. The knowledge, coupled with silence, is taken to be a tacit acceptance. » (C.I.J. Mémoires, plaidoiries et documents, vol. V, p. 81 et 82). Selon Arangio-Ruiz : « Particularly nowadays any action or omission of a State is known all over the world with the immediateness of a ray of light. » (G. Arangio-Ruiz, « Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of "Spontaneous" International Custom », in N. Angelet (dir.), *Droit du pouvoir, Pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, 2007, p. 100).

25. Troisièmement, et relativement à l'exigence de connaissance de la pratique en question, il faut que l'inaction ait duré suffisamment longtemps⁵³.

26. Nous proposons que le paragraphe 3 du projet de conclusion 11 formulé dans notre deuxième rapport (et que le Comité de rédaction n'a pas encore examiné) soit ainsi libellé :

Projet de conclusion 11

Preuve de l'acceptation comme étant le droit

...

3. L'inaction peut également valoir preuve de l'acceptation comme étant le droit, à condition que les circonstances appellent une réaction.

IV. Le rôle des traités et des résolutions

27. L'importance pratique, pour la formation et l'identification du droit international coutumier, des traités et de la pratique conventionnelle (en particulier multilatérale) ainsi que des résolutions des organisations et des conférences internationales est bien reconnue. À mesure que progressent l'organisation de l'ordre international et la codification du droit international, le droit international coutumier « se caractérise de plus en plus par sa stricte relation avec les textes écrits »⁵⁴. Pour reprendre les mots du juge Tomka, « la prévalence croissante de

⁵³ Voir également *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 310 et 311, par. 151 (« trop courte pour avoir pu produire un tel effet juridique »); *Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951, C.I.J. Recueil 1951*, p. 138 (« La tolérance générale des États étrangers à l'égard de la pratique norvégienne est un fait incontesté. Durant une période de plus de soixante ans, le Gouvernement du Royaume-Uni lui-même n'a élevé aucune contestation à ce sujet. »); Meijers, *supra*, note 43, p. 23 et 24 (« [A]ll states which could become bound by their inaction must have the time necessary to avoid implicit acceptance by resisting the rule. »); A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press, 2008, p. 94 (« Mere toleration is not the same as acceptance of practice as law [...]. There are implications for the doctrine of acquiescence, the burden of proof for which is very high, presupposing long and consistent inaction accompanied by consciousness of legal change. »); I. Sinclair, « Estoppel and Acquiescence », in V. Lowe et M. Fitzmaurice (dir.), *Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge University Press, 1996, p. 120 (« [T]he Court has shown wisdom and restraint in requiring in effect that conduct that might arguably amount to acquiescence must be maintained over a certain period of time. »).

⁵⁴ T. Treves, « Customary International Law », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006, par. 2 (et par. 25 : « The intensification of practice within international organizations and conferences, the adoption of multilateral treaties, and the existence and activity of specialized international tribunals has contributed to the acceleration of the formation of customary rules in these and other fields. ») Voir également *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 291 (Opinion dissidente de M. Tanaka) (« L'apparition d'organisations telles que la Société des Nations ou l'Organisation des Nations Unies, accompagnées de leurs diverses institutions spécialisées et affiliées, a eu l'effet de substituer pour une bonne part la méthode de la "parlementaire" au système individualiste des négociations internationales traditionnelles (affaires du *Sud-Ouest africain, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 346), ce qui a nécessairement influé sur le mode de création du droit international coutumier. »); J. Charney, « Remarks on the Contemporary Role of Customary International Law », in *ASIL/NVIR Proceedings*, 1995, p. 23 (« While customary law is still created in the

l'expression des opinions juridiques sous des formes écrites précises – traités, travaux de codification, résolutions, etc. – a eu une incidence notable » sur les moyens d'établir l'existence du droit international coutumier⁵⁵.

28. Ces textes écrits peuvent soit consacrer des règles coutumières préexistantes (codification de la *lex lata*), soit tendre à préciser ou à développer le droit (développement progressif), soit encore formuler des règles nouvelles. Souvent, il est donc nécessaire « non pas de préciser telle règle de droit, mais de rechercher si une règle clairement exprimée adoptée dans un instrument [écrit] correspond en fait au droit coutumier⁵⁶ ».

29. Il convient d'être prudent lorsqu'on cherche à constater l'existence de règles de droit international coutumier à partir de textes écrits tels que les traités et les résolutions⁵⁷. Comme nous le verrons plus loin, toutes les circonstances doivent être prises en considération et appréciées.

traditional way, that process has increasingly given way in recent years to a more structured method [...]. Developments in international law often get their start or substantial support from proposals, reports, resolutions, treaties or protocols debated in such [multilateral] forums. »); J. Barboza, « The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly », in C. A. Armas Barea *et al.* (dir.), *Liber Amicorum « In Memoriam » of Judge José María Ruda*, Kluwer Law International, 2000, p. 14 (« Customs, nowadays, are usually the product of the injection of texts in the body of existing practices. »); Danilenko, *supra*, note 18, p. 79 et 80 (« The emergence, in the framework of international conferences and organizations, of new forms of state practice, made up of purely verbal claims and declarations, leads to an increasing “formalization” of the customary law-making process. Such practice may establish a broad consensus that determines the outlines of preferred conduct of states before the emergence of actual practice, and thereby affects subsequent developments. Such a modified customary “negotiating” process renders more cognizable elements of conscious will aimed at creating or modifying customary legal obligations. »); S. D. Murphy, *Principles of International Law*, 2^e éd., West, 2012, p. 98 (« An important dynamic within international law is the manner in which treaties shape and develop customary international law. »); Condorelli, *supra*, note 32, p. 151 (« More and more nowadays, international custom is perceived as “*consuetudo scripta*”: we find, that is, a broad correspondence between general customary norms and those written down in large international conventions of (basically) universal character. »); O. Corten, *Méthodologie du droit international public*, éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 161 à 178 (« Les sources documentaires pertinentes en vue de l'établissement d'une règle coutumière »).

⁵⁵ Tomka, *supra*, note 26, p. 196 (où l'auteur analyse la méthode suivie par la Cour internationale de Justice pour déterminer le contenu des normes coutumières, et p. 215 : « The landscape of international law has changed in dramatic ways since international custom was first defined as a general practice accepted as law. Most notably, the content of international law has been increasingly specified through the adoption of binding and non-binding instruments purporting to codify the rules of international law. »). Voir également G. Gaja, *Recueil des cours*, tome 364, 2012, p. 37, 38 et 39 (« Rather than on a thorough analysis of the attitude of States, the [International] Court often relies on a text which carries some authority. [...] In many instances the text in question is a codification convention, even if it is not applicable as a treaty to the dispute in hand. [...] There are several decisions by the Court which take as authoritative, for ascertaining a rule of customary law, a declaration made by the General Assembly or a conference of States. »)

⁵⁶ Tomka, *supra*, note 26, p. 205 (où l'auteur évoque les conventions de codification).

⁵⁷ Voir également *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 97 et 98, par. 184 (« La Cour ne saurait considérer des règles comme faisant partie du droit international coutumier et applicables en tant que telles à des États simplement parce que ceux-ci affirment les reconnaître. La Cour, à laquelle l'Article 38 du Statut prescrit entre autres d'appliquer la coutume internationale (comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit),

30. Dans les développements qui suivent, nous analysons deux formes de textes écrits adoptés par les États auxquels il est souvent fait appel pour constater l'existence d'une règle de droit international coutumier. Des considérations similaires peuvent être formulées pour d'autres documents écrits, comme ceux produits par la Commission du droit international, en particulier lorsque les États y ont également donné suite.

A. Traités

31. Le texte du paragraphe 2 du projet de conclusion 4 [5], qui a été adopté provisoirement par le Comité de rédaction en 2014, mentionne, parmi les diverses formes que peut prendre la pratique des États, les « actes résultant des traités »⁵⁸. Le projet de conclusion 11 proposé dans le deuxième rapport (qui n'a pas encore été examiné par le Comité de rédaction) cite la « pratique conventionnelle » parmi les formes de preuves de l'acceptation comme étant le droit⁵⁹. Lors des débats tenus par la Commission et la Sixième Commission en 2014, il a été proposé que le rôle des traités soit examiné plus avant dans le troisième rapport. Si l'interaction entre les traités et la coutume internationale soulève un certain nombre de questions importantes, nous nous intéressons ici au rapport que les traités et la pratique conventionnelle ont avec la formation et l'identification du droit international coutumier.

32. Comme il a été rappelé dans le mémorandum du Secrétariat, l'intérêt des traités pour l'identification du droit international coutumier a été examiné en différentes occasions par la Commission⁶⁰. Ainsi, en 1950 déjà, dans son rapport à l'Assemblée générale, cette dernière déclarait :

ne peut ignorer le rôle essentiel d'une pratique générale. [...] [D]ans le domaine du droit international coutumier, il ne suffit pas que les parties soient du même avis sur le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle. La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des États est confirmée par la pratique. »); I. Sinclair, « The Impact of the Unratified Codification Convention », in A. Bos et H. Siblesz (dir.), *Realism in Law-Making: Essays on International Law In Honour of Willem Riphagen*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 220 (« [C]omplex considerations [...] have to be taken into account in determining whether, and if so to what extent, a new rule embodied in a codification convention may be regarded as expressive of an existing or emerging norm of customary law. Any such rule has to be analyzed in its context and in the light of the circumstances surrounding its adoption. It also has to be viewed against the background of what may be a rapidly developing State practice in the sense of the new rule. »); O. Schachter, « Entangled Treaty and Custom », in Y. Dinstein et M. Tabory (dir.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 717, 721, 730 et 731 (« [C]autions are called for in respect of treaty rules. Various factors need to be assessed in evaluating the evidence of *opinio juris*. In many cases, the record of discussions, expert opinions, and close analysis of the rules in question enable a judgment to be made that there is a general belief that the rules are part of customary law, binding on all States. An important caveat is that conclusions as to general *opinio juris* cannot rest on the views of numerical majorities alone. An essential element is that the collectivity of States include the opinions of those States specially interested in the matter covered and those which possess the ability and determination to give effect to their conviction concerning the legal obligation in question. »).

⁵⁸ Rapport intermédiaire du Président du Comité de rédaction, 7 août 2014, annexe; voir également A/CN.4/672, *supra*, note 6, par. 41 h).

⁵⁹ A/CN.4/672, *supra*, note 6, par. 76 f).

⁶⁰ Mémorandum du Secrétariat, par. 23 (note 55) et par. 29 (note 84).

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. Aux fins présentes, la Commission estime donc opportun de tenir compte dans une certaine mesure des documents du droit international conventionnel dans le cadre de son examen des moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier.⁶¹

33. Sans constituer en soi des règles de droit international coutumier⁶², les dispositions des traités, en tant qu'« expression explicite de la volonté des États⁶³ », peuvent apporter une preuve précieuse de l'existence (ou non) et du contenu de ces règles⁶⁴. En particulier, elles peuvent contenir des formulations relativement

⁶¹ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol. II, p. 268, par. 19.

⁶² Voir également A. Boyle et C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 236 (« [S]upport for a treaty rule, however universal, cannot by itself create “instant” law. Such [law-making] treaties will only create new law if supported by consistent and representative state practice over a period of time. That practice can in appropriate cases consist mainly of acquiescence, or the absence of inconsistent practice. »); R. Bernhardt, « Custom and treaty in the law of the sea », *Recueil des cours*, vol. 205, 1987, p. 272 (« I think that at least one statement can be safely made: if only the treaty rule exists and if it is not supported by any additional proof, this is not enough for the emergence of a customary norm. Provisions in a treaty can only be considered as expressing customary norms if additional elements of State practice supported by *opinio juris* can be adduced. »); Schachter, *supra*, note 57, p. 723 (« Certainly there is no support by courts or scholars for concluding that a treaty becomes customary law solely by virtue of its conclusion or entry into force. »)

⁶³ I. F. I. Shihata, « The Treaty as a Law-Declaring and Custom-Making Instrument », *Revue égyptienne de droit international*, vol. 22, 1966, p. 73.

⁶⁴ Voir *KAING Guek Eav alias Duch*, dossier n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, arrêt, Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre de la Cour suprême, 3 février 2012, par. 94 (« Il convient de reconnaître que le droit des traités et le droit international coutumier s'étayent et se complètent souvent mutuellement. Un traité peut ainsi servir à prouver l'existence d'une règle coutumière, soit en ce qu'il exprime la conviction des États parties que la règle existe, soit en ce qu'il reproduit le droit international coutumier applicable tel qu'il était déjà formé au moment de l'adoption du traité. »); Villiger, *supra*, note 46, p. 132 (« [C]onventional texts may – though not invariably so – offer evidence of a customary rule. Like codes and resolutions, such texts merely reflect or declare, but (on account of the independence of sources) do not actually constitute, the underlying customary rule the existence of which depends on other conditions of State practice and *opinio juris*, and which does not require the additional contractual basis for its binding force. »); Shihata, *supra*, note 63, p. 89 (« In fact, every treaty has some evidential value beyond its contractual limits. This value differs in degree from one treaty to another, but the range of difference is not so great as to deprive a treaty of all evidential value or to make it in itself a conclusive evidence. »); J. I. Charney, « International Agreements and the Development of Customary International Law », *Washington Law Review*, vol. 61, 1986, p. 990 (« Conferences held to negotiate international agreement provide a vehicle by which states communicate their views for the purpose of producing rules of law. Agreements reached at such fora do change nations' »)

précises de règles coutumières possibles et traduisent les vues des États quant à leur nature (à tout le moins à la date où le traité en question est conclu)⁶⁵. Dès lors, les traités peuvent permettre un examen préliminaire de la question de savoir « si l'existence d'une règle coutumière applicable à l'espèce a déjà été déterminée avant qu'il soit nécessaire d'examiner *de novo* la preuve principale de la coutume »⁶⁶; la Cour internationale de Justice a de fait déclaré qu'« elle p[ouvai]t et d[eva]it en prendre en considération le contenu dans le cadre de l'identification du droit international coutumier »⁶⁷.

perceptions of their rights and duties. If this process were irrelevant to customary law development, some law may become frozen in time and fail to reflect movement realized at international negotiations. The gap that could develop between custom and treaty law might complicate interstate relations. »; I. L. Lukashuk, « Customary Norms in Contemporary International Law », in J. Makarczyk (dir.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, p. 499 (« The content of multilateral and bilateral treaties represents the most lucid and authoritative evidence specifically of legal practice. »); A. M. Weisburd, « Customary international Law: The Problem of Treaties », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, 1988, p. 5 (« Treaties, like statutes, are legal documents, more or less precisely phrased accessible with relative ease. The more weight given to them in the determination of customary law rules, the easier it is to make such determinations. »); R. R. Baxter, « Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 41, 1965-1966, p. 278 (« [A] treaty to which a substantial number of States are parties must be counted as extremely powerful evidence of the law. Of course, as is true of any rule extracted from the State practice of a number of nations, the force of the purported rule is enhanced or diminished by the absence or presence of conflicting practice on the part of other States. »); K. Wolfke, « Treaties and Custom: Aspects of Interrelation », in J. Klabbers et R. Lefeber (dir.), *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays In Honour of Bert Vierdag*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 36 (« [T]he establishment of international customary rules is a cumbersome task in which treaties play a very important role. »; « [t]he evidential role of treaties is closely combined with their role in the custom-forming process »).

⁶⁵ Voir également Baxter, *supra*, note 64, p. 297 (« [S]ince the treaty speaks with one voice rather than [many], it is much clearer and more direct evidence of the state of the law than the conflicting, ambiguous and multi-temporal evidence that might be amassed through an examination of the practice of each of the individual [signatory] States [...] a structure of treaty law is more persuasive and authoritative than a structure constructed of the diverse and jumbled materials of State practice. »); Schachter, *supra*, note 57, p. 721 et 722 (« The accessibility of the treaty – its black letter law – is an important practical factor. »); J. Kirchner, « Thoughts About a Methodology of Customary International Law », *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 43, 1992, p. 231 (« Treaties in any case supply a reservoir for the language of a possible rule. They facilitate the [International] Court's task of drafting the wording of the customary rules in question. This is to avoid the laborious task of forming general rules out of a sequence of individual acts. Instead, the Court can compare state practice with the contents of a rule previously drafted. »)

⁶⁶ Tomka, *supra*, note 26, p. 201 (et p. 206 : « [I]n the presence of a codification, the Court no longer proceeds by distilling a rule from instances of practice through pure induction, but rather by considering whether the instances of practice support the written rule. »)

⁶⁷ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 97, par. 183 (après être arrivée à la conclusion que les traités en question et le droit international coutumier se recouvraient largement, la Cour a déclaré : « [L]a Cour ne doit pas perdre de vue la Charte des Nations Unies ni celle de l'organisation des États américains, en dépit de l'entrée en jeu de la réserve relative aux traités multilatéraux. [...] [E]lle peut et doit en prendre en considération le contenu dans le cadre de l'identification du droit international coutumier. ») Voir également *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 30 (« Il est [...] indéniable que, ayant été adoptée par l'écrasante majorité des États, la Convention de 1982 revêt une

34. Le texte des traités à lui seul ne suffit pas à prouver l'existence ou le contenu d'une règle de droit international coutumier : quel que soit le rôle que joue le traité par rapport à la coutume internationale (voir *infra*), il faut également, pour que l'existence dans le droit international coutumier d'une règle inscrite dans un texte écrit soit établie, que la règle trouve un appui dans des manifestations extérieures de la pratique associées à l'acceptation comme étant le droit⁶⁸. Selon les termes de l'arrêt rendu dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* : « Il est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États, même si les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant. »⁶⁹

35. On distingue au moins trois moyens par lesquels une disposition conventionnelle peut refléter ou être amenée à refléter une règle de droit international coutumier⁷⁰, c'est-à-dire aider à déterminer l'existence et le contenu de la règle. La disposition peut : a) codifier une règle qui existe à la date de la conclusion du traité; b) aboutir à la cristallisation d'une règle en voie de formation; c) donner naissance à une pratique générale acceptée comme étant le droit, faisant ainsi apparaître une nouvelle règle de droit international coutumier. S'il est utile de les distinguer les uns des autres, il faut préciser que ces trois processus peuvent parfois se confondre.

importance majeure, de sorte que, même si les Parties ne l'invoquent pas, il incombe manifestement à la Cour d'examiner jusqu'à quel point l'une quelconque de ses dispositions pertinentes lie les Parties en tant que règle de droit international coutumier. »).

⁶⁸ Voir également *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 104 (Opinion individuelle de M. Ammoun) (« La preuve de la formation de la coutume ne se déduit pas des énonciations d'un texte conventionnel. C'est dans la pratique des États qu'il faut la rechercher. »); *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 435 (Opinion dissidente de Sir Barwick) (« Le droit conventionnel, dont l'application est limitée aux parties à la convention, peut se transformer dans certains cas appropriés en droit coutumier. En revanche, il se peut que même un traité [...] largement accepté ne crée pas ou n'établisse pas un état du droit international coutumier [...]. »); Shihata, *supra*, note 63, p. 90 (« [O]ne treaty in itself and in its inception unsupported by any prior practice cannot by itself form or prove the existence of a general rule, although it may mark the first step in the formation of such a rule. »); Charney, *supra*, note 64, p. 996 (« [S]uch [international conference] negotiations [and international agreements] provide useful evidence of new rules of international law [...] [but] they should be carefully viewed in the context of state practice and *opinio juris*. »); Weisburd, *supra*, note 64, p. 6 (« [T]reaties are simply one more form of state practice and [...] one cannot answer questions as to the content of customary international law simply by looking to the language of treaties. »)

⁶⁹ *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985*, p. 29 et 30, par. 27. Voir également *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 98, par. 184 (« Lorsque deux États conviennent d'incorporer dans un traité une règle particulière, leur accord suffit pour qu'elle fasse loi entre eux; mais dans le domaine du droit international coutumier, il ne suffit pas que les Parties soient du même avis sur le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle. La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des États est confirmée par la pratique. »); Boyle et Chinkin, *supra*, note 62, p. 234 (« [A] treaty does not "make" customary law, but [...] it may both codify existing law and contribute to the process by which new customary law is created and develops. »)

⁷⁰ Le caractère de codification ou de développement du droit international coutumier d'une disposition conventionnelle peut bien évidemment varier en fonction du moment où on l'apprécie.

36. Premièrement, le traité peut codifier une règle coutumière préexistante⁷¹. Dans ce cas, il est « dans ses origines [ou] dans ses prémices »⁷² déclaratoire de ladite règle, autrement dit « les rédacteurs du traité identifient les règles de droit international coutumier existant au début de l'élaboration du traité de codification et les expriment sous forme de *jus scriptum* »⁷³. Ainsi, par exemple, dans le préambule de la Convention sur la haute mer de 1958, les États parties déclarent être désireux de « codifier les règles du droit international relatives à la haute mer » et reconnaître que les dispositions qui y sont énoncées « sont pour l'essentiel déclaratoires de principes établis du droit international ». De leur côté, les rédacteurs de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens de 2004, tout en considérant dans le préambule que « les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens procèdent d'un principe généralement accepté du droit international coutumier », se déclarent convaincus qu'une convention internationale « contribuerait à la codification et au développement [progressif] du droit international et à l'harmonisation des pratiques dans ce

⁷¹ Les articles 4, 38 et 43 de la Convention de Vienne sur le droit des traités confirment qu'il peut y avoir coexistence de règles conventionnelles et de règles coutumières. Voir également *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt du 3 février 2015, par. 88 (« Lorsqu'un traité énonce une obligation qui existe également en droit international coutumier, l'obligation résultant du traité et celle du droit coutumier demeurent distinctes. »); *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 424 (« Le fait que [les principes de droit international coutumier et général], reconnus comme tels, sont codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne veut pas dire qu'ils cessent d'exister et de s'appliquer en tant que principes de droit coutumier, même à l'égard de pays qui sont parties auxdites conventions. »); *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 94 à 96; p. 207 (Opinion individuelle de M. Ni); et p. 302 (Opinion dissidente de M. Schwebel); *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 24, par. 45, et p. 30 et 31, par. 62; *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952, p. 220 (Opinion dissidente de M. M. Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Sir Bengal Rau); *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, arrêt, C.I.J. Recueil 1993, p. 135 (Opinion individuelle de M. Shahabuddeen); Weisburd, *supra*, note 64, p. 19 et 20. Pour les diverses opinions relatives à l'effet des traités de codification sur les règles coutumières qu'ils visent à consacrer, voir Villiger, *supra*, note 46, p. 151 à 154.

⁷² *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 45, par. 81; voir également p. 242 (Opinion dissidente de M. Sørensen) (« Certaines dispositions conventionnelles ne font qu'énoncer des règles de droit international qui ont déjà été généralement acceptées dans le cadre du droit international coutumier; il est indéniable que les règles qui s'y trouvent consacrées sont applicables à tous les États, qu'ils soient ou non parties au traité. »).

⁷³ Y. Dinstein, « The Interaction Between Customary International Law and Treaties », *Recueil des cours*, vol. 322, 2006, p. 357. Comme il est expliqué dans R. R. Baxter, « Treaties and Custom », *Recueil des cours*, vol. 129, 1970, p. 56 : « The declaratory treaty is most readily identified as such by an express statement to that effect, normally in the preamble of the instrument, but its character may also be ascertained from preparatory work for the treaty and its drafting history. » Voir également Wolfke, *supra*, note 64, p. 36 (« [I]f a treaty contains an express, or even an indirect, recognition, of an already existing customary rule, such recognition constitutes additional evidence of the customary rule in question. ») Comme il est bien expliqué dans Weisburd, *supra*, note 64, p. 23 : « Even when this type of statement [that the treaty is declarative of custom] is an inaccurate description of the state of the law as of the date of the treaty's conclusion, it amounts to an explicit acknowledgment by the parties to the treaty that they would be legally bound to the treaty's rules even if the treaty did not exist. »

domaine ». Dans d'autres cas, la notion de codification peut également être présente implicitement dans le texte⁷⁴.

37. Cependant, les traités qui visent à codifier des règles de droit international coutumier « ne se vérifient pas par eux-mêmes sur ce point »⁷⁵. Les « conventions de codification » peuvent contenir (et contiennent souvent) des dispositions qui développent le droit⁷⁶ ou constituent des accords particuliers convenus par les parties aux négociations, et même une simple disposition peut n'être qu'en partie déclaratoire de droit international coutumier⁷⁷. Il peut également arriver que l'affirmation du caractère coutumier d'une règle dans un texte conventionnel soit incorrecte ou que le droit international coutumier ait évolué depuis la conclusion du traité⁷⁸. Aussi convient-il, dans chaque cas, de rechercher si la disposition en

⁷⁴ Tel est notamment le cas de la Convention sur le génocide, dans laquelle les Parties « confirment » que le génocide est un crime du droit des gens (voir également *Réserves à la Convention sur le génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 23).

⁷⁵ J.K. Gamble, « The Treaty/Custom Dichotomy: An Overview », *Texas International Law Journal*, vol. 16, 1981, p. 310. Voir également *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 97 et 98, par. 184 (« La Cour ne saurait considérer des règles comme faisant partie du droit international coutumier et applicables en tant que telles à des États simplement parce que ceux-ci affirment les reconnaître. La Cour, à laquelle l'Article 38 du Statut prescrit entre autres d'appliquer la coutume internationale (comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit), ne peut ignorer le rôle essentiel d'une pratique générale. [...] [D]ans le domaine du droit international coutumier, il ne suffit pas que les Parties soient du même avis sur le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle. La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des États est confirmée par la pratique. »); Murphy, *supra*, note 54, p. 99 (« [A]bsent evidence to the contrary, there is a respectable argument that a new treaty is not codifying existing customary international law since, if it were, there would be no need for the treaty. »); Danilenko, *supra*, note 18, p. 154 (« [I]t should be emphasized that codifying conventions, even those which expressly state that they embody existing customary law, can never be considered as conclusive evidence of customary law. »); A. T. Guzman, « Saving Customary International Law », *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, 2005, p. 162 (« [O]ne of the main functions of treaties is to establish new obligations among states – obligations that do not exist under CIL. When faced with practice based on treaty obligations, then, it is difficult to know if this reflects *opinio juris*. »); L. B. Sohn, « Unratified Treaties as a Source of Customary International Law », in A. Bos et H. Siblesz (dir.), *Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 237 (« [A] treaty may represent not the accepted law but a derogation from it as between the parties to it. »).

⁷⁶ Ainsi, par exemple, le préambule de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 mentionne « la codification et le développement progressif du droit de la mer réalisés dans la Convention ».

⁷⁷ Voir également F. Pocar, « To What Extent Is Protocol I Customary International Law? », in A. E. Wall (dir.), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, Naval War College, 2002, p. 339 (« [A]s the codification process necessarily requires an assessment of the customary rule or principle concerned as well as a written definition thereof, the resulting written text may be regarded as affecting its scope and content. Consequently, any precision or new element that may have been added – as is normally the case – by the treaty provision to the principle of customary law which it codifies must be checked carefully in order to establish whether it has come to be accepted as generally applicable. However, the addition of new elements by a treaty provision to a customary principle should be distinguished from specifications deriving by necessary implication from the accepted general customary principle. »)

⁷⁸ Voir également K. Wolfke, *supra*, note 64, p. 35 (« [A] treaty could at most be an approximate replica of a living practice, like a picture of a living person. »)

question, d'une part, avait bien vocation à codifier la coutume et, d'autre part, reflète le droit international coutumier existant. Autrement dit, il faut vérifier que « l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des États est confirmée par la pratique »⁷⁹. Ce faisant, il importe de tenir compte des déclarations et du comportement des États : « il faut comparer les preuves de la pratique des parties réunies dans le traité à toutes les autres preuves [conformes ou non] de droit international coutumier, conformément à la procédure normale employée pour attester de l'existence du droit international coutumier », en particulier « la pratique ou les déclarations antérieures des États concernés »⁸⁰. Les travaux préparatoires liés à la disposition en question peuvent indiquer si et dans quelle mesure les parties au traité considéraient que la disposition était déclaratoire du droit international existant⁸¹; les déclarations faites ultérieurement à la conclusion du traité peuvent également présenter un intérêt⁸². Il peut être particulièrement important d'examiner la pratique extraconventionnelle, à savoir celle des États non parties et celle des États parties envers les États non parties.

38. Deuxièmement, le traité (ou, plus exactement peut-être, l'activité conventionnelle) peut cristalliser une règle de droit international coutumier en voie de formation. Cette situation se produit lorsque l'évolution du droit se poursuit « par la pratique des États dans la ligne des débats de la conférence et des accords auxquels on avait presque abouti [...] par l'effet de l'assentiment général apparu à cette conférence »⁸³. Pour citer le juge Sørensen : « [U]n traité visant à créer un

⁷⁹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 98, par. 184.

⁸⁰ Baxter, *supra*, note 73, p. 44.

⁸¹ Voir, par exemple, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1971, p. 47, par. 94 (« Les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités concernant la cessation d'un traité violé (qui ont été adoptées sans opposition), peuvent, à bien des égards, être considérées comme une codification du droit coutumier existant dans ce domaine. ») Le fait que la disposition en question ait suscité une forte opposition ou exigé des compromis importants lors des travaux préparatoires peut, par exemple, donner à penser que celle-ci ne reflétait pas une règle coutumière. Voir également *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 38, par. 62; Villiger, *supra*, note 46, p. 131 et 132 (« [I]f the preparatory phases disclose inconsistencies in the practice of States, or if States reject or denounce the (declaratory) conventional rule, this will weaken the case for the customary rule. »)

⁸² Voir Akehurst, *supra*, note 36, p. 49 à 52.

⁸³ *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 23, par. 52 (« [A]près cette conférence, l'évolution du droit s'est poursuivie par la pratique des États dans la ligne des débats de la Conférence et des accords auxquels on avait presque abouti. Deux notions se sont cristallisées ces dernières années en droit coutumier par l'effet de l'assentiment général apparu à cette conférence. ») Voir également *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 38, par. 24; et p. 170, par. 23 (Opinion dissidente de M. Oda) (« Il est certes possible qu'avant même qu'un projet de traité multilatéral prenne effet et devienne obligatoire pour les États qui y sont parties conformément à sa clause finale, certaines de ses dispositions soient devenues des règles du droit international coutumier par l'effet de la pratique répétée des États intéressés. »); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 305 (Opinion individuelle de M. Ammoun) (« Les conventions n'ayant pas en vue la codification de règles existantes peuvent néanmoins constituer des éléments d'une coutume internationale naissante [...]. »); Sohn, *supra*, note 75, p. 245 et 246 (« The Court is thus willing to pay attention not only to a text that has codified a pre-existing customary law but also to one that has crystallized an "emergent rule of international law". It is sufficient for that purpose to have the rule in question adopted by an

droit nouveau peut être fondé dans une certaine mesure sur la pratique des États et sur des opinions doctrinales non encore cristallisées en droit coutumier. Pareil traité peut partir non d'une table rase mais d'une règle coutumière *in statu nascendi*. »⁸⁴. Le traité peut alors être amené à refléter une règle de droit international coutumier qui était « *in statu nascendi* au début du travail de codification [...] : la coutume embryonnaire se cristallisera [non pas par le fait de l'élaboration du traité en soi mais] grâce aux réactions des gouvernements aux négociations et aux consultations menées pendant le travail d'élaboration »⁸⁵. On en trouve un exemple important dans le développement de la notion de zone économique exclusive lors de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer (1973-1982) et son acceptation par les États comme droit international coutumier avant même l'adoption de la Convention des Nations Unies en 1982 et son entrée en vigueur en 1994⁸⁶.

international conference by consensus or [...] without a dissenting voice [...]. A new rule is created by its general acceptance by all States concerned [...]. If most States, including almost all States having a special interest in the application of the rule, act in accordance with it, there is a clear presumption that the rule agreed upon at the conference, though the agreement has not yet been ratified, has become an accepted rule of customary international law. »); Cassese, *supra*, note 29, p. 183 (« Il est intéressant, dans la phase actuelle du développement de la communauté mondiale, d'observer que le droit international coutumier se façonne souvent en marge des conférences diplomatiques réunies pour codifier et développer progressivement le droit international. »); E. Jiménez de Aréchaga, « General Course in Public International Law », *Recueil des cours*, vol. 159, 1978, p. 16 à 18; *London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, avec commentaires: résolution 16/2000 (Formation du droit international coutumier général), adoptée à Londres le 29 juillet 2000 à la soixante-neuvième Conférence de l'Association de droit international (« Déclaration de principes de Londres »), p. 49 (« [I]f State practice is developing in parallel with the drafting of the treaty [...] the latter can influence the former (as well as vice versa) so that the emerging customary law is indeed consolidated and given further definition. Similarly for the final stage – the adoption of a convention. Indeed, the longer the drafting and negotiating process takes, the more scope there may be for State practice to become crystallized in this way. »); J.-M. Henckaerts, « Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict », *International Review of the Red Cross*, vol. 87, 2005, p. 183 (« In practice, the drafting of treaty norms helps to focus world legal opinion and has an undeniable effect on the subsequent behaviour and legal conviction of States. »)

⁸⁴ *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 243 (Opinion dissidente de M. Sørensen) (et p. 244 : « [U]ne convention adoptée grâce aux processus combinés de codification et de développement progressif du droit international peut fort bien être ou devenir la preuve décisive de nouvelles règles de droit international généralement acceptées. Le fait que ladite convention ne vise pas simplement à être déclaratoire d'un droit coutumier préexistant a peu d'importance dans cette perspective. Elle peut servir de guide reconnu pour la pratique des États qui ont à résoudre les nouveaux problèmes juridiques en cause, et ses dispositions peuvent ainsi constituer le noyau autour duquel se cristallisera un nouvel ensemble de règles juridiques généralement reconnues. »)

⁸⁵ Dinstein, *supra*, note 73, p. 358 (« The scenario is that, before the initiation of the treaty-making effort, custom has been burgeoning but has not yet blossomed. The on-going negotiations and consultations contribute to an acceleration of State practice – if it was desultory in the past, it now moves apace – and to securing the communal *opinio juris*. The treaty then articulates the crystallized custom as positive law [...]. The key to successful crystallization is that it becomes evident in the course of the formulation of a treaty that a new customary *lex lata* has congealed. »)

⁸⁶ *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985*, p. 33, par. 34 (« Il est incontestable selon la Cour qu[e] [...] la pratique des États démontre que l'institution

39. Troisièmement, nonobstant le « principe de droit international » selon lequel « les parties à un traité multilatéral, quels qu'en soient le nombre et l'importance, ne sauraient porter atteinte aux droits des autres États »⁸⁷, le traité peut également servir de base à la formation d'une nouvelle règle de droit international coutumier⁸⁸. Comme la Cour internationale de Justice l'a observé, le processus par lequel une règle d'origine conventionnelle s'intègre dans le droit international général « est du domaine des possibilités et [...] se présente de temps à autre : c'est même l'une des méthodes reconnues par lesquelles des règles nouvelles de droit international coutumier peuvent se former »⁸⁹. Ce « mécanisme d'expansion »⁹⁰, par lequel

de la zone économique exclusive, où il est de règle que le titre soit déterminé par la distance, s'est intégrée au droit coutumier. »). Sur le développement de la notion de la zone économique exclusive, voir, par exemple, Y. Tanaka, *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2012, p. 124 et 125.

⁸⁷ *Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 165 (Opinion individuelle de M. Read). Voir également *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 90 (Opinion individuelle de M. De Castro) (« L'existence d'une tendance majoritaire, même l'acceptation dans une convention internationale, ne signifie pas que la convention a consacré ou cristallisé ladite règle en règle de droit coutumier. »); *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 34.

⁸⁸ L'article 38 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 s'intitule « Règles d'un traité devenant obligatoires pour des États tiers par la formation d'une coutume internationale » (le texte en est ainsi conçu : « Aucune disposition des articles 34 à 37 [qui portent sur les traités et les 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 reconnue comme telle. »

L'article 38 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales de 1986 est rédigé en termes similaires : « Aucune disposition des articles 34 à 37 ne s'oppose à ce qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un État tiers ou une organisation tierce en tant que règle coutumière de droit international reconnue comme telle. » Sur l'article 38 des Conventions de Vienne, voir G. Gaja, « Article 38 », in O. Corten et P. Klein (dir.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, 2^e éd., Oxford University Press, 2011, p. 949 à 960.

⁸⁹ *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 41, par. 71; voir également p. 96 (Opinion individuelle de M. Padilla Nervo) (« Un traité ne crée pas de droits ou d'obligations à l'égard d'un État tiers sans le consentement de celui-ci, mais les règles énoncées dans un traité peuvent devenir obligatoires pour un État qui n'y est pas partie en tant que règles coutumières de droit international. »); p. 225 (Opinion dissidente de M. Lachs) (« On reconnaît généralement que les dispositions d'instruments internationaux peuvent acquérir le statut de règles générales du droit international. Même des traités non ratifiés peuvent constituer le point de départ d'une pratique juridique. À plus forte raison des traités liant un grand nombre d'États sont-ils capables de produire cet effet, phénomène qui n'est pas inconnu dans les relations internationales. »); et p. 241 (Opinion dissidente de M. Sørensen (« Il est généralement reconnu que les règles énoncées dans un traité ou dans une convention peuvent obliger un État non contractant en tant que règles coutumières de droit international ou que règles généralement acceptées par ailleurs comme normes internationales juridiquement obligatoires. ») Voir également Tribunal spécial pour le Liban, affaire n° STL-11-01/I, *Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications*, Chambre d'appel, 16 février 2011, par. 107 à 109; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Delalić*, affaire n° IT-96-21-T, jugement, 16 novembre 1998, par. 301 à 306 (« Ce progrès [l'intégration d'une disposition conventionnelle dans le droit international coutumier] illustre bien la nature évolutive du droit international coutumier, qui est d'ailleurs sa force. »); Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, *Prosecutor v. Kallon*, affaires n° SCSL-2004-15-AR72(E) et SCSL-2004-16-AR72(E), *Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty*, 13 mars 2004, par. 82; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Tadić*, affaire n° IT-94-1, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle

l'application des règles énoncées dans les dispositions conventionnelles peut être étendue à des États non parties, ne doit pas « [être] considéré facilement comme atteint »⁹¹. Il faut d'abord « que la disposition en cause ait [...] un caractère

d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 98 (« [L]'interaction entre ces deux catégories est telle que certaines règles du droit conventionnel se sont progressivement intégrées au droit coutumier. »); *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif, 1^{er} février 2011, TIDM Recueil 2011*, p. 10, par. 135 (« La Chambre note que l'approche de précaution a été incorporée dans un nombre croissant de traités et autres instruments internationaux, dont beaucoup reflètent la formulation du Principe 15 de la Déclaration de Rio. De l'avis de la Chambre, ceci a créé un mouvement qui tend à incorporer cette approche dans le droit international coutumier. »); Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, JUGEMENT, 10 décembre 1998, par. 138 et 168 (« Plusieurs facteurs attestent que ces dispositions conventionnelles interdisant la torture ont donné naissance à des règles du droit coutumier [...]. Tout d'abord, ces traités [...] ont été ratifiés par presque tous les États. [...] [L]'adhésion quasiment universelle à ces traités atteste que tous les États acceptent, entre autres choses, l'interdiction de la torture [...]. En deuxième lieu, jamais aucun État n'a prétendu être autorisé à pratiquer la torture en période de conflit armé, de même qu'aucun État n'a montré ni déclaré qu'il était opposé à l'application des dispositions conventionnelles se rapportant à la torture. [...] En troisième lieu, la Cour internationale de justice a confirmé avec autorité, sans toutefois mentionner explicitement la torture, ce processus de création du droit coutumier. »); Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Domingues v. United States*, rapport n° 62/02, affaire n° 12.285, 2002, par. 104 (« The norms of a treaty can be considered to crystallize new principles or rules of customary law. It is also possible for a new rule of customary international law to form, even over a short period of time, on the basis of what was originally a purely conventional rule, provided that the elements for establishing custom are present. »); Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 mai 2005, par. 144 (« [T]here is no obstacle in international law to the expression of the will of States through treaties being at the same time an expression of practice and of the *opinio juris* necessary for the birth of a customary rule if the conditions for it are met. »); Cour européenne des droits de l'homme, *Van Anraat c. Pays-Bas*, requête n° 65389/09, Décision sur la recevabilité, 6 juillet 2010, par. 88 (« As the International Court of Justice expounds [...] it is possible for a treaty provision to become customary international law. For this it is necessary that the provision concerned should, at all event potentially, be of a fundamentally norm creating character such as could be regarded as forming the basis of a general rule of law; that there be corresponding settled State practice; and that there be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it (*opinio iuris sive necessitatis*). ») Voir toutefois Barboza, *supra*, note 54, p. 12 (« According to our view, however, it would be practically impossible that a custom could originate directly from a text. New though a certain field of law might be, it must have been preceded by some activities and those activities surely have given rise to practices moulded by necessity and principles applied by analogy. Had there not been *any activity*, it is hardly conceivable that a treaty deal with a subject [...]. »).

⁹⁰ Barboza, *supra*, note 54, p. 4 (où l'auteur évoque une communauté juridique pionnière formée par des États qui, en élaborant une convention, jouent un rôle pionnier dans le processus « législatif » et qui, par leur poids dans les relations internationales (du fait de la participation, en général, d'une ou plusieurs puissances mondiales et de la majorité des États particulièrement intéressés par l'objet de la convention), donnent une force considérable à l'invitation de cette communauté à y participer).

⁹¹ *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt*, C.I.J. Recueil 1969, p. 41, par. 71. Voir également Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *Mondev International Ltd v. United States of America*, sentence, 11 octobre 2002, par. 111 (« It is often difficult in international practice to establish at what point obligations accepted in treaties, multilateral or bilateral, come to condition the content of a rule of customary international law binding on States not party to those treaties »); S. M. Schwebel, « The Influence of Bilateral

fondamentalement normatif et puisse ainsi constituer la base d'une règle général de droit »⁹². Ainsi, il est peu probable de trouver parmi de telles dispositions celles qui prévoient un rôle pour les institutions particulières créées par le traité⁹³. Il faut en outre que « la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition

Investment Treaties on Customary International Law », *Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law*, vol. 98, 2004, p. 27 et 29 (« The process by which provisions of treaties binding only the parties to those treaties may seep into general international law and thus bind the international community as a whole is subtle and elusive. »); P. Weil, « Towards Relative Normativity in International Law? », *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, p. 433 à 438.

⁹² *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 41 et 42, par. 72. Voir également P.-H. Verdier et E. Voeten, « Precedent, Compliance, and Change in Customary International Law: An Explanatory Theory », *American Journal of International Law*, vol. 108, 2014, p. 426 (où les auteurs font valoir que le critère du « caractère normatif » semble exiger que, pour pouvoir s'imposer à tous les États, la règle doit être formulée en termes généraux); Thirlway, *supra*, note 27, p. 84 (« [I]t must be of such a kind that it can operate as a general rule. »); C. Brölmann, « Law-Making Treaties: Form and Function in International Law », *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, 2005, p. 383 et 384; B. B. Jia, « The Relations between Treaties and Custom », *Chinese Journal of International Law*, vol. 9, 2010, p. 92 (où l'auteur indique que le processus normatif est par définition une entreprise ambitieuse qui ne peut être accomplie que par la voie des traités multilatéraux); Villiger, *supra*, note 46, p. 179 (« General rules may be defined as intending to regulate *pro futuro*, with regard to a potentially unlimited, general number of subjects, rather than individualized ones. [...] A further criterion [...] is that "law-making" conventional rules are also of an abstract nature, i.e. potentially regulatory of an abstract number of situations, rather than concerning concrete situation. ») Voir toutefois R. Kolb, « Selected Problems in the Theory of Customary International Law », *Netherlands International Law Review*, vol. 50, 2003, p. 147 et 148 (« Different interpretations of that sentence have been advanced, for example, that the Court meant rules capable of binding states generally, or the fact that a provision does not contain too many exceptions which weaken its normative content. In any case, the "fundamentally law-creating" criterion does not seem very convincing. It is based on some form of logical inversion. It is not because a rule is fundamentally law-creating that that it may become customary; it is because it will have become customary through the practice of states that it may be termed, if this is desired, fundamentally law-creating. However, in such a case, the criterion becomes superfluous. It may only mean that in interpreting a provision with a view to establishing its customary nature, it may be reasonable to presume that an excessively narrow or specific norm does not easily qualify as general international law. But that is all. Even a very specific norm (e.g., setting a time-bar in figures), may become customary if states adopt it in their practice. Thus, what really counts is the effective practice of states and eventually their *opinio juris*, not any intrinsic quality of the norm at stake. Moreover, one could add that every norm is by its very nature, to some extent, "law-creating", i.e. normative or capable of generalization. The question is one of degree, and thus for contextual interpretation. »); *Déclaration de principes de Londres*, p. 52 et 53; Baxter, *supra*, note 73, p. 62.

⁹³ Dans l'affaire *Nicaragua c. Colombie*, la Cour internationale de Justice a estimé que le paragraphe 1 de l'article 76 de la Convention sur le droit de la mer (Limites extérieures du plateau continental) reflétait le droit international coutumier, sans toutefois se prononcer sur les paragraphes suivants : Différend territorial et maritime (*Nicaragua c. Colombie*), *arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 666, par. 118 (« [La Cour] considère que la définition du plateau continental énoncée au paragraphe 1 de l'article 76 de la CNUDM fait partie du droit international coutumier. À ce stade, [...] point n'est besoin pour elle de déterminer si d'autres dispositions de l'article 76 de la CNUDM font partie du droit international coutumier. »).

invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu »⁹⁴.

40. On pourrait citer de nombreux exemples de moyens par lesquels les dispositions de traités, en particulier celles de traités dits « normatifs », reflètent ou sont amenées à refléter les règles de droit international coutumier. Le droit de la mer est un domaine particulièrement riche en la matière, de l'influence de la Convention sur le plateau continental de 1958 sur l'acceptation de cette notion en droit international coutumier à l'émergence du concept de zone économique exclusive⁹⁵. De même, nombre de dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités reflétaient déjà des règles coutumières ou ont fini par être considérées comme telles⁹⁶. Parmi les règles les plus importantes de la Convention de Vienne, on peut citer celles relatives à l'interprétation des traités, qui ont été à maintes reprises considérées comme reflétant le droit international coutumier par les juridictions internationales et nationales et, partant, ont même été appliquées à des traités

⁹⁴ *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 43, par. 74. Voir également B. Cheng, « Custom: The Future of General State Practice In a Divided World », in R. St. John Macdonald et D. M. Johnston (dir.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p. 533 (« In each instance, whether such a metamorphosis [of treaty a provision into a rule of general international law] has taken place or not is a question of fact to be established by concrete evidence, as in attempts to ascertain the existence of any rule of general international law. »); G. L. Scott et C. L. Carr, « Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 25, 1996, p. 82 (« [M]ultilateral treaties themselves cannot generally create "instant" customary international law for all of the states in the international system, but rather must await their subsequent reactions. ») La Cour internationale de Justice a également considéré qu'« une participation très large et représentative à la convention [...], à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés », pourrait suffire à transformer une règle conventionnelle en une règle de droit international coutumier (par. 73). En d'autres termes, un traité multilatéral pourrait, dans certaines circonstances, « du fait [...] de [son] influence » (par. 71), donner naissance à une règle de droit international coutumier. Mais comme un auteur l'a récemment écrit (Tomka, *supra*, note 26, p. 207) : « The Court was careful not to determine definitely whether the method was even a possible one [...]. In any event, widespread participation in a codification convention has never, in the jurisprudence of the Court, been sufficient on its own for the confirmation of a customary rule. » Voir également *Déclaration de principes de Londres*, p. 52 et 54 (« [I]t should be noted that the Court failed either to give examples or properly to develop the point. Too much emphasis should therefore probably not be placed on the few words it did utter. And certainly, evidence of a more than merely contractual intention will not normally be present in a convention [...]. It follows from the foregoing analysis that a single plurilateral or bilateral treaty cannot instantly create general customary law "of its own impact", and it seems improbable that even a series of such treaties will produce such an effect, save in (at most) the rarest of circumstances. »); Schachter, *supra*, note 57, p. 724 à 726; Thirlway, *supra*, note 27, p. 86 à 91. Voir toutefois *Réserves à la Convention sur le génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 52 et 53 (Opinion dissidente de M. Alvarez); Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, *Prosecutor v. Norman*, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction, 31 mai 2004, par. 18 à 20 et 50.

⁹⁵ T. Treves, « Codification du droit international et pratique des États dans le droit de la mer », *Recueil des cours*, vol. 223, 1990, p. 9 à 302; J. A. Roach, « Today's Customary International Law of the Sea », *Ocean Development and International Law*, vol. 45, 2014, p. 239 à 259.

⁹⁶ Voir la partie sur le « caractère coutumier » relatif à chaque article de la Convention de Vienne dans O. Corten et P. Klein, *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2^e éd., Oxford University Press, 2011. Voir également I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2^e éd., Manchester University Press, 1984, p. 5 à 28.

anciens⁹⁷. L'immunité de l'État est un autre domaine dans lequel les conventions multilatérales sont devenues essentielles pour identifier les règles de droit international coutumier⁹⁸, même si les juridictions sont parfois arrivées à des conclusions différentes⁹⁹.

41. La pratique des parties à un traité (entre elles) étant en toute probabilité motivée principalement par l'obligation conventionnelle, elle présente généralement moins d'utilité pour constater l'existence ou la formation d'une règle de droit international coutumier¹⁰⁰. Cette pratique n'est normalement rien d'autre que cela,

- ⁹⁷ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1059, par. 18 (appliquant les règles de la Convention de Vienne à l'interprétation d'un traité datant de 1890). La jurisprudence est bien résumée dans la sentence rendue par le tribunal arbitral dans le cadre de l'arbitrage du *Rhin de fer (Belgique/Pays-Bas)*, sentence, 24 mai 2005, par. 45, *Recueil des sentences de la Cour permanente d'arbitrage*, T.M.C. Asser Press, 2007. Voir également projet de conclusion 1, par. 1, des projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (et par. 4 à 6 du commentaire), adoptés provisoirement par la Commission en 2013 : rapport de la Commission 2013 (A/68/10), par. 39.
- ⁹⁸ Voir également R. O'Keefe et C. J. Tams, *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. A Commentary*, Oxford University Press, 2013, p. xli (« There can be little doubt that the process of the Convention's elaboration has, through the close involvement of States, revealed, and where not simply revealed then crystallized, the content of the contemporary customary international law of State immunity. This is not to say that each and every substantive provision in its entirety is necessarily consonant with custom [...] both international and national courts have already looked to the Convention as persuasive evidence of today's customary rules [...]. ») Voir, en particulier, *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 123, par. 55 (« Dans le cas d'espèce, une pratique étatique particulièrement importante se dégage [...] des déclarations faites par les États à l'occasion de l'examen approfondi de cette question par la Commission du droit international puis de l'adoption de la Convention des Nations Unies. »)
- ⁹⁹ Dans son arrêt du 5 février 2015 dans l'affaire *Benkharbouche and Anor v. Embassy of the Republic of Sudan* [2015] EWCA Civ 33, la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a recherché si l'article 11 (« Contrats de travail ») de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens de 2004 reflétait le droit international coutumier et considéré (au paragraphe 36) qu'il y avait lieu d'examiner avec soin chacune des dispositions pour vérifier si elle remplissait les conditions strictes pour être considérée comme une règle de droit international coutumier; après avoir examiné la jurisprudence et la législation d'autres États, la Cour (par. 46) a estimé qu'il était impossible de conclure à l'existence d'une règle de droit international permettant d'invoquer l'immunité à l'égard des réclamations en matière d'emploi introduites par les membres du personnel de service d'une mission en l'absence de disposition spéciale. Lors de l'examen de la portée de l'exception territoriale prévue à l'article 12 de la Convention (« Atteintes à l'intégrité physique d'une personne ou dommages aux biens »), la Cour internationale de Justice s'est heurtée aux vues divergentes des juridictions nationales (*Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*), arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 129 à 135, par. 62 à 79).
- ¹⁰⁰ Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 43, par. 76 (« [P]lus de la moitié des États intéressés, qu'ils aient agi unilatéralement ou conjointement, étaient, ou sont bientôt devenus, parties à la Convention de Genève et il est donc permis de supposer que leur action s'inscrivait en fait ou virtuellement dans le cadre de l'application de la Convention. On ne saurait donc légitimement en déduire qu'il existe une règle de droit international coutumier consacrant le principe de l'équidistance. »); *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952, p. 199; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 531 (Opinion dissidente de Sir Robert Jennings) (« Mais il est manifestement difficile de déceler, dans le comportement des quelques rares États qui ne sont pas parties à la Charte, le moindre indice de "pratique" pertinente en la matière. En outre, le comportement de tous les autres États, ainsi que

servant parfois de moyen d'interprétation du traité conformément aux règles énoncées au paragraphe 3 b) de l'article 31 ou à l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (une question actuellement examinée par la Commission dans le cadre du sujet « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités »). Comme l'a souligné R. Baxter, il peut donc être particulièrement difficile de démontrer l'émergence d'une règle de droit international coutumier lorsqu'un traité fait l'objet d'une participation quasi universelle¹⁰¹. Ce problème ne se pose pas pour le comportement des États non parties et des États parties envers les États non parties, qui peut clairement constituer une pratique aux fins de déterminer si une règle énoncée dans un traité a également une force coutumière¹⁰². En tout état de cause, comme l'a récemment écrit J. Crawford, la pratique des États exige que le paradoxe de Baxter demeure valable, à savoir que la participation au traité ne suffit pas. La coutume ne se limite pas au traité, pas même à un traité généralement accepté, mais la coexistence de la coutume et du traité donne à penser qu'en réalité, le paradoxe de Baxter n'en est pas véritablement un¹⁰³.

42. Comme nous l'avons relevé dans notre deuxième rapport¹⁰⁴, s'il est vrai que la répétition de dispositions analogues ou identiques dans un grand nombre de traités

l'*opinio juris* dont ce comportement pourrait par ailleurs témoigner, s'explique assurément par le fait que ces États sont liés par la Charte elle-même. »); *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 479, par. 37 (Opinion individuelle de M. Abraham). Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 96 et 97, par. 181 (« [L]a Charte a, dans ce domaine, consacré des principes qui se trouvaient déjà dans le droit international coutumier, et celui-ci s'est développé dans les quarante années suivantes sous l'influence de la Charte, au point que bien des règles énoncées dans la Charte ont maintenant acquis un statut indépendant de celle-ci. »).

¹⁰¹ Baxter, *supra*, note 73, p. 64 (« [T]he proof of a consistent pattern of conduct by non-parties becomes more difficult as the number of parties to the instrument increases. The number of participants in the process of creating customary law may become so small that the evidence of their practice will be minimal or altogether lacking. Hence the paradox that as the number of parties to a treaty increases, it becomes more difficult to demonstrate what is the state of customary international law dehors the treaty. ») Voir également Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Delalić*, affaire n° IT-96-21-T, jugement, 16 novembre 1998, par. 302 (« L'existence d'un tel droit coutumier – pratique des États et *opinio juris* – peut, dans certaines situations, être extrêmement difficile à établir, en particulier lorsqu'il existe un traité multilatéral antérieur qui a été adopté par la grande majorité des États. La preuve de la pratique des États en marge de ce traité, démontrant la présence de normes coutumières distinctes ou la transposition de normes conventionnelles dans le domaine de la coutume, devient de plus en plus difficile à rapporter car il semblerait que seule la pratique des États non parties au traité puisse être considérée comme pertinente. »).

¹⁰² Voir également Henckaerts et Doswald-Beck, *supra*, note 36, p. 1 (« This study takes the cautious approach that widespread ratification is only an indication and has to be assessed in relation to other elements of practice, in particular the practice of States not party to the treaty in question. Consistent practice of States not party has been considered as important positive evidence. Contrary practice of States not party, however, has been considered as important negative evidence. The practice of States party to a treaty vis-à-vis States not party is also particularly relevant. »).

¹⁰³ J. Crawford, *Recueil des cours*, vol. 365, 2013, p. 110. Voir également Kolb, *supra*, note 92, p. 145 et 146 (où l'auteur fait valoir que le paradoxe n'est réel qu'énoncé dans l'abstrait, celui-ci étant en général dissipé par les spécificités du contexte dans les espèces concrètes); Villiger, *supra*, note 46, p. 155.

¹⁰⁴ A/CN.4/672, par. 76 f).

bilatéraux peut donner naissance à une règle de droit international coutumier ou attester son existence¹⁰⁵, ce n'est pas nécessairement le cas. Là encore, il faut envisager les dispositions (et les traités dans lesquels elles figurent) dans leur contexte et à la lumière des circonstances de leur adoption, et ce, d'autant que « [l]a multiplicité de ces traités [...] est en quelque sorte une arme à double tranchant »¹⁰⁶ : « [L]a concordance même d'un nombre considérable de traités ne constitue pas en soi une preuve ni même une présomption suffisante de la reconnaissance par l'ensemble de la communauté internationale de ces traités comme preuve du droit coutumier général. Au contraire, dans plusieurs cas, ces traités semblent déroger à la règle générale. »¹⁰⁷

43. Comme nous l'avons également observé dans notre deuxième rapport¹⁰⁸, que les États intéressés aient effectivement signé ou ratifié le traité¹⁰⁹ et que les parties

¹⁰⁵ Voir également Thirlway, *supra*, note 27, p. 59 (« [A] series of bilateral treaties concluded over a period of time by various States, all consistently adopting the same solution to the same problem of the relationships between them, may give rise to a new rule of customary international law. »); Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *Mondev International Ltd v. United States of America*, sentence, 11 octobre 2002, par. 125 (« [C]urrent international law, whose content is shaped by the conclusion of more than two thousand bilateral investment treaties and many treaties of friendship and commerce. »).

¹⁰⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 306 (Opinion individuelle de M. Ammoun).

¹⁰⁷ K. Wolfke, *supra*, note 64, p. 35. Voir également *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 615 (« Le fait, dont se prévaut la Guinée, que différents accords internationaux tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers et la Convention de Washington aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre États et investisseurs étrangers, ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire. »); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 317 et 318 (Opinion dissidente de M. Schwebel, Vice-Président) (« À quoi bon conclure de tels traités si l'essentiel de leurs dispositions fait déjà partie du droit international [...] ? »); Schachter, *supra*, note 57, p. 732 (« States do not generally regard such standardized treaties as evidence of customary law since in most cases the bilateral agreements are negotiated *quid pro quo* arrangements. »); Danilenko, *supra*, note 18, p. 143; L. Kopelmanas, « Custom as a Means of the Creation of International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 18, 1937, p. 137; *Déclaration de principes de Londres*, p. 47 et 48 (« There is no presumption that a succession of similar treaty provisions gives rise to a new customary rule with the same content. »); W. W. Bishop, *Recueil des cours*, vol. 147, 1965, p. 229 et 230.

¹⁰⁸ A/CN.4/672, par. 76 f).

¹⁰⁹ Voir également *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 38 (« [L]a Cour ne saurait en effet négliger une disposition du projet de convention si elle venait à conclure que sa substance lie tous les membres de la communauté internationale du fait qu'elle consacre ou cristallise une règle de droit coutumier préexistante ou en voie de formation. »); *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950, p. 277 (« Le nombre limité d'États qui ont ratifié cette convention révèle la faiblesse de cette thèse [selon laquelle la Convention en question n'a fait que codifier des principes déjà reconnus par la coutume] [...] »); « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session (A/CN.4/34), *Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol. II, p. 368 (« Même les conventions multipartites signées mais non entrées en vigueur sont souvent considérées comme pouvant servir à prouver l'existence

puissent formuler des réserves aux dispositions du traité¹¹⁰ peut également servir à établir l'*opinio juris* à leur égard. Là encore, les circonstances entourant l'adoption du traité doivent être soigneusement examinées, tout comme la pratique correspondant à son contenu.

44. Nous proposons le projet de conclusion suivant (qui figurera dans une nouvelle **partie V**, intitulée « **Formes particulières de pratique et de preuves** ») :

Projet de conclusion 12

Traités

Une disposition conventionnelle peut refléter ou être amenée à refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la disposition en question :

a) À la date de la conclusion du traité, codifie une règle de droit international coutumier existante;

b) A abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier en voie de formation; ou

d'une règle de droit international coutumier. »); Sinclair, *supra*, note 57, p. 227 (« [I]t is fair to say that even sparsely ratified codification conventions may well be looked upon, in general, as providing some evidence of *opinio juris* on the subject-matter involved. The *quality* of the evidence will depend on the provenance of the particular provision which may be in issue. If the travaux préparatoires of a specific codification convention demonstrate that a particular provision was adopted at the codification conference on a sharply divided vote, and that the controversy thus engendered may have led a number of States to refuse to participate in the convention, there is clearly a strong case for discounting the value of that provision in the context of later codification efforts. »); Villiger, *supra*, note 46, p. 165 (« [U]nratified instruments do not invariably have detrimental effects [on the underlying rule of customary international law], just as a convention cannot create instant customary law. »); *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 226 (Opinion dissidente de M. Lachs) (« Le retard avec lequel se produisent la ratification des traités multilatéraux et l'adhésion à ces traités est un phénomène bien connu dans la pratique contemporaine en la matière. [...] [L]e nombre des ratifications et adhésions ne saurait en soi être considéré comme probant en ce qui concerne l'acceptation générale d'un instrument donné. »); G. E. Do Nascimento E Silva, « Treaties as Evidence of Customary International Law », in *International Law at the Time of Its Codification: Essays in Honour of Robert Ago*, Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p. 397 (« A non-ratified convention will gain in authority in terms of general international law if it was approved by a large majority and received the ratifications of a large and representative number of States. *Contrario sensu*, such a convention will lose strength if a long period of time lapses and very few States ratify or adhere to it. The importance of non-ratified conventions will also accrue if it is subsequently supplemented by international practice, especially if the International Court of Justice took into account practice based on their provisions. »); Thirlway, *supra*, note 27, p. 87 (« [I]t must be borne in mind that any assessment of the significance of a ratification of a codifying treaty must be a cautious one, as must any assessment also be of abstentions from ratification. »)

¹¹⁰ La directive 3.1.5.3 du *Guide de la pratique sur les réserves aux traités* (2011) de la Commission est ainsi conçue : « Le fait qu'une disposition conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier n'empêche pas par lui-même la formulation d'une réserve à cette disposition. » Comme la Commission l'a expliqué dans le commentaire relatif à cette directive, la Cour internationale de Justice, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, s'est montrée prudente quant aux déductions qu'appelle l'exclusion de certaines réserves. Il n'est donc pas vrai, selon la Commission, que la Cour a affirmé l'inadmissibilité des réserves à l'égard des dispositions conventionnelles reflétant des règles de droit coutumier.

c) **A créé une nouvelle règle de droit international coutumier, en donnant naissance à une pratique générale acceptée comme étant le droit.**

B. Résolutions adoptées par les organisations internationales et lors de conférences internationales

45. Il est communément admis que les résolutions adoptées par les États au sein d'organisations internationales et lors de conférences internationales peuvent dans certaines circonstances jouer un rôle dans la formation et l'identification du droit international coutumier. De fait, parmi les textes auquel il est fait référence dans la pratique pour définir les règles de droit international coutumier, une importance considérable est accordée à ces résolutions.

46. Dans ce contexte, les tribunaux et les auteurs ont accordé une attention particulière aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, instance à participation quasi universelle, et une grande partie de la présente section y sera spécifiquement consacrée. Ces résolutions peuvent être particulièrement utiles pour révéler le droit international coutumier ou le stimuler¹¹¹. Cependant, d'autres réunions et conférences d'États peuvent aussi jouer un rôle important¹¹². Les organes d'organisations internationales¹¹³ et de conférences internationales à participation plus limitée peuvent remplir une fonction semblable mais auront généralement moins de poids pour ce qui est d'établir l'existence d'une règle

¹¹¹ G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales*, Pedone, 2001, est une mine d'informations sur les résolutions des organisations internationales et sur tous les aspects du rôle des organisations internationales à l'égard du droit international coutumier. Voir également J. Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions*, Columbia University Press, 1970; J. Castañeda, « Valeur juridique des résolutions des Nations Unies », *Recueil des cours*, tome 129, 1970, p. 205; M. Forteau, « Organisations internationales et sources du droit », in E. Lagrange et J.-M. Sorel (dir.), *Traité de droit des organisations internationales*, L.G.D.J., 2013, p. 257; Cassese, *supra*, note 29, p. 177 (« Évidemment la seule occasion offerte par les Nations Unies, à pratiquement tous les membres de la communauté mondiale, de se rencontrer et d'échanger leurs points de vue, ne peut manquer d'exercer une influence importante sur l'émergence ou la reformulation des règles coutumières »).

¹¹² Par exemple, la Cour internationale de Justice s'est référée à l'Acte final d'Helsinki, de 1975 : Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), *Fond, arrêt*, C.I.J. Recueil 1986, p. 107, par. 204 (« on peut considérer que leur texte témoigne de l'existence [...] d'un principe coutumier [de non-intervention] universellement applicable »).

¹¹³ Par exemple, le Conseil de sécurité de l'ONU : voir O. Corten, « La participation du Conseil de sécurité à l'élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières », *Revue belge de droit international*, 2004, p. 552 à 567; *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2010, p. 437 et 438, par. 81; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, affaire n° IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 133 (« Certaines résolutions adoptées à l'unanimité par le Conseil de sécurité présentent un intérêt particulier pour la formation de l'*opinio juris* relative au fait que les violations du droit international humanitaire général régissant les conflits armés emportent la responsabilité pénale de leurs auteurs ou de ceux qui ordonnent ces violations. »). Au paragraphe 13 de sa résolution 2125 (2013) sur la Somalie, le Conseil de sécurité a souligné que cette « résolution ne saurait être regardée comme établissant un droit international coutumier »; voir également, dans le même contexte, le paragraphe 8 de la résolution 1038 (2008) du Conseil de sécurité.

générale de droit international général coutumier; ils peuvent cependant jouer un rôle central dans la formation et l'identification d'une coutume spécifique (sur ce point, voir ci-après, sect. VII).

47. Même si ces résolutions ne peuvent en elles-mêmes créer le droit international coutumier, elles « peuvent parfois avoir une valeur normative » en fournissant des éléments établissant l'existence ou l'émergence d'une règle¹¹⁴. Cependant, la

¹¹⁴ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 254 et 255, par. 70 (« La Cour rappellera que les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris* »). La résolution 3232 (XXIX), que l'Assemblée générale a adoptée par consensus le 12 novembre 1974, contient la disposition suivante : « *Reconnaissant* que le développement du droit international peut se refléter, entre autres, dans des déclarations et des résolutions de l'Assemblée générale, lesquelles peuvent, à ce titre, être prises en considération par la Cour internationale de Justice ». Voir également *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31, et *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 31 à 33 (qualifiant la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux (résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale) d'« autre étape importante » de l'évolution du droit international relatif aux territoires non autonomes); *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 103, par. 195 (« Cette description, qui figure [dans] la définition de l'agression annexée à la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, peut être considérée comme l'expression du droit international coutumier »); *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic, International Law Reports*, vol. 62, 1982, p. 189 (« ... the said Resolutions, if not a unanimous source of law, are evidence of the recent dominant trend of international opinion ... »); Institut de droit international, conclusions de la treizième Commission sur les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, disponibles à l'adresse suivante : http://www.idi-ii.org/idiF/resolutionsF/1987_caire_02_fr.PDF, conclusion 1 (« Bien que la Charte des Nations Unies ne lui confère pas le pouvoir d'arrêter des règles qui lient les États dans leurs relations mutuelles, l'Assemblée générale peut faire des recommandations contribuant au développement progressif du droit international, à sa consolidation et à sa codification. Cette possibilité se réalise au moyen de divers types de résolutions »); G. Abi-Saab, « La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », in *Le droit international à l'heure de sa codification : études en l'honneur de Roberto Ago*, Giuffrè, 1987, vol. 1, p. 56 (« à l'heure actuelle la très grande majorité de la doctrine est d'avis que les résolutions normatives de l'Assemblée générale peuvent susciter les mêmes modes d'interaction avec la coutume que ceux que la Cour a identifiés par rapport aux traités de codification, c'est-à-dire qu'elles peuvent produire les mêmes effets potentiels que ceux-ci, déclaratoires, cristallisants ou générateurs de règles coutumières »); J.A. Barberis, « Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens », in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für R. Bernhardt*, Springer, 1995, p. 22 et 23 (« l'Assemblée générale de l'O.N.U. est dépourvue, en général, du pouvoir de formuler des résolutions liant juridiquement les États membres selon la Charte, et [...] elle n'a pas pu davantage acquérir cette faculté par la voie coutumière. Néanmoins, il est indubitable que les résolutions de l'Assemblée générale constituent un facteur important dans la formation de la coutume »); S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, Oceana Publications, 1984, p. 111 (« Resolutions adopted by organs of intergovernmental organizations are today to be included in the general storehouse of international materials for which the [...] lawyer must have regard »); Thirlway, *supra*, note 27, p. 44 (« There can be no doubt that such [declaratory United Nations General Assembly] resolutions do have an important contribution to make to the development of international law [...] but this does not [...] give them a legislative character »); C. Tomuschat, « The Concluding Documents of World Order Conferences », in J. Makarczyk

prudence s'impose lorsqu'il s'agit de déterminer si c'est effectivement le cas d'une résolution donnée : dans chaque cas, il y a un processus de formulation, d'appréciation et d'évaluation¹¹⁵. Nous soulignerons également que, comme pour toute déclaration d'un État, il faut toujours s'intéresser à la signification d'un vote pour ou contre certaines résolutions dans une instance internationale¹¹⁶. Comme les États eux-mêmes le soulignent souvent, l'Assemblée générale est un organe politique où il est souvent loin d'être clair que leurs actes ont une portée juridique¹¹⁷. Déterminer si une résolution donnée a une telle valeur normative est

(dir.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, p. 568 (« International conferences do not qualify as law-making bodies. When governments draft a text summarizing the results of a conference, they generally do not act with the intention to create binding law. Rather, their aim is to indicate a political course of action to be pursued in the future [...] Even if agreement is reached in a final document, binding legal effects come into being solely if so wished by the parties concerned. Indeed, if governments intend to enter into a legal commitment, they always have the possibility to opt for an unequivocal treaty instrument [...] Nonetheless, it would be shortsighted to dismiss the outcome of all of these gatherings, to the extent that they have not materialized in binding legal instruments in the traditional sense, as pure political rhetoric not being susceptible of producing legal effects » - au sujet des clauses de sauvegarde et des réserves, voir également p. 568 à 580); Weil, *supra*, note 91, p. 417 (« Resolutions, as the sociological and political expression of trends, intentions, wishes, may well constitute an important stage in the process of elaborating international norms; in themselves, however, they do not constitute the formal *source* of new norms »).

- ¹¹⁵ Crawford, *supra*, note 103, p. 112. Voir également Boyle et Chinkin, *supra*, note 62, p. 225 (« Resolutions of international organizations and multilateral declarations by states may also have effects on customary international law. Whether [...] [they do] will depend on various factors which must be assessed in each case »); Treves, *supra*, note 54, par. 44 à 46.
- ¹¹⁶ G. Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*, Edward Elgar, 2012, p. 88. Voir également Shaw, *supra*, note 22, p. 63.
- ¹¹⁷ Voir également M.D. Öberg, « The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ », *European Journal of International Law*, vol. 16, 2006, p. 902 [« The GA has the attractive quality of being very broadly representative of the existing states, as well as constituting a centralized, highly convenient means of simultaneously identifying the points of view of all present Member States on a specific topic. However, the GA is also a political organ, which does not make it an ideal forum for establishing the law. States may indeed have reasons other than legal ones for voting the way they do, such as moral, political, or pragmatic (for instance, as part of a bargain deal). Moreover, a state may vote against a resolution because it finds that it goes too far, or not far enough. Besides, it is hardly fair to bind a state to a favourable vote, when states 'act within certain rules and mechanisms that normally affect the legal meaning of their votes' and when resolutions are imputed not to individual members but to the adopting body and organization. Finally, the state representatives who vote in the Assembly usually do not have the power to legally commit their states » (citations omises)]; M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005, p. 434 et 435 (« Do we have the right to assume that a positive vote reflects the State's views about the law? This is quite uncertain. The vote may have been given as a political gesture, a confirmation of an alliance, for example, and wholly unrelated to what the State regards as custom. It may also have been given due to pressure exerted by a powerful State or in order to embarrass one's adversary. In neither case does it 'reflect' any *opinio juris* in the State concerned. Moreover [...] it is possible (and frequent) to interpret UN decision-making in the light of the assumption – evidenced by the lack of full powers of State representatives – that it is non-binding »); Kirchner, *supra*, note 65, p. 235 (« We have to keep in mind that resolutions by their nature generally do not create legal obligations. States which do not use the form of a treaty, presumably, do not want to be bound at all »).

donc une tâche à effectuer « avec la prudence nécessaire »¹¹⁸. Comme l'a expliqué la Cour internationale de Justice, « il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif. Par ailleurs, des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle »¹¹⁹.

48. Dans une telle évaluation, la formulation précise d'une résolution donnée est d'une importance cruciale : comme pour la pratique des États, il faut étudier le contenu d'une décision et déterminer dans quelle mesure des questions juridiques ont été examinées avant de lui attribuer une valeur juridique¹²⁰. Les résolutions

¹¹⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 99, par. 188.

¹¹⁹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 255, par. 70. Voir également R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Clarendon Press, 1994, p. 28 (« As with much of international law, there is no easy answer to the question: What is the role of resolutions of international organizations in the process of creating norms in the international system? To answer the question we need to look at the subject-matter of the resolutions in question, at whether they are binding or recommendatory, at the majorities supporting their adoption, at repeated practice in relation to them, at evidence of *opinio juris*. When we shake the kaleidoscope and the pattern falls in certain ways, they undoubtedly play a significant role in creating norms »); B. Sloan, « General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later) », *British Yearbook of International Law*, vol. 58, 1987, p. 138 (« Many or all of the foregoing factors, in a mix appropriate for each resolution, may be taken into account in considering the various effects or weight to be given to a particular resolution. The factors may not be of equal relevance or importance with respect to different effects such as effectiveness, general acceptability as an interpretation, declaratory effect or binding force. Their significance may vary with individual resolutions »); I. Brownlie, « Presentation », in A. Cassese et J.H.H. Weiler (dir.), *Change and Stability in International Law-Making*, Walter de Gruyter, 1988, p. 69 (« some General Assembly resolutions, not General Assembly resolutions in general, but some General Assembly resolutions, are important evidence of the state of general international law. The text of the resolution and the debates leading up to the resolution, the explanation of the votes by delegations, are all evidence, but not more than that, of the state of international law. When I say evidence I do not necessarily mean to say evidence that is favourable, or positive. Thus the evidence may reveal such differences of opinion on various aspects of the resolution that, viewed in terms of the criteria of customary international law, it suggests that we are still some distance away from customary international law-forming on a given subject »); C. Economidès, « Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international », *Annuaire français de droit international*, vol. 34, 1988, p. 143 et 144 (« si les conditions précitées sont réunies (contenu normatif, grande majorité etc.), ces résolutions peuvent évoluer en règles coutumières, à condition toutefois que les États les appliquent réellement dans les faits, ce qui est toujours indispensable à la création d'une coutume »); Thirlway, *supra*, note 27, p. 65 (« It is essential to consider each possible type of resolution, if not each resolution on its merits, since the relative weight of the resolution itself and of the positions of Member States will vary according to the form and subject matter of the resolution in question »).

¹²⁰ Crawford, *supra*, note 20, p. 194 et 195. Voir, par exemple, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 102 et 103, par. 193; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 255, par. 72. Voir également Barberis, *supra*, note 114, p. 34 (« n'ont pas de caractère prescriptif les résolutions qui formulent des recommandations, émettent des vœux, incitent à adopter une conduite déterminée, sollicitent une collaboration, invitent à prendre certaines mesures ou emploient des expressions semblables. Les résolutions qui utilisent ce vocabulaire ne confèrent aucun droit et n'imposent aucune obligation sur le plan

rédigées « en langue normative »¹²¹ sont celles qui pourraient être pertinentes et le choix (ou le rejet) de certains termes spécifiques peut être pertinent. Le libellé utilisé dans la résolution est censé éclairer l'*intention* des États Membres quant à l'importance juridique de la résolution¹²².

49. Il convient également de se pencher sur les circonstances entourant l'adoption de la résolution en question, notamment la méthode employée, la répartition des votes (le cas échéant) et les motifs que donnent les États pour expliquer leur position (par exemple en négociant le texte, en expliquant leur position ou leur vote, ou dans un autre type de déclaration). Clairement, le degré de l'appui est significatif. Une résolution aura forcément plus de poids si elle est adoptée par consensus ou à l'unanimité que si elle n'est appuyée que par une majorité des deux tiers. Même si un petit nombre d'États seulement s'oppose à une résolution, celle-ci aura peu d'effet si ces États sont parmi les plus directement touchés¹²³.

50. Quoi qu'il en soit, comme l'a dit M^{me} Rosalyn Higgins, il faut veiller à ne pas utiliser les résolutions de l'Assemblée générale comme raccourci pour vérifier l'ensemble d'une pratique internationale sur une question : la pratique au niveau mondial reste le cadre pertinent, même si les résolutions des Nations Unies en font partie. Les résolutions ne peuvent supprimer la nécessité de constater la coutume : à cette fin, il faudra continuer d'examiner d'autres signes de la pratique des États que les actes collectifs dont témoignent les résolutions de l'Assemblée générale¹²⁴.

51. Lorsqu'elle vise à dire le droit (et non à promouvoir une nouvelle règle, même si en pratique la distinction n'est pas toujours facile à faire¹²⁵), une telle résolution

juridique; elles se bornent à contenir une recommandation ou une invitation, ce qui n'entre pas dans la sphère normative »).

¹²¹ Tomka, *supra*, note 26, p. 198. Voir également Institut de droit international, *supra*, note 114, conclusion 10 (« Le libellé et le contexte d'une résolution aident à en déterminer la portée normative. La présence de références au droit international ou de formules équivalentes, ou l'omission délibérée de telles références ou formules, sont des indices utiles mais non décisifs en soi. »); Boyle et Chinkin, *supra*, note 62, p. 225 [« A law-making resolution or declaration need not necessarily proclaim rights or principles as law, but as with treaties, the wording must be 'of a fundamentally norm-creating character such as could be regarded as forming the basis of a general rule of law' » (citant les *affaires du Plateau continental de la mer du Nord*)].

¹²² M. Prost et P. K. Clark, « Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter? », *Chinese Journal of International Law*, vol. 5, 2006, p. 362.

¹²³ Boyle et Chinkin, *supra*, note 62, p. 226 (ajoutant : « even consensus adoption will not be as significant as it may at first appear if accompanied by statements which seriously qualify what has been agreed, or if it simply papers over an agreement to disagree without pressing matters to a vote »). Voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 255, par. 71 (« Plusieurs résolutions dont il est question en l'espèce ont cependant été adoptées avec un nombre non négligeable de voix contre et d'abstentions. Ainsi, bien que lesdites résolutions constituent la manifestation claire d'une inquiétude profonde à l'égard du problème des armes nucléaires, elles n'établissent pas encore l'existence d'une *opinio juris* quant à l'illicéité de l'emploi de ces armes »); Öberg, *supra*, note 117, p. 900 et 901 (« Large majorities are thus crucial [...] It is [also] reasonable that those states which are actually engaged in a certain activity have a strong say in how the activity is regulated [...] [also relevant is] the mode of adoption of the resolution »); Akehurst, *supra*, note 36, p. 6 et 7.

¹²⁴ Higgins, *supra*, note 119.

¹²⁵ Voir également Öberg, *supra*, note 117, p. 896 (« Granted, in practice it can be hard to draw the line between what, on the one hand, is merely interpretive or declaratory and what, on the other hand, is truly creative »).

(même appelée « déclaration »¹²⁶) ne constitue pas une preuve irréfutable et doit être évaluée avec soin : premièrement, comme nous l'avons dit plus haut, ce n'est que dans certaines circonstances que le consentement des États au texte peut « être compris comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolution »¹²⁷. Deuxièmement, la règle concernée doit également être observée dans la pratique des États¹²⁸.

¹²⁶ Voir également *Memorandum by the Office of Legal Affairs of the Secretary General of the United Nations*, E/CN.4/L.610, 2 avril 1962 (« A 'declaration' or a 'recommendation' is adopted by resolution of a United Nations organ. As such it cannot be made binding upon Member States, in the sense that a treaty or convention is binding upon the parties to it, purely by the device of terming it a 'declaration' rather than a 'recommendation' [...] However in view of the greater solemnity and significance of 'declaration,' it may be considered to import, on behalf of the organ adopting it, a strong expectations that Members of the international community will abide by it. Consequently, insofar as the expectation is gradually justified by State practice, a declaration may by custom become recognized as laying down rules binding upon states »); E. Suy, « Innovation in International Law-Making Processes », in R. St. John Macdonald *et al.* (dir.), *The International Law and Policy of Human Welfare*, Sitjhoff & Noordhoff, 1978, p. 190 (« The General Assembly's authority is limited to the adoption of resolutions. These are mere recommendations having no legally binding force for member states. Solemn declarations adopted either unanimously or by consensus have no different status, although their moral and political impact will be an important factor in guiding national policies. Declarations frequently contain references to existing rules of international law. They do not create, but merely restate and endorse them. Other principles contained in such declarations may appear to be new statements of legal rules. But the mere fact that they are adopted does not confer on them any specific and automatic authority [...] The General Assembly, through its solemn declarations, can therefore give an important impetus to the emergence of new rules, despite the fact that the adoption of declarations per se does not give them the quality of binding norms »); Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre de la Cour suprême, *KAING Guek Eav alias Duch*, dossier n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, arrêt, 3 février 2012, par. 194 (« Étant donné que la Déclaration relative à la torture de 1975 était une résolution non contraignante de l'Assemblée générale des Nations Unies, il faut disposer d'éléments supplémentaires pour conclure que la définition de la torture qui s'y trouve reflétait le droit international coutumier au moment des faits »).

¹²⁷ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *Fond*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 100, par. 188 (« L'effet d'un consentement au texte de telles résolutions ne peut être interprété comme celui d'un simple rappel ou d'une simple spécification de l'engagement conventionnel pris dans la Charte. Il peut au contraire s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolution et prises en elles-mêmes »). Voir également p. 184 (Opinion individuelle de M. Ago) (« [...] je ne puis qu'exprimer des doutes quant à l'idée [...] selon laquelle on peut voir dans l'acceptation de certaines résolutions ou de certaines déclarations formulées dans le cadre des Nations Unies ou de l'Organisation des États américains, ainsi que dans un autre contexte, une preuve concluante de l'existence, chez ces États, d'une *opinio juris* concordante ayant la valeur d'une véritable règle coutumière internationale. »); I. Detter, « The Effect of Resolutions of International Organizations », in J. Makarczyk (dir.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, p. 387 (« An overwhelming vote of the General Assembly may be an indication that a legal rule exists but it is no conclusive proof: all situations must be examined on their merit. If the recommendations in these cases reflect already existing law it is, naturally, not recommendations which are binding in these cases, by their own force: they are binding by the underlying source of obligation in treaties or in customary law »); Schachter, *supra*, note 57, p. 730 (« Support for law-declaring resolutions in the UN General Assembly would have to be appraised in the light of the conditions surrounding such action. It is far from clear that voting for a law-declaring resolution is in itself conclusive evidence of a belief that the resolution expresses a legal rule. Other factors may be involved »); Gaja, *supra*, note 55, p. 40 (« a

52. Une résolution peut également avoir une forte influence sur le développement du droit international coutumier¹²⁹, notamment lorsqu'elle stimule l'essor d'une pratique générale acceptée en tant que droit conforme à son texte. Autrement dit, la résolution peut fournir un texte sur lequel les positions des États peuvent converger, les incitant à modifier leur comportement¹³⁰. De même, une résolution peut renforcer l'émergence d'une règle de droit international coutumier¹³¹.

resolution declaring the existence of a certain principle or rule of international law may be taken as an expression of the *opinio juris* of the quasi-totality of States: those which voted in favour or accepted the resolution by consensus. However, one reason for hesitating to give weight to such a resolution as an expression of *opinio juris* is that the resolution is often accepted as 'only a statement of political intention and not a formulation of law', as the United States Government put it when explaining its vote in favour of the resolution on non-intervention »); *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, 1987, par. 103, commentaire c (« International organizations generally have no authority to make law, and their determinations of law ordinarily have no special weight, but their declaratory pronouncements provide some evidence of what the states voting for it regard the law to be. The evidentiary value of such resolutions is variable. Resolutions of universal international organizations, if not controversial and if adopted by consensus or virtual unanimity, are given substantial weight »).

¹²⁸ Voir également Bernhardt, *supra*, note 62, p. 267 (« it must be admitted that verbal declarations cannot create customary rules if the real practice is different »); S. M. Schwebel, « United Nations Resolutions, Recent Arbitral Awards and Customary International Law », in A. Bos et H. Siblesz (dir.), *Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 210 (« To be declaratory is to be reflective of the perceptions and practice of the international community as a whole; if the mirror is broken, its reflection cannot be unbroken. Not only is virtual unanimity or, in the least, the purposeful support of all groups, required; conformity with the practice of States also is required, if what is declared to be the existing law is to be an accurate declaration of what actually exists. The General Assembly, not being endowed with legislative powers, cannot make or unmake the law simply by saying so (even unanimously and repeatedly). The States which come together in the General Assembly can only declare the law when they exceptionally mean to declare it and when they do so in conformity with the practice of States which underlies the law »).

¹²⁹ Danilenko, *supra*, note 35, p. 25.

¹³⁰ Sloan, *supra*, note 119, p. 70. Voir également Cour suprême d'El Salvador, affaire n° 26-2006, 12 mars 2007, p. 14 et 15 [« Las declaraciones internacionales despliegan una actividad normativa indirecta o exhortativa, en el sentido que proponen una conducta no obligatoria, pero deseable. [...] las declaraciones anticipan una *opinio juris* (conciencia de obligatoriedad), a la que la práctica de los Estados debe adecuarse, con miras a cristalizar, a mediano o largo plazo [...] De modo que las declaraciones internacionales, aunque no sean obligatorias, sí contribuyen significativamente a la formación de fuentes obligatorias del derecho internacional, ya sea, adelantando la convicción de obligatoriedad de una determinada práctica estatal, o bien, incitando la elaboración de un tratado a partir de ciertas recomendaciones »] (les déclarations internationales ont une fonction normative indirecte, dans la mesure où elles proposent une conduite souhaitable sans toutefois l'imposer. Ce faisant, elles anticipent une *opinio juris* par laquelle les États se sentent liés et qui, à moyen ou long terme, aboutit à la formation d'une coutume internationale. Sans être contraignantes, les déclarations internationales jouent ainsi un rôle important dans la formation de sources obligatoires du droit international, que ce soit en anticipant le caractère obligatoire d'une certaine pratique étatique ou en promouvant la conclusion d'un traité fondé sur certaines recommandations qui y sont formulées); Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision de la deuxième chambre, 8 mai 2007, 2 BvM 1-5/03, 1. 2/06, par. 39 (disant que le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, approuvé par l'Assemblée générale le 12 décembre 2001, n'entraîne pas en lui-même l'application d'un droit coutumier ni un autre effet juridiquement contraignant pour quelque autre raison mais peut être l'indication d'une conviction juridique nécessaire pour former le droit coutumier); *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, C.I.J.

53. L'Assemblée générale des Nations Unies a le pouvoir de formuler des recommandations et ses résolutions ne sont pas contraignantes en tant que telles¹³². Comme nous l'avons dit plus haut, ces résolutions peuvent très bien jouer un rôle considérable dans la formation et l'identification des règles de droit international coutumier; elles ne peuvent cependant, en elles-mêmes et *ipso facto*, créer du droit international coutumier¹³³. Cela découle non seulement des dispositions de la Charte des Nations Unies mais aussi de l'exigence fondamentale selon laquelle il faut une

Recueil 1995, p. 406 (Opinion dissidente de Sir Geoffrey Palmer) (« On peut dire aujourd'hui avec certitude que, pour certains des principes énoncés dans la déclaration [de Stockholm, adoptée par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement], le large soutien qu'ils ont reçu dans la pratique des États, associé au sentiment de la part de ceux-ci qu'ils ont un caractère juridiquement contraignant, fait qu'ils s'inscrivent désormais dans le cadre du droit international coutumier. »); Institut du droit international, *supra*, note 114, conclusions 1 et 22 (« Les principes et les règles proclamés dans une résolution peuvent influencer ou déterminer la pratique des États ou en amorcer une nouvelle, qui formera un élément constitutif d'un droit coutumier nouveau. Une résolution peut contribuer à la consolidation de la pratique des États ou à la formation de l'*opinio juris communis* »).

- ¹³¹ Voir également Thirlway, *supra*, note 27, p. 70 (« It can certainly be accepted that a General Assembly resolution may contribute to the crystallization process, and that the existence of such a resolution declaring, or purporting to declare, the law will require only comparatively slight evidence of actual practice to support the conclusion that the rule in question has passed into general customary law. Nevertheless it must be emphasized that the Assembly cannot change the law or create new law [...] The idea of law being created by a General Assembly resolution is [...] inappropriate except in certain limited fields linked with the Charter »); Institut du droit international, *supra*, note 114, conclusion 14 (« Lorsqu'une règle de droit coutumier est en train d'émerger de la pratique des États ou lorsque des doutes subsistent sur le point de savoir si une règle, bien que déjà appliquée par un organe international ou par quelques États, est bien une règle de droit, une résolution adoptée sans vote négatif ni abstention peut consolider une coutume ou dissiper des doutes éventuels »).
- ¹³² Sauf en ce qui concerne les questions budgétaires ou autres questions internes de l'Organisation des Nations Unies. Voir également, par exemple, S. M. Schwebel, « The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law », *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 73, 1979, p. 301 (« It is trite but no less true that the General Assembly of the United Nations lacks legislative powers. Its resolutions are not, generally speaking, binding on the States Members of the United Nations or binding in international law at large. It could hardly be otherwise. We do not have a world legislature [...] not a phrase of the Charter suggests that it is empowered to enact or alter international law »).
- ¹³³ Voir cependant *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 99 (Opinion individuelle de M. Ammoun, Vice-Président) (« L'Assemblée générale a affirmé la légitimité de cette lutte [en vue de la libération de la domination étrangère] dans au moins quatre résolutions [...] dont l'ensemble constitue déjà une coutume »); B. Cheng, « United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law? », *Indian Journal of International Law*, vol. 5, 1965, p. 37 (« there is no reason why an *opinio juris communis* may not grow up in a very short time among all or simply some Members of the United Nations with the result that a new rule of international customary law comes into being among them. And there is also no reason why they may not use an Assembly resolution to 'positivize' their new common *opinio juris* »); *Déclaration de principes de Londres*, p. 61 (« Resolutions accepted unanimously or almost unanimously, and which evince a clear intention on the part of their supporters to lay down a rule of international law, are capable, very exceptionally, of creating general customary law by the mere fact of their adoption [...] »); G. H. Lockwood, « Report on the Trial of Mercenaries: Luganda, Angola », *Manitoba Law Journal*, vol. 7, 1977, p. 195 à 197; R. Wolfrum, « Sources of International Law », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, par. 43 (« repeated General Assembly resolutions adopted by consensus or unanimously may be considered State practice, thus establishing new customary international law »).

pratique générale (acceptée en tant que droit) pour qu'une règle de droit international coutumier émerge (ou soit confirmée). Tout au plus peut-on dire des résolutions de l'Assemblée générale qu'une adoption à une large majorité (ou même à l'unanimité) est l'indication d'une *opinio juris sive necessitatis*. Cependant, une telle adoption ne crée pas de droit sans pratique correspondante, et cette pratique ne sera pas introduite tant que les États n'auront pas modifié leurs politiques et leur législation nationales¹³⁴. En d'autres termes, la résolution n'a pas de force juridique propre et il convient de se demander si les États sont effectivement d'avis que la résolution exprime une règle contraignante de droit international telle que l'on puisse dire que lorsque la pratique des États est conforme à cette règle, c'est parce

¹³⁴ Suy, *supra*, note 126, p. 190. Voir également *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 169 et 170 (Opinion individuelle de M. Van Wyk) (« [L]es demandeurs n'ont pas cherché à appliquer les règles traditionnelles concernant la création du droit coutumier. Leur thèse suppose au contraire une proposition fort nouvelle, à savoir que les organes des Nations Unies possèdent une sorte de compétence législative qui leur permet d'adopter des mesures pouvant s'imposer à une minorité dissidente. Il ressort clairement des dispositions de la Charte que pareille compétence n'existe pas et, à mon avis, on aurait absolument tort de chercher à l'introduire au moyen d'une interprétation nouvelle et insoutenable de l'article 38, par. 1 b), du Statut de la Cour »); T. Buergenthal et S. D. Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, 5^e éd., West Publishing, 2013, p. 36 (« [H]ow states vote and what they say in international organizations is a form of state practice. Its significance in the law-making process depends upon the extent to which this state practice is consistent with the contemporaneous conduct and pronouncements of states in other contexts »); Tomka, *supra*, note 26, p. 211 (« The resolution does not have any legal force of its own, and it must be considered whether there is indeed a general view, held by States, that the resolution expresses a binding rule of international law, such that instances of State practice in accordance with that rule could be said to be motivated by that rule »); Öberg, *supra*, note 117, p. 904 (« Because the resolutions only inform the *opinio juris*, while the practice element of customary law is, in current ICJ jurisprudence, extraneous, the resolutions do not have any actual and autonomous substantive effects. Their effects are, one may say, pre-substantive, laying the ground for a real substantive effect if the missing element is provided »); P. de Visscher, « Observations sur les résolutions déclaratives de droit adoptées au sein de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies », in *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Stämpfli, 1980, p. 182 (« Certes, les votes, même unanimes et répétés, de telles résolutions ne constitueront jamais la pratique interétatique qui est l'élément premier de toute coutume. Ces votes peuvent toutefois, quant à la genèse même d'une coutume, en constituer l'élément subjectif c'est-à-dire l'*opinio juris* ou la conviction de la juridicité de la norme. C'est ce que l'on désigne habituellement en parlant de consolidation ou de cristallisation d'une coutume en voie de formation. En outre, de tels votes fournissent un élément de preuve persuasif de l'existence d'une coutume contestée »); A. M. Weisburd, « The International Court of Justice and the Concept of State Practice », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 31, 2009, p. 363 (« There is a further problem beyond that presented by the knowledge of States and their representatives that General Assembly resolutions have no legal effect – one of logic [...] a vote for a resolution can indicate *opinio juris* only if it commits the voting state to the proposition that whatever rule the resolution asserts is legally binding. But if the vote is non-binding, it is unclear how it can commit the state to anything »); M. Mendelson, « The International Court of Justice and the Sources of International Law », in V. Lowe et M. Fitzmaurice (dir.), *Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge University Press, 1996, p. 87 (« although it is at any rate arguable that making a statement or casting a vote in the Assembly is a (weak) form of practice, to treat the same action as both practice and *opinio juris* seems, as already pointed out, to be a form of double counting, impermissible not only because of its inconsistency with the Court's identification of two separate elements of customary law, but also because the consequence would be 'instant (customary) law'. This is something that was not intended by the drafters of the Charter, and which, even today, states in general show no signs of welcoming »).

qu'elle est motivée par celle-ci¹³⁵. Il en va de même pour les déclarations répétées dans des résolutions successives¹³⁶.

54. Il est proposé d'insérer dans la nouvelle **partie cinq** le projet de conclusion suivant :

Projet de conclusion 13

Résolutions des organisations et conférences internationales

Les résolutions adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences internationales peuvent dans certaines circonstances constater le droit international coutumier ou contribuer à son développement ; elles ne peuvent en elles-mêmes constituer ce droit.

¹³⁵ Tomka, *supra*, note 26, p. 211 (ajoutant : « [i]n the end, it is the 'general practice accepted as law' that constitutes the source of custom, but determining that States accept a certain General Assembly resolution as normative will be important evidence implying that concordant practice is accepted as law »). Voir également I. MacGibbon, « Means for the Identification of International Law. General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity », in B. Cheng (dir.), *International Law: Teaching and Practice*, Stevens & Sons, 1982, p. 22 (« The role of resolutions is [...] no more than indirect. It may initiate future practice; it may clarify or confirm past or present practice; it is part of the law-making process, but it is not in itself law-creative. The law-making or binding effect arises from the combination of the relevant practice and acceptance as law »); P.-M. Dupuy, « Théorie des sources et coutume en droit international contemporain », in *Le droit international dans un monde en mutation, Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Fundación de cultura universitaria, 1994, p. 67 (« l'assentiment étatique au caractère juridiquement liant de ces règles [des déclarations de l'Assemblée générale] sera toujours nécessaire sous une forme ou sous une autre, qu'il s'agisse d'une déclaration formelle en sa faveur, d'une pratique effective attestant la conviction de son auteur, ou d'un silence tôt ou tard considéré comme approbateur »).

¹³⁶ Voir également I. MacGibbon, *supra*, note 135, p. 17 (« Indeed the absence of any new conventional or customary rule of international law conferring on the General Assembly the law-making capacity which it presently lacks seems bound to defeat any attempt to ascribe legally binding effect either to a single General Assembly resolution per se or to a series or succession of such resolutions, however numerous. A recommendation is not translated into a legal obligation simply by being re-affirmed or re-cited, no matter how many times [...] Mere repetition works no magical change in the legal nature of a resolution »); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 532 (Opinion dissidente de M. Weeramantry) (« Les déclarations de l'Assemblée générale, organe représentatif principal de la communauté internationale, n'ont peut-être pas, en elles-mêmes, valeur de norme de droit mais lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, elles sont réitérées si souvent et en termes catégoriques elles confortent sensiblement la thèse de l'illicéité [d'une chose] au regard du droit international coutumier »); *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 435 et 436 (Opinion dissidente de M. Barwick) (« [...] il se peut que [...] les résolutions des Nations Unies et autres expressions de l'opinion internationale, quelque fréquentes, nombreuses et vigoureuses qu'elles puissent être, soient insuffisantes pour justifier la thèse que le droit coutumier interdit dès maintenant les essais d'armes nucléaires »). Voir cependant *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 292 (Opinion dissidente de M. Tanaka) (« Nous ne pouvons évidemment pas admettre que des résolutions, déclarations, arrêts, décisions, etc., aient isolément force obligatoire pour les États membres de l'organisation. Ce que le droit international coutumier exige, c'est la répétition d'une même pratique; par suite, il faut en l'espèce que des résolutions, déclarations, etc., sur la même question aient été adoptées à plusieurs reprises par la même organisation ou par plusieurs organisations »).

V. Jurisprudence et doctrine

55. Les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes sont un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international (Statut de la Cour internationale de Justice, art. 38, par. 1, al. d). Elles peuvent donc être pertinentes à l'égard de toutes les sources formelles du droit international, et cela vaut en particulier pour le droit international coutumier¹³⁷.

56. L'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice dispose ce qui suit :

« 1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

...

d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. »

57. L'importance pratique des décisions judiciaires et de la doctrine des publicistes dans l'identification des règles de droit international coutumier a été soulignée dans le mémorandum du Secrétariat en ces termes : « la Commission s'est souvent fondée dans son analyse du droit international coutumier sur la jurisprudence et la doctrine¹³⁸ ». Le Mémorandum contenait à ce propos cinq « observations » assorties d'exemples¹³⁹.

¹³⁷ Et pour les principes généraux du droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. En tant que source de droit distincte du droit international coutumier, elles n'entrent pas dans le champ du présent sujet. Complétées par la pratique et l'*opinio juris*, elles peuvent devenir des règles de droit international coutumier [H. Waldock : « there will always be a tendency for a general principle of national law recognized in international law to crystallize into customary law » (*supra*, note 33, p. 62)]. Elles peuvent donc être considérées comme une « source transitoire », au sens où leur utilisation répétée au niveau international peut en faire des règles du droit international coutumier : A. Pellet, « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », *Recueil des Cours*, vol. 329 (2007), p. 26.

¹³⁸ *Mémorandum du Secrétariat*, par. 30.

¹³⁹ *Ibid.*, par. 30 à 33. Les observations 1 et 15 à 18 se lisent comme suit :

- « 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 position, souvent en conjonction avec les décisions des cours et tribunaux internationaux et la doctrine. »
- « La Commission invoque parfois la jurisprudence internationale comme étant l'expression concluante d'une règle de droit international coutumier existante. »
- « La Commission invoque souvent aussi la jurisprudence pour établir l'existence ou l'inexistence d'une règle de droit international coutumier. »
- « La Commission interroge parfois la jurisprudence internationale, y compris les sentences arbitrales comme source secondaire pour identifier la pratique des États pertinente. »
- « La Commission interroge souvent la doctrine pour identifier des règles de droit international coutumier. »

A. Jurisprudence¹⁴⁰

58. Les décisions¹⁴¹ des tribunaux nationaux peuvent jouer un double rôle en ce qui concerne le droit international coutumier : à titre de pratique des États¹⁴² mais aussi comme élément de détermination des règles du droit international coutumier¹⁴³. Dans le second cas, elles doivent être abordées avec une prudence particulière, puisque « les tribunaux nationaux envisagent le droit international différemment des tribunaux internationaux »¹⁴⁴.

59. Les décisions des cours et tribunaux internationaux concernant l'existence de règles de droit international coutumier et leur contenu ne constituent pas de la « pratique » mais jouent un rôle important comme « moyens auxiliaires de détermination des règles de droit »¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Voir H. Lauterpacht, « Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 10 (1929), p. 65; H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 2^e éd. (Stevens, 1958, réimprimé Grotius, 1982, Cambridge University Press, 1996); C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (Manchester University Press, 1965), p. 91 à 103; R. Jennings, « The Judiciary, National and International, and the Development of International Law », *International Law Reports*, vol. 102, p. ix à xiii; R. Jennings « Reflections on the Subsidiary Means for the Determination of Rules of Law », in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (Editoriale Scientifica Napoli, 2004), p. 319 à 338; R. Jennings, A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., vol. 1 (Longman, 1992), p. 41 et 42; S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005* (Martinus Nijhoff, 2006), p. 1552 à 1558; P. Daillier, M. Forteau, et A. Pellet, *Droit International Public*, 8^e éd. (L.G.D.J., 2009), par. 259 et 260; Pellet, *supra*, note 20, MN 306 à 334; Crawford, *supra*, note 20, p. 37 à 42; H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty years of jurisprudence* (Oxford University Press, 2013), p. 247 à 252 et 1206 à 1210; M. Diez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, 18^e éd. (Tecnos, 2013), p. 127 à 131; Shaw, *supra*, note 22, p. 78 à 80.

¹⁴¹ Le terme « décisions » dans ce contexte comprend les avis consultatifs et ordonnances rendues dans les procédures incidentes. Même si les cours et tribunaux internationaux sont souvent des organes d'organisations internationales, leurs décisions sont plutôt considérées comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit que comme une contribution en tant que « pratique » de l'Organisation.

¹⁴² A/CN.4/672, *supra*, note 6, par. 41 e). Voir aussi A. Gattini, « Le rôle du juge international et du juge national et la coutume internationale », in D. Alland *et al.* (dir.), *Unité et diversité du droit international : écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy* (Martinus Nijhoff, 2014), p. 253 à 273.

¹⁴³ Ce point de vue est parfois mis en cause, mais on voit mal pourquoi les décisions des juridictions nationales, dans lesquelles se posent fréquemment des questions de droit international, devraient être exclues de l'expression « décisions judiciaires » figurant à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38. Rien ne permet de supposer que les auteurs du Statut entendaient qu'il en soit ainsi.

¹⁴⁴ C. Greenwood, « The Contribution of National Courts to the Development of International Law », Conférence annuelle Grotius, 4 février 2014, résumé disponible en ligne à l'adresse http://www.biiicl.org/documents/159_annual_grotius_lecture_2014_summary.pdf. Pour deux études récentes sur les tribunaux nationaux, voir, A. Reinisch, P. Bachmayer, « The Identification of Customary International Law by Austrian Courts », à l'adresse http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2289788; A. Pellet, A. Miron, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public* (Daloz, 2015).

¹⁴⁵ A/CN.4/672, *supra*, note 6, par. 46; voir cependant Bernhardt, *supra*, note 62, p. 270 (« As is well known, Article 38 of the International Court's Statute mentions among the sources of international law judicial decisions, but only "as subsidiary means for the determination of rules

60. Il n'y a pas de doctrine de *stare decisis* en droit international¹⁴⁶. On ne saurait dire que les décisions des cours et tribunaux internationaux sont incontestables aux fins de l'identification des règles du droit international coutumier. Leur poids varie selon la qualité du raisonnement, la composition de la cour ou du tribunal et l'ampleur de la majorité par laquelle elles ont été adoptées. Il convient également de garder à l'esprit que le droit international coutumier peut avoir évolué depuis la date de la décision en question¹⁴⁷. Cependant, on considère souvent que la jurisprudence fait autorité, en particulier celle de la Cour internationale de Justice et des tribunaux spécialisés tels que le Tribunal international du droit de la mer¹⁴⁸. Il en est de même de certaines sentences arbitrales¹⁴⁹.

61. Les exemples d'identification de règles du droit international coutumier fondée sur des décisions judiciaires sont légion. La Cour internationale de Justice se fonde souvent sur ses décisions antérieures ou celles de sa devancière, la Cour permanente de justice internationale. En fait, elle semble très réticente à s'écarter de ses décisions antérieures.

of law". This formula underestimates the role of decisions of international courts in the norm-creating process. Convincingly elaborated judgments often have a most important influence on the norm-generating process, even if in theory courts apply existing law and do not create new law ». En tout état de cause, les décisions des cours et tribunaux internationaux et la doctrine peuvent aussi être des sources secondaires pour l'identification de la pratique des États : voir *Mémoire du Secrétaire*, observation 17 et par. 33. Voir aussi J. A. Barberis, « Réflexions sur la coutume internationale », *Annuaire français de droit international*, vol. 36 (1990), p. 34 (« Le droit coutumier peut également être créé par le biais des décisions des tribunaux internationaux. Ainsi, on a considéré que la règle selon laquelle une partie ne peut opposer à une autre le fait de n'avoir pas rempli une obligation ou de ne pas s'être servie d'un recours judiciaire si la première, par un acte contraire au droit, a empêché cette dernière de remplir l'obligation ou d'avoir recours à la juridiction, est « un principe généralement reconnu par la jurisprudence arbitrale internationale. Les règles principales qui constituent les bases de la procédure arbitrale ont été établies par la pratique des tribunaux arbitraux. Dans ce sens, on peut citer en premier lieu la norme selon laquelle tout juge est juge de sa propre compétence. Cette norme, connue généralement sous le nom de « règle de la compétence de la compétence », tire son origine des sentences arbitrales [...] La norme qui accorde à un tribunal la faculté d'édicter des mesures conservatoires relève aujourd'hui du droit coutumier et a été créée par la jurisprudence internationale. De même, certaines règles d'interprétation ont la même origine et, à titre d'exemple, on peut mentionner la règle de l'effet utile »).

¹⁴⁶ G. Acquaviva, F. Pocar, « Stare decisis », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2007).

¹⁴⁷ Voir aussi J. A. Green, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law* (Hart, 2009), p. 25 (« there exists a danger for States and scholars in perceiving judgments [of international courts and tribunals] as an expression of international law, when in fact any judgment represents at best a "freeze-frame" of that law »).

¹⁴⁸ Voir aussi J. Crawford, "The Identification and Development of Customary International Law", Discours prononcé à la Conférence de printemps de la section britannique de l'Association de droit international, 23 mai 2014 [« Even if the Court's judgments have a binding effect only between the parties involved, and are merely "subsidiary means for the determination of rules of law", in practice they are treated as "authoritative pronouncements of the current state of international law". This is evident in state practice in response to the Court's decisions regarding customary international law. After *Nicaragua*, the customary character of common Articles 1 and 3 of the 1949 Geneva Conventions is "now taken for granted and almost never questioned". It is also apparent in the influence the Court exerts over other international courts and tribunals » (citations omises)].

¹⁴⁹ Il existe divers recueils de sentences arbitrales, en particulier le *Recueil des sentences arbitrales internationales des Nations Unies*.

B. Doctrine¹⁵⁰

62. On dit parfois que la doctrine a été cruciale pour la systématisation et même le développement du droit des nations au cours des siècles passés¹⁵¹. Peut-être considère-t-on maintenant qu'elle joue un rôle moins prépondérant mais, en fonction de la qualité des textes, elle demeure une source utile d'information et d'analyse aux fins de l'identification des règles du droit international coutumier.

63. Le rôle de « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations¹⁵² » comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit a été bien cerné par le juge Gray en l'affaire du *Paquete Habana* : « Les tribunaux de justice recourent à ces travaux non pas pour les spéculations de leurs auteurs sur ce que la loi devrait être mais pour des indications fiables de ce qu'elle est vraiment »¹⁵³.

64. Lorsqu'on se penche sur l'avis des spécialistes, il faut se demander dans quelle mesure ils ont voulu rendre compte des positions de certains États ou groupes d'États, de quelle manière ils ont procédé pour l'identification du droit international coutumier, ou s'ils cherchent à promouvoir un certain point de vue ou à formuler des propositions de nouvelles règles de droit¹⁵⁴.

65. Parmi les textes de la doctrine, certains ouvrages collectifs revêtent une importance particulière, notamment les textes et les commentaires issus des travaux de la Commission du droit International¹⁵⁵ mais aussi ceux d'organismes privés tels

¹⁵⁰ Voir G. Schwarzenberger, « The Province of Doctrine of International Law », in G. W. Keeton, G. Schwarzenberger (dir.), *Current Legal Problems* (Stevens, 1956), p. 235 à 265; J. François, « L'influence des publicistes sur le développement du droit international », in *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel* (Sirey, 1961), p. 275 à 281; C. Parry, *supra*, note 140, p. 103 à 108; E. Münch, « Zur Aufgabe der Lehre im Völkerrecht », in Université de Genève et Institut de Hautes Études Internationales de Genève, *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (Imprimerie de la Tribune de Genève, 1968), p. 490 à 507; M. Lachs, « Teachings and Teaching of International Law », *Recueil des cours*, vol. 151 (1976), p. 161 à 252; A. Oraison, « Réflexions sur la "doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" : Flux et reflux des forces doctrinales académiques et finalisées », *Revue belge de droit international*, vol. 24 (1991), p. 507 à 580; Rosenne, *supra*, note 140, p. 1558 à 1560; Pellet, *supra*, note 20, MN 335 à 339; M. Wood, « Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (art. 38 (1) ICJ Statute) », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010); Daillier, Forteau and Pellet, *supra*, note 140, par. 256 à 258; M. Diez de Velasco, *supra*, note 140, p. 131; Thirlway, *supra*, note 18, p. 126 à 128; Shaw, *supra*, note 22, p. 80 et 81.

¹⁵¹ Selon Greig, « before there existed any great wealth of state practice or judicial precedent, writers on international law held a pre-eminent position »: D. W. Greig, *International Law* (Butterworth, 1970), p. 40.

¹⁵² On l'appelle souvent simplement « la doctrine » (*writings* ou *the literature* en anglais).

¹⁵³ *The Paquete Habana and The Lola*, Cour suprême des États-Unis (8 janvier 1900) 175 US 677, p. 700. Le juge Fuller, se dissociant de la majorité, a émis la mise en garde suivante : « [t]heir lucubrations may be persuasive, but not authoritative » (p. 720).

¹⁵⁴ R. Jennings, *supra*, note 140, p. 328 et 329 (« These and such other sources of doctrine may or may not in particular instances make it clear whether they are dealing with the *lex lata* or the *lex ferenda* [...] pressure groups creating doctrine often find it advantageous to blur the distinction and to dress their proposals as existing law [...] »). Voir aussi J. Kammerhofer, « Law-Making by Scholars », in C. Brölmann et Y. Radi (dir.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making* (Edward Elgar, 2015, à paraître), disponible à l'adresse <http://ssrn.com/abstract=2182547>.

¹⁵⁵ On mentionnera à titre d'exemple les travaux de la CDI sur le droit des traités dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* à propos du *jus cogens* (par. 190); et le recours au projet d'articles sur la

que l'Institut de droit international et l'Association de droit international. Comme pour tous les autres textes de doctrine, il importe toutefois, même si ce n'est pas toujours aisé, d'établir une distinction entre ceux qui visent à rendre compte de la législation existante (codification, ou *lex lata*) et ceux qui découlent du développement progressif (*lex ferenda*). Comme il a été dit à propos des articles de la Commission sur la responsabilité des organisations internationales, « les tribunaux et autres doivent aborder les articles [...] avec une certaine circonspection. Ils doivent [...] soupeser les éléments lorsqu'ils déterminent le statut de telle ou telle disposition du projet »¹⁵⁶.

66. Rares sont les cas où la Cour internationale de Justice s'est inspirée d'ouvrages d'auteurs individuels (plutôt que des textes de la Commission du droit international et de certains autres ouvrages collectifs)¹⁵⁷. Leur importance n'en est pas pour autant remise en cause : ils sont souvent mentionnés dans des opinions individuelles ou dissidentes et dans les décisions d'autres cours et tribunaux internationaux et nationaux¹⁵⁸.

responsabilité de l'État (première lecture) dans l'affaire du Projet *Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* (par. 50). Plus récemment, la Cour internationale de Justice a fait référence à la version finale du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, par exemple dans son arrêt du 19 décembre 2005 en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (par. 160), où elle a mentionné les articles 4, 5 et 8 du texte de 2001. Dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du Crime de génocide (Bosnie Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 43, la Cour a longuement fait référence aux Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État. Voir également Tomka, *supra*, note 26, p. 202 (« the codifications produced by the International Law Commission have proven most valuable [to the Court in ascertaining whether a rule of customary international law exists], primarily due to the thoroughness of the procedures utilized by the ILC ... »).

¹⁵⁶ M. Wood, « Weighing the articles on responsibility of international organizations », in M. Ragazzi (dir.), *The Responsibility of International Organizations. Essays in Memory of Sir Ian Brownlie* (Martinus Nijhoff, 2013), p. 66.

¹⁵⁷ Peil, « Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1 (2012), p. 136.

¹⁵⁸ Voir par exemple Cour suprême de Singapour – Cour d'appel, *Yong Vui Kong c. Public Prosecutor*, [2010] 3 S.L.R. 489 [2010] SGCA 20 (14 mai 2010), par. 95 et 98; Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision de la deuxième chambre, 8 mai 2007, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, par. 64 et 65; Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Kaunda and Others c. The President of the Republic of South Africa and Others*, arrêt (4 août 2004), par. 25 à 29; Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Ntakirutimana*, affaires n^{os} ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, arrêt, par. 518; Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, Chambre préliminaire, dossier n^o 002119-09-2007-CETC-CP/BCJI (CP35), Décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des cojuges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010, par. 61 (Se référant également à la jurisprudence du TPIY en la matière); Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Delalić*, affaire n^o IT-96-21-T, arrêt, 16 novembre 1998, par. 342; Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, Chambre de la Cour suprême, *KAINING Guek Eav alias Duch*, dossier n^o 001/18-07-2007-ECCC/SC, arrêt (3 février 2012), par. 114 à 116; Tribunal pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Šainović et consorts*, affaire n^o IT-05-87-A, arrêt, 23 janvier 2014, par. 1647 (et référence y figurant); Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision de la deuxième chambre, 5 novembre 2003, 2 BvR 1506/03, par. 47; Tribunal international du droit de la mer, *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif*, 1^{er} février 2011, *TIDM Recueil 2011*, par. 169.

67. Il est proposé d'insérer dans la nouvelle **cinquième partie** le projet de conclusion suivant :

Projet de conclusion 14

Jurisprudence et doctrine

La jurisprudence et la doctrine peuvent servir de moyens auxiliaires d'identification des règles du droit international coutumier

VI. L'importance des organisations internationales

68. Nous avons indiqué dans le deuxième rapport que la pratique des organisations internationales pourrait également être pertinente pour l'identification du droit international coutumier¹⁵⁹. Cette idée a été dans l'ensemble appuyée au sein de la Commission¹⁶⁰ mais plusieurs questions se sont posées quant à la nature particulière d'un tel rôle¹⁶¹. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 4[5] adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction en 2014, se lisait comme suit :

« Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la création ou à la formulation de règles du droit international coutumier. »

Une note de bas de page dans le rapport du président du Comité de rédaction indiquait que le projet de conclusion 4[5] serait examiné de nouveau à la session de 2015 de la Commission à la lumière de l'analyse de la question de la pratique des organisations internationales dans le présent rapport. De même, une note de bas de

¹⁵⁹ A/CN.4/672, par. 43 et 44. Nous proposons dans le deuxième rapport de définir l'expression « organisation internationale » (aux fins du projet de conclusions) comme désignant « une organisation intergouvernementale ». En 2014, le Comité de rédaction a cependant jugé prématuré de choisir entre les diverses définitions possibles avant l'examen du présent rapport. Notre intention est qu'aux fins du projet de conclusions, l'expression « organisation internationale » désigne les organisations dotées d'une personnalité juridique internationale et dont les membres sont principalement des États ou d'autres organisations internationales. Nous n'estimons pas nécessaire à l'heure actuelle d'inclure une définition dans le projet de conclusions, pour autant qu'une explication figure dans le commentaire. Le Comité de rédaction voudra peut-être examiner la question plus avant.

¹⁶⁰ La Commission considérait déjà en 1950 que « 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 » (« Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session (A/CN.4/34), *Annuaire de la Commission du droit international, 1950*, vol. II, p. 372, par.78); voir aussi le *Mémoire du Secrétariat*, 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) ».

¹⁶¹ Voir par exemple l'intervention de M Murphy, compte rendu analytique A/CN.4/SR.3224 (16 juillet 2014). Pour une réflexion ultérieure sur certaines des questions soulevées, voir M. Wood, « International Organizations and Customary International Law », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 48 (2015).

page se rapportant au projet de conclusion 6[7] indiquait que les formes de pratique des organisations internationales seraient examinées à l'avenir¹⁶².

69. La Commission a eu récemment l'occasion d'évoquer les différences entre États et organisations internationales. Dans son commentaire général des articles sur la responsabilité des organisations internationales, de 2011, elle a déclaré ce qui suit :

« Les organisations internationales sont tout à fait différentes des États, et sont elles-mêmes très diverses. Au rebours des États, elles ne disposent pas d'une compétence générale et elles ont été établies pour exercer des fonctions spécifiques (« principe de spécialité »). Il existe des différences considérables entre les organisations internationales au regard de leurs pouvoirs et fonctions, du nombre de leurs membres, des relations entre l'organisation et ses membres, des procédures de délibération, de leurs structure et moyens matériels, ainsi que s'agissant des règles primaires comportant des obligations conventionnelles dont elles sont tenues¹⁶³. »

70. Les États restent les principaux sujets de droit international et, comme nous l'avons expliqué dans le deuxième rapport, c'est avant tout leur pratique qui contribue à la formation et à l'expression des règles du droit international coutumier¹⁶⁴. Ce sont également eux qui (pour l'essentiel) créent et contrôlent les organisations internationales et les habilite à exercer en tant que personnes juridiques internationales distinctes une série de fonctions internationales aux fins de réaliser certains objectifs communs à leurs membres¹⁶⁵. Aussi semble-t-il

¹⁶² Voir également le *Rapport intermédiaire du président du Comité de rédaction*, 7 août 2014, p. 9 et 10.

¹⁶³ Projets d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, Commentaire général, par. 7 (*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session*, A/66/10 (2011), par. 88), reproduit dans M. Ragazzi (dir.), *The Responsibility of International Organizations: Essays in Memory of Sir Ian Brownlie* (Martinus Nijhoff, 2013), p. 449 à 451.

¹⁶⁴ A/CN.4/672, par. 43.

¹⁶⁵ Voir aussi L. Hannikainen, « The Collective Factor as a Promoter of Customary International Law », *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 6 (2006), p. 130 (« The rising importance of international organizations does not mean that they have risen above States or constitute a serious challenge to State sovereignty. States continue to be the leading actors in the international arena; as the founders and members of international organizations they are able to control these institutions created by them – even to dissolve them. At the same time it should be kept in mind that States have purposefully given international organizations different kinds of powers, even supranational powers to certain international organizations [...] »); A. Roberts, S. Sivakumaran, « Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law », *Yale Journal of International Law*, vol. 37 (2012), p. 117 et 118 (« Normatively, state-empowered bodies are created and empowered by states, which creates a basis for arguing that any lawmaking powers exercised by such bodies are derived from state consent. In addition, after any initial delegation of lawmaking powers has been made, states retain a variety of formal and informal powers to sanction state-empowered bodies if they overreach in their lawmaking efforts [...] Any role that state-empowered bodies play in law creation is thus dependent on initial state consent and at least some level of ongoing state consent »); C. Parry, *supra*, note 140, p. 8 et 9 (« if any element of international legislation is to be discerned in the operations of international organizations, enthusiasts for such structures would do well to remember that the theory upon which they were built was one of delegation from the State »). Les États (qu'ils en soient membres ou non) peuvent s'opposer à la conduite d'une organisation internationale : voir par exemple D. Sarooshi, *International Organizations*

généralement « prématuré d'assimiler ce pouvoir normatif [que peuvent avoir certaines organisations internationales] à un pouvoir législatif véritablement autonome¹⁶⁶ »; dans le même temps, étant donné que « les sujets de droit de tout système juridique ne sont pas nécessairement identiques par leur nature ou l'étendue de leurs droits, et que leur nature dépend des besoins de la communauté¹⁶⁷ », l'exercice par les organisations internationales de leurs fonctions peut certainement être pertinent aux fins de l'identification du droit international coutumier. Cette idée générale a été largement appuyée lors du débat de la Sixième Commission en 2014¹⁶⁸.

71. Il convient d'emblée d'établir deux distinctions. Premièrement, et ceci est fondamental, nous devons différencier la pratique des États au sein des organisations internationales de celle des organisations internationales en tant que telle. Même si ce n'est pas toujours aisé (en particulier lorsque l'organe compétent d'une organisation est composé d'États¹⁶⁹) et si la doctrine est souvent peu claire sur

and Their Exercise of Sovereign Powers (Oxford University Press, 2005), p. 116 (« a State may wish to object in a persistent manner to the way in which delegated powers are being exercised *within* an organization precisely in order to prevent any future rule of custom that may result from the organization's acts binding the State and thus constraining its unilateral exercise of powers *outside* the context of the organization »); J. E. Alvarez, *International Organization as Law-Makers* (Oxford University Press, 2005), p. 593.

¹⁶⁶ Prost et Clark, *supra*, note 122, p. 367 et 368 [« The decisive factor, for present purposes, is whether the organization is capable of expressing a truly autonomous will, i.e. one which is not only the sum of its members' individual wills, and whether this independent will is binding on the Member States [...] On this issue, there remains [...] wide-ranging debate [...] IOs, at this stage of development of the international legal community, are still largely incapable of instituting an emergence of a power which is truly separated from Sovereign States. Indeed, the institutional logic never eclipses the State logic. On the contrary, it presupposes, mirrors and to some extent magnifies the nation-State system » (références omises)]. Voir aussi J. Klabbbers, « International Organizations in the Formation of Customary International Law », in E. Cannizzaro, P. Palchetti (dir.), *Customary International Law on the Use of Force* (Martinus Nijhoff, 2005), p. 183 (« in order to say anything meaningful about the role of international organizations in the formation of customary international law, what is required is something of a perspective on the relationship between organizations and their members. On the one hand, those who regard organizations as little more than vehicles for their member states will have fairly little problem accepting the idea that acts of organs [of international organizations] can somehow be counted as acts of states. On the other hand, those who insist on the separate identity of the organization may be less easily inclined to consider acts of organizations as state acts »).

¹⁶⁷ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949*, p. 178.

¹⁶⁸ Voir par exemple les déclarations faites au nom de l'Afrique du Sud, de l'Autriche, de l'Espagne, des États-Unis, de la France, de la Grèce, de la République islamique d'Iran (les organisations internationales sont pertinentes pour l'identification du droit international coutumier « dans la mesure où cela reflète la pratique des États »), de la Jamaïque, des Pays-Bas, des pays nordiques, de la Pologne, du Portugal, de la Roumanie, de la République de Corée, de la Slovaquie, de la Slovénie et de la Trinité-et-Tobago (« dans certaines circonstances bien précises ») (voir comptes rendus analytiques; le texte intégral des déclarations est également disponible en ligne sur le portail PaperSmart de l'Organisation des Nations Unies à l'adresse <http://www.un.org/fr/ga/sixth/>).

¹⁶⁹ Comme l'a dit M^{me} Jacobson, dans certains cas, il peut être difficile de séparer les États et les organisations internationales pour ce qui est de leur implication [voir compte rendu analytique A/CN.4/SR.3226 (17 juillet 2014)]. Voir aussi Akehurst, *supra*, note 36, p. 11 (« [...] the practice of international organizations can also create rules of customary law. It is true that most organs of most international organizations are composed of representatives of States, and that

ce point, la pratique des organisations internationales, personnes juridiques internationales distinctes, ne devrait pas en principe être assimilée à celle des États eux-mêmes (des « représentants des Membres, c'est-à-dire de personnes mandatées par leurs gouvernements respectifs, dont elles reçoivent les instructions et dont elles engagent la responsabilité »¹⁷⁰). Dans le présent rapport, comme dans le deuxième, nous partons du principe que, le cas échéant, la pratique des États au sein des organisations internationales doit être attribuée aux États eux-mêmes¹⁷¹.

72. La seconde distinction à établir est celle entre le comportement de l'organisation pour ce qui est de son fonctionnement interne (souvent appelé « pratique de l'Organisation » ou « pratique bien établie de l'Organisation » – voir les définitions de l'expression « règles de l'organisation » dans la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales et dans les articles de 2011 sur la responsabilité des organisations internationales) et son comportement dans le cadre de ses relations avec les États, les organisations internationales et d'autres entités (pratique externe). Le premier peut dans certaines circonstances donner lieu à « une sorte de

their practice is best regarded as the practice of States. But the practice of organs which are not composed of representatives of States, such as the United Nations Secretariat, can also create rules of customary law [...] Nor must one overlook the legal opinions of the United Nations Secretariat »); R. A. Wessel, S. Blockmans, « The Legal Status and Influence of Decisions of International Organizations and other Bodies in the European Union », Collège d'Europe, Département d'études juridiques européennes, Cahier juridique, n° 01/2014 (« an important function of international organizations is to reveal state practice (and *opinio juris*) and to allow for a speedy creation of customary law, although one needs to remain aware of the distinction between state practice and the practice of an international organization »); D. M. DeBartolo, « Identifying International Organizations' Contributions to Custom », *AJIL Unbound*, 23 décembre 2014, disponible en ligne à l'adresse <http://www.asil.org/blogs/identifying-international-organizations%E2%80%99-contributions-custom> (« Though such acts [in connection with resolutions of international organizations, for example] take place in an IO forum, they are State acts, carried out by State officials (generally members of a State's delegation or permanent mission to the IO), and as such constitute State practice, not IO practice »); J. E. Alvarez, « International Organizations: Then and Now », *American Journal of International Law*, vol. 100 (2006), p. 333 (« Although some may prefer to describe them as merely "arenas" for lawmaking action, IOs ... are for all practical purposes a new kind of lawmaking actor, to some degree autonomous from the states that establish them »); I. Johnstone, « Law-Making Through the Operational Activities of International Organizations », *George Washington International Law Review*, vol. 40 (2008), p. 87 (« to the extent that international organizations act autonomously in engaging in [] practices, the law-making process is one step removed from state consent »); J. Wouters, P. De Man, « International Organizations as Law-Makers », in J. Klabbers et Å. Wallendahl (dir.), *Research Handbook on the Law of International Organizations* (Edward Elgar, 2011), p. 208.

¹⁷⁰ Pour reprendre les termes de l'Article 3, paragraphe 2, du *Traité de Lausanne*, avis consultatif, Publications de la Cour permanente de justice internationale, série B - n° 12 (1925), p. 29 (examinant dans un contexte différent la composition du Conseil de la Société des Nations).

¹⁷¹ Voir également Treves, *supra*, note 54, par. 50 (« As subjects of international law, intergovernmental organizations participate in the customary process in the same manner as States. Ascertainment and assessment of such participation and of its relevance must, nevertheless, be made with particular caution: first, because of the limited scope of the competence of the organizations, and, secondly, because it may be preferable to consider many manifestations of such practice, such as resolutions of the UN General Assembly, as practice of the States involved more than of the organizations »).

droit coutumier de l'organisation, formé par elle et ne s'appliquant qu'à elle¹⁷² » mais c'est en principe le second qui peut être pertinent pour la formation et l'identification du droit international coutumier¹⁷³.

73. La grande diversité des organisations internationales impose une grande prudence dans l'évaluation de leur pratique et du poids à lui attribuer¹⁷⁴. Par exemple, plus une organisation a d'États membres¹⁷⁵, ou plus sa pratique est

¹⁷² Peters, « Subsequent Practice and Established Practice of International Organizations: Two Sides of the Same Coin? », *Goettingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), p. 630 et 631 (ajoutant cependant ce qui suit : « Yet it is not entirely that simple because at the same time established practice has a characteristic which is due to its origins in the organization: it is based to a large extent on secondary law of the organization, on the binding resolutions and decisions of its organs »). Ce droit coutumier consisterait en ce qui suit : « mainly rules referring to relations between the organs of organizations and between such organizations and the members of their staff » (Wolfke, *supra*, note 28, p. 80). Une telle 'coutume' sort du champ du présent sujet.

¹⁷³ Voir aussi, par exemple, Pellet, *supra*, note 20, p. 816 et 817 (« [...] the practice of the [international] organizations themselves, can also be of paramount importance in establishing the existence of the material element. In this respect, it is, however, necessary to make a distinction between the internal and purely institutional practice, giving rise to a customary rule within the "proper law" of the organization concerned, on the one hand, and the contribution of the organization(s) to the formation of general rules of customary law applicable outside the framework of the organization on the other ») (citations omises); Barberis, *supra*, note 145, p. 33 (« S'agissant de la pratique des organisations internationales, il est nécessaire de distinguer entre l'activité que leurs organes déploient en leur sein et qui a trait à l'ordre juridique interne de l'organisation, et l'activité qu'ils déploient sur le plan international. L'activité déployée au sein de l'organisation peut donner naissance à des règles coutumières relevant de l'ordre juridique interne de cette organisation. [...] Toutefois, la pratique d'une organisation sur le plan international peut créer des normes coutumières internationales »). Pour une conception différente de la chose (« Indeed, nowadays, most decisions of international organizations have an internal and an external normative impact. Hence, the line between internal and external law-making is fading »), voir Wouters et De Man, *supra*, note 169, p. 194. Dans le *Mémoire du Secrétariat*, il est souligné ce qui suit : « 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 » (observation 14).

¹⁷⁴ Lors du débat de la Sixième Commission en 2014, la Malaisie a considéré que, puisque les organisations internationales différaient en termes de composition et de structure, il ne fallait pas présumer que les actes ou l'inaction de l'une d'elles représentait la pratique générale des États aux fins d'établir le droit international coutumier; De même, Singapour a dit qu'il fallait évaluer avec une grande prudence la pertinence des actes et notamment de l'inaction des organisations internationales. Celles-ci présentaient de grandes différences en termes de structure, de mandat, de composition des organes de décision et de procédures de prise de décisions, autant d'éléments qui influaient sur leur rôle éventuel dans la formation du droit international coutumier (déclarations disponibles en ligne (en anglais) sur le portail PaperSmart de l'ONU, à l'adresse <http://www.un.org/fr/ga/sixth/>). Voir également Wouters et De Man, *supra*, note 169, p. 208 (« Whether actions of international organizations can be attributed to the State community as a whole is a complex question and the answer depends on such divergent factors as, inter alia, the nature of the organization (political vs. technical), the inclusiveness of its membership (universal and total vs. regional and limited), the composition of the relevant organ adopting a certain measure (plenary vs. partial) and the decision-making method applied (unanimity and consensus vs. majority) »).

¹⁷⁵ Voir Cahin, *supra*, note 111, pour un examen général de l'ensemble des aspects. Voir également K. Skubiszewski, « Forms of Participation of International Organizations in the Lawmaking Processes », *International Organization*, vol. 8 (1964), p. 791 (« international custom is

expressément approuvée par ceux-ci (d'une manière ou d'une autre), plus cette pratique aura de poids. Ces considérations reflètent la place centrale qu'occupent les États dans le processus coutumier.

74. La pratique liée aux organisations internationales peut se présenter sous diverses formes, même s'il peut s'avérer difficile de les délimiter clairement. Premièrement, les actes des organisations internationales peuvent refléter la pratique et les convictions de leurs États membres¹⁷⁶. Comme on l'a dit plus haut à la section IV, les résolutions des organes composés d'États reflètent les avis et les votes exprimés par les États en leur sein, et peuvent donc être considérés comme pratique des États ou indication d'une *opinio juris*¹⁷⁷. De même, les politiques adoptées et actes accomplis par les organisations internationales sont souvent examinés de près ou approuvés par leurs États membres.

75. Deuxièmement, le comportement des organisations internationales peut servir à catalyser la pratique des États. Essentiellement, l'action des organisations internationales au plan international peut susciter de la part des États des réactions pouvant compter comme pratique ou attester de leur avis juridique¹⁷⁸. C'est le cas

modified and developed by the practice of states and international organizations, especially the universal ones »); I. Gunning, « Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights », *Virginia Journal of International Law*, vol. 31 (1991), p. 225 (« The greater the number of states and the broader the representation of states which support the agency and hence delegated authority to the agency, the stronger the case that the agency's actions create customary law »); C. H. Alexandrowicz, *The Law Making Functions of the Specialized Agencies of the United Nations* (Angus and Robertson, 1973), p. 98 (« Being mostly universal, the [Specialized] Agencies [of the United Nations] are a proper forum for the generation of customary rules which enjoy a world-wide acceptance »).

¹⁷⁶ Crawford a écrit ce qui suit : « The activities of international organizations do not feature in the sources of international law enumerated in Article 38 of the Statute of the International Court. But they are well placed to contribute to its development. This is due primarily to the capacity for international organizations to express collectively the practice of member states » (Crawford, *supra*, note 20, p. 192). Voir également Gunning, *supra*, note 175, p. 222 (« The argument that international organizations should influence custom is based on the premise that the practices of international organizations [...] constitute a collective state action »).

¹⁷⁷ Voir également Prost et Clark, *supra*, note 122, p. 360 (« however important resolutions might be in the contemporary customary process, it remains doubtful whether the legal authority really resides with IOs. In the declaration, the crystallization and the process of “instant” germination of custom, the autonomy of IOs is in fact mainly formal, while the power to make law – the genuine and substantive legal authority – tends to remain in the hands of the Member States. Again, this is, by no means, a denial of the role played by IOs in the channeling and modeling of States' power. The fact remains, however, that where resolutions are regarded as constitutive, in whole or in part, of customary law, the inter-State dynamic is essentially preserved and the autonomy of IOs is generally constrained by the permanence, behind the veil of the organization, of the Member States »); Klabbers, *supra*, note 166, p. 188 (« In what is, conveniently perhaps, the leading case on both the formation of customary international law and the prohibition of the use of force in international law, the Nicaragua case, the ICJ steadfastly adhered to the view that the activities of international organizations and the results of international conferences were, at the end of the day, the work of states »).

¹⁷⁸ Voir par exemple *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, par. 81 (faisant état d'un rapport du Secrétaire général des Nations Unies « unanimement approuvé par le Conseil de sécurité »). Voir aussi Cassese, *supra*, note 29, p. 177 (« [...] les Nations unies invitent les États à se prononcer sur diverses matières, en rapportant leurs commentaires : ceci, encore une fois, permet de prendre certaines positions qu'il serait difficile d'adopter autrement »); Charney, *supra*, note 52, p. 543 et 544; D. Vignes, «The Impact of International Organizations on the Development and Application of Public

par exemple lorsqu'elles présentent des projets de textes aux fins d'un débat entre les États, ou entreprennent des activités auxquelles réagissent les États. De même, les rapports produits ou adoptés par les organes des organisations internationales et les déclarations faites en leur nom suscitent souvent une réaction des États. Les résolutions appelant les États à agir – qu'il s'agisse de se doter d'une législation ou de prendre d'autres mesures internes – peuvent aussi donner naissance à une pratique des États.

76. Troisièmement, la pratique des organisations internationales concernant leur comportement international ou celui des organisations internationales en général peut servir de pratique pertinente aux fins de la formation et l'identification du droit international coutumier¹⁷⁹. Dans une large mesure, cet état de choses « ressort peut-

International Law», in R. St. John Macdonald, D. M. Johnston (dir.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff Publishers, 1983), p. 829; Hannikainen, *supra*, note 165, p. 140 (« Resolutions are not the only important form of activity of international organizations for the creation of customary norms. Many international organs conduct dialogue with States with the purpose of persuading them to adopt certain good practices or forms of conduct. There are strong international organs which may not limit themselves to persuasion but can also employ forms of pressure vis-à-vis a member State »); L.-C. Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, 2^e éd. (Yale University Press, 2000), p. 346 (« Contrary to the lingering myth that such [international governmental] organizations enjoy little direct prescriptive competence, they play an increasingly important role as forums for the flow of explicit communications and acts of collaboration that create people's expectations about authoritative community policy. This is especially true of the United Nations and its affiliated agencies »).

¹⁷⁹ Voir aussi Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2 BvR 1506/03, décision de la deuxième chambre, 5 novembre 2003, par. 52 (« davantage d'événements récents au niveau international, caractérisés par une différenciation et un nombre croissants de sujets reconnus de droit international, doivent être pris en considération pour déterminer la pratique des États. Les actes des organes d'organisations internationales [...] méritent donc une attention particulière »); Jennings et Watts, *supra*, note 140, p. 47 (« international organizations are themselves international persons. They can in their own right give rise to practices which may in time acquire the character of customary law or contribute to its development, there being nothing in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice to restrict international custom to the practice of states only. However, the international personality imposes limits upon the areas of international law which their practices can directly affect »); Higgins, *supra*, note 119, p. 25 (« The repeated practice of the [UN] organ, in interpreting the treaty, may establish a practice that, if the treaty deals with matters of general international law, can ultimately harden into custom. Although organ practice may not be good evidence of the intention of the original state parties, it is of probative value as customary law. Here the United Nations is a participant in the international legal process »); Skubiszewski, *supra*, note 175, p. 791 (« The application of customary international law by and in the organs of the organization may well lead to the growth of new rules »); L. Boisson de Chazournes, « Qu'est-ce que la pratique en droit international? », in Société française pour le droit international, *La pratique et le droit international : Colloque de Genève* (Pedone, 2004), p. 38 (« De manière générale, en tant que sujets de droit international, les organisations internationales contribuent au façonnement du droit international. Cette contribution revêt différents visages, montrant là encore le caractère pluriel de la pratique. [...] Ainsi, une organisation internationale peut être véhicule de pratique pour ses États membres. Elle peut avoir sa propre pratique externe par l'intermédiaire de ses organes politiques et intégrés. Elle peut également développer des pratiques qui lui sont propres dans son ordre interne. »); Danilenko, *supra*, note 36, p. 20 (« It is undisputed that the practice of States exerts a decisive influence on the formation of custom. At the same time, it is widely recognized that the practice of international organizations also contributes to the creation of customary rules in areas of their competence »); Henckaerts and Doswald-Beck, *supra*, note 36, at p. xli (« International organisations have international legal personality and can participate in

être le mieux des actes d'organes administratifs ou opérationnels »¹⁸⁰ et se rapporte aux « activités opérationnelles » des organismes qui s'apparentent à celles menées par les États, définies par un auteur comme les programmes que les organisations internationales mettent en œuvre dans le cadre de leur mission générale ou en exécution d'un mandat précis¹⁸¹. Ces activités sont extrêmement variées et, selon les fonctions et pouvoirs attribués aux organisations internationales, peuvent aller des mesures d'exécution que prend l'Organisation des Nations Unies aux fonctions du Secrétariat en tant que dépositaire de traités. Sauf dans de tels domaines, il est peu probable que les actes et les vues du Secrétariat ne constitueront de la pratique.¹⁸²

77. C'est lorsque les États ont attribué leurs compétences aux organisations internationales que leur participation à la formation et à l'identification des règles

international relations in their own capacity, independently of their member States. In this respect, their practice can contribute to the formation of customary international law »); V. Lowe, « Can the European Community Bind the Member States on Questions of Customary International Law? », in M. Koskenniemi (dir.), *International Law Aspects of the European Union* (Kluwer Law International, 1998), at p. 158 (« Nor am I asking whether such [European] Community statements may count as State practice under Article 38 1) b) of the [international] Court Statute. Clearly, in as much as they are acts of an international person, they can »); M. Akehurst, « The Hierarchy of the Sources of International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 47 (1975), p. 281 (« Many acts of international organizations are not sources of international law in their own right, either because they are merely part of the practice from which customary international law develops, or because they merely record agreements between (or promises by) States ») (c'est nous qui soulignons); Mendelson, *supra*, note 25, p. 201 (« what is conveniently and traditionally called State practice ... is, more precisely, the practice of subjects of international law »); *Déclaration de principes de Londres*, p. 19 (« The practice of intergovernmental organizations in their own right is a form of "State practice" »).

¹⁸⁰ Sloan, *supra*, note 119, p. 74 (« As international organizations are subjects of international law, organizational practice is also relevant to the creation of custom »). Voir aussi O. Schachter, « The Development of International Law Through the Legal Opinions of the United Nations Secretariat », *British Yearbook of International Law*, 25 (1948), p. 93 (disant, à propos de prises de parole du Secrétaire général de l'ONU dans d'importantes controverses politiques, « [They] have almost always been for the purpose of presenting legal statements »).

¹⁸¹ Johnstone, *supra*, note 169, p. 94 (examinant ces activités dans un contexte quelque peu différent, établissant une distinction entre ces activités et ce qui suit : « the more explicitly normative functions of international organizations, such as treaty making or adopting resolutions, declarations, and regulations by intergovernmental bodies »). Voir également K. Schmalenbach, « International Organizations or Institutions, General Aspects », in *Max Plank Encyclopedia of Public International Law* (2014), par. 79 (« some organizations operate in the same domain or in the same manner as States. In these cases, both contribute with their practice and their *opinio iuris* to the creation of the same rules of customary law, provided that the specific nature of an international organization does not demand modifications »); Crawford, *supra*, note 20, p. 195 (« Organizations may make agreements with member and non-member states and with other organizations, and may present international claims and make official pronouncements on issues affecting them. Subject to what has been said about the need for care in evaluating acts of political organs, the practice of organizations provides evidence of the law. In addition, the behaviour of international organizations "in the field" may influence the discourse of international law, and thereby indirectly influence the formation of custom »).

¹⁸² O. Corten, *supra*, note 54, p. 173 (« Il arrive régulièrement que le secrétaire général des Nations unies exprime sa position au sujet de la licéité d'une opération militaire [...] De telles prises de position ne manquent pas d'intérêt, dans la mesure où elles peuvent susciter des réactions officielles de la part des États membres de l'ONU. En tant que telle, cependant, une déclaration du secrétaire général n'est pas de nature à engager juridiquement les Nations Unies en tant qu'organisation internationale. Ni a fortiori les États membres de l'organisation »).

du droit international coutumier est la plus claire. Lorsque, comme dans le cas de l'Union européenne, l'organisation internationale remplace ses États membres en tout ou en partie dans les relations internationales, sa pratique peut être pertinente dans des domaines plus vastes que les seules questions juridiques touchant directement sa participation aux relations internationales¹⁸³. Pour l'essentiel, cette pratique peut être assimilée à celle des États. Comme nous l'avons expliqué dans le deuxième rapport, ne pas assimiler la pratique de ces organisations internationales à celle des États reviendrait à dire non seulement que la pratique des organisations ne vaut pas pratique étatique, mais également que les États Membres ne pourraient plus ou guère y contribuer¹⁸⁴.

78. En outre, là où la pratique des organisations internationales peut être pertinente, les considérations formulées dans le présent rapport, le précédent rapport et le projet de conclusions et s'appliquant à la pratique des États peuvent s'appliquer *mutatis mutandis* à la pratique des organisations internationales¹⁸⁵.

79. Compte tenu de ce qui précède, aucune modification n'est proposée au paragraphe 2 du projet de conclusion 4[5] adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction en 2014 (« Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la création ou à la formulation de règles du droit international coutumier »). Cependant, afin de clarifier la position en ce qui concerne les acteurs non étatiques telle qu'elle ressort du débat de l'an dernier, il est proposé de supprimer le mot « principalement » du paragraphe 1 du projet de conclusion 4[5] (adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction), et d'y insérer un nouveau paragraphe 3 :

Projet de conclusion 4 [5]

Exigence d'une pratique

...

3. Le comportement d'autres acteurs non étatiques ne constitue pas une pratique aux fins de la formation et l'identification du droit international coutumier

¹⁸³ Treves, *supra*, note 54, par. 52. Voir par exemple Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Tadić*, affaire n° IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 115 (référence aux déclarations du Conseil de l'Union européenne).

¹⁸⁴ A/CN.4/672, par. 44. Lors du débat de la Sixième Commission en 2014, le représentant de l'Union européenne a souligné que dans les domaines où, selon les règles des traités de l'Union, seule celle-ci peut agir, c'est sa pratique qu'il convient de prendre en compte en ce qui concerne la formation du droit international coutumier en même temps que l'application, par les États membres, de la législation européenne (voir compte rendu analytique; déclaration disponible en ligne sur le portail PaperSmart de l'Organisation des Nations Unies à l'adresse <http://www.un.org/fr/ga/sixth/>). Voir aussi J. Vanhamme, « Formation and Enforcement of Customary International Law: The European Union's Contribution », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 39 (2008), p. 130 (« It can [] be stated with confidence that all EU external relations based on the EC Treaty count as relevant practice under international law »); F. Hoffmeister, « The Contribution of EU Practice to International Law », in M. Cremona (dir.), *Developments in EU External Relations Law* (Oxford University Press, 2008), p. 37 à 128. Les traités fondateurs de l'Union européenne disposent que l'Union « contribue [...] au strict respect et au développement du droit international » (Traité sur l'Union européenne, l'article 3, par. 5).

¹⁸⁵ A/CN.4/672, *supra*, note 6, par. 43.

VII. Coutume particulière

80. Jusqu'à présent, nous ne nous sommes intéressés qu'au droit international coutumier « général », c'est-à-dire aux règles de droit international coutumier « d'application générale, et valables à l'égard de tous les États »¹⁸⁶. Il arrive toutefois qu'une règle de droit international coutumier ne soit contraignante que pour certains États. Cette possibilité a été admise par la Cour internationale de Justice¹⁸⁷ et par certains juges de la Cour¹⁸⁸, ainsi que par les juridictions nationales¹⁸⁹, les gouvernements¹⁹⁰ et la doctrine¹⁹¹. Il s'agit de règles coutumières

¹⁸⁶ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 292 et 293, par. 90 (« principes déjà clairement affirmés par le droit international coutumier », « principes qui, à cause de cela, sont certainement d'application générale, et valables à l'égard de tous les États »).

¹⁸⁷ Voir *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950* p. 276 (dans laquelle la Cour a examiné l'argument invoqué par la Colombie, fondé sur « une prétendue coutume régionale ou locale, propre aux États de l'Amérique latine »); *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952*, p. 200 (« une coutume locale »); *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. Recueil 1960*, p. 39 (« la coutume locale »); *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 105, par. 199 (« en droit international coutumier, qu'il soit général ou particulier au système juridique interaméricain »); *Différend frontalier, arrêt, C.I.J., Recueil 1986*, p. 565, par. 21 (« non pas une simple pratique qui aurait contribué à la formation graduelle d'un principe de droit international coutumier dont la valeur serait limitée au continent africain comme elle l'aurait été auparavant à l'Amérique hispanique »); *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, C.I.J. Recueil 2009*, p. 233, par. 34 et 36 (« droit international coutumier [...] soit de portée universelle, soit de caractère régional [...] la coutume [...] universelle ou régionale »).

¹⁸⁸ Voir, par exemple, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 79 et 94 (Opinion individuelle de M. de Castro) (« les coutumes ou pratiques régionales, de même que les coutumes spéciales »); *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 62 (Opinion individuelle de M. Bustamante y Rivero, Président) (« un droit régional coutumier »); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 290 et 291 (Opinion individuelle de M. Ammoun).

¹⁸⁹ Voir, par exemple, Cour suprême d'Afrique du Sud, Division provinciale de l'État libre d'Orange, *Nkondo v. Minister of Police and Another*, 7 mars 1980, *International Law Reports*, vol. 82, 1990, p. 368 à 375 (le juge Smuts a estimé qu'aucun élément n'indiquait qu'il existait une pratique établie de longue date entre la République sud-africaine et le Lesotho qui serait devenue une coutume locale donnant le droit de traverser la frontière sans avoir à remplir de formalités administratives); Cour suprême autrichienne, *Service of Summons in Criminal Proceedings*, 21 février 1961, *International Law Reports*, vol. 38, 1969, p. 135 (où la Cour évoque des règles générales de droit international applicables à l'Europe continentale).

¹⁹⁰ Voir, par exemple, l'avis du Département fédéral suisse des affaires étrangères daté du 15 décembre 1993, selon lequel le principe de non-refoulement est devenu une règle de droit international coutumier de portée régionale en Europe (L. Caflisch, « Pratique suisse en matière de droit international public 1993 », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 5, 1994, p. 601 à 603); *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Compléments de réponse de la Belgique à la question qui lui a été posée par M. le juge Greenwood au terme de l'audience tenue le 16 mars 2012, par. 21, 37 et 38 (<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17641.pdf>).

¹⁹¹ Voir, par exemple, K. Skubiszewski, *supra*, note 43, p. 830 (« Generality [of practice] does not equal universality, and the term "general" is here [in Article 38(1)(b) of the Statute of the International Court of Justice] a relative one. In different fields of State external activities this term encompasses smaller or larger groups of States. »); H. Thirlway, *supra*, note 18, p. 88 et 89

« particulières », également dites « spéciales », qui revêtent dans la plupart des cas la forme d'une coutume régionale ou locale (bilatérale)¹⁹².

81. Si les règles coutumières particulières lient souvent des États situés dans une certaine zone géographique ou formant une communauté d'intérêts¹⁹³, elles peuvent aussi être bilatérales. Comme l'a noté la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire du droit de passage* : « On voit difficilement pourquoi le nombre des États entre lesquels une coutume locale peut se constituer sur la base d'une pratique prolongée devrait nécessairement être supérieur à deux.¹⁹⁴ ». La distinction entre droit international coutumier général et droit international coutumier particulier

(« If the practice and the *opinio juris* is not general, but confined to States belonging to an identifiable group, or otherwise linked by a common interest, a custom may still come into existence, but it will apply only between members of that group, and cannot be enforced upon, or relied upon in relation to, other States. »); Mendelson, *supra*, note 25, p. 191; *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, 1987, §102, section 102, commentaires b) et e) (faisant référence au droit coutumier particulier et à la coutume générale et spéciale). La question de la hiérarchie entre les règles générales et particulières de droit international coutumier sort du cadre du présent sujet.

¹⁹² Basdevant fait référence à la coutume « relative » (J. Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours*, vol. 58, 1936, p. 486); Cohen-Jonathan, à la « coutume locale » (G. Cohen-Jonathan, « La coutume locale », *Annuaire français de droit international*, vol. 7, 1961, p. 119 et 120); MacGibbon, aux « coutumes spéciales ou exceptionnelles » (MacGibbon, *supra*, note 43, p. 116 et 117). Akehurst propose d'utiliser le terme « coutume spéciale » pour désigner les coutumes régionales et toutes les autres coutumes appliquées par un groupe restreint d'États (Akehurst, *supra*, note 36, p. 29); et Wolfke parle de « règles coutumières exceptionnelles » (Wolfke, *supra*, note 32, p. 13). Voir également V. D. Degan, *Sources of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 243 et 244 (« It would appear useful to introduce an order in this terminology, because not all the customary rules of this kind are the same [...]. Nevertheless, all this sort of customary rules have some common features in international law. They should be therefore encompassed under the generic name of "particular custom", as distinct from general customary law. »). Voir cependant J. M. Gamio, « Costumbre Universal y Particular », in M. Rama-Montaldo (dir.), *El derecho internacional en un mundo en transformacion*, vol. 1, Fundación de cultura universitaria, 1994, p. 69 à 98 (où l'auteur fait valoir qu'il est erroné de parler de coutume particulière, étant donné que les différences par rapport à la coutume générale sont si grandes qu'il s'agit en fait d'une source juridique différente, qui se rapproche plus des principes généraux de droit ou des traités que de la coutume).

¹⁹³ Voir également A. G. Koroma, *supra*, note 25, p. 106 (« Special custom takes the form of a customary rule that has emerged between two States, a group of States, or in a particular region. »); Wolfke, *supra*, note 28, p. 90 (« The division of particular rules of customary international law may certainly also be based on various other than geographical criteria – for example, political, ethnic, economic, religious, membership in organizations, etc. »); Villiger, *supra*, note 46, p. 56 (« Non-regional special customary law is conceivable, for instance, among States sharing socio-economic interests, or, ultimately, nothing but the interest in the customary rule. »); O. Elias, « The Relationship Between General and Particular Customary International Law », *African Journal of International & Comparative Law*, vol. 8, 1996, p. 72 (« [N]othing is needed for the practice of a State to become relevant beyond interest in a particular subject-matter, and [...] the reasons for such interest may or may not be related to geography. »); Rosenne, *supra*, note 114, p. 68.

¹⁹⁴ *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. *Recueil* 1960, p. 39 (où l'on peut également lire : « La Cour ne voit pas de raison pour qu'une pratique prolongée et continue entre deux États, pratique acceptée par eux comme régissant leurs rapports, ne soit pas à la base de droits et d'obligations réciproques entre ces deux États. »). Voir également *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. *Recueil* 2009, p. 265 et 266, par. 140 à 144.

apparaît donc conceptuellement simple : la coutume générale s'applique à tous les États, alors que la coutume spéciale se limite aux relations entre un plus petit groupe d'États¹⁹⁵.

82. Les règles coutumières particulières naissent d'une pratique acceptée comme étant le droit par un nombre restreint d'États et, de ce fait, ne s'imposent pas aux États tiers n'ayant pas adopté la pratique en question ni exprimé, sous quelque forme que ce soit, leur consentement à être liés¹⁹⁶. Elles peuvent se développer de manière autonome ou découler de la désintégration d'une règle coutumière générale, voire d'une règle conventionnelle¹⁹⁷, permettant ainsi de « tenir compte, dans la création ou l'adaptation des règles de ressort territorial limité, des circonstances géographiques, historiques et politiques particulières [aux États] dont il s'agit »¹⁹⁸. Il n'est pas à exclure que de telles règles se transforment au fil du temps en règles coutumières générales¹⁹⁹.

83. Pour établir l'existence de règles coutumières particulières, la Cour internationale de Justice a appliqué l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 38 de son Statut²⁰⁰. Toutefois, la coutume particulière n'étant par nature contraignante que pour un nombre restreint d'États, il est nécessaire de déterminer précisément les

¹⁹⁵ A. A. D'Amato, « The Concept of Special Custom in International Law », *American Journal of International Law*, vol. 63, 1969, p. 211 et 212. Voir également M. S. McDougal et H. D. Lasswell, « The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order », in *International Law in the Twentieth Century*, American Society of International Law, 1969, p. 178 (« Some prescriptions are inclusive of the globe; other prescriptions recognize self-direction by smaller units. »). Néanmoins, Thirlway fait observer que, en matière de droit coutumier local en général, il peut souvent être difficile de déterminer avec exactitude quelles sont les limites de la « communauté » à laquelle on peut considérer que la coutume en question s'applique ». (Thirlway, *supra*, note 27, p. 135).

¹⁹⁶ Voir également Thirlway, *supra*, note 140, p. 1198 à 1200; MacGibbon, *supra*, note 43, p. 117 (« As with all types of customary rules, the process of formation is similar, namely, the assertion of a right, on the one hand, and consent to or acquiescence in that assertion, on the other. »).

¹⁹⁷ M. E. Villiger, *supra*, note 46, p. 56.

¹⁹⁸ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950*, p. 333 (Opinion dissidente de M. Azevedo, qui évoque l'asile diplomatique en Amérique latine). À cet égard, Dupuy note l'avantage du « pluralisme coutumier » (R.-J. Dupuy, « Coutume Sage et Coutume Sauvage », in *La communauté internationale : mélanges offerts à Charles Rousseau*, Pedone, 1974, p. 82).

¹⁹⁹ Voir également Barboza, *supra*, note 54, p. 14 (« A special custom, i.e. one binding for particular reasons a certain number of States, may remain as such or change, by spreading, into a universal custom. A regional custom may stay as such forever or fall into desuetude and in both cases consent will be the key factor. It may also change into a universal custom. »).

²⁰⁰ Voir *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950*, p. 276 (« La Partie qui invoque une coutume de cette nature doit prouver qu'elle s'est constituée de telle manière qu'elle est devenue obligatoire pour l'autre Partie. [Elle] doit prouver que la règle dont [elle] se prévaut est conforme à un usage constant et uniforme, pratiqué par les États en question, et que cet usage traduit un droit [ou un devoir] [...]. Ceci découle de l'article 38 du Statut de la Cour, qui fait mention de la coutume internationale "comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit". ») Voir également L. Crema, « The "Right Mix" and "Ambiguities" in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case », in N. Boschiero *et al.* (dir.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, Asser Press, 2013, p. 66; O. Elias, *supra*, note 193, p. 75 et 76. Voir cependant *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 130 à 131 (Opinion individuelle de M. Ammoun); A. A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, 1971, p. 249 et 250.

États qui participent à la pratique et qui l'ont acceptée comme étant le droit²⁰¹. Par conséquent, un critère strict s'applique²⁰².

²⁰¹ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950*, p. 276. Voir également *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952*, p. 200; *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 130 et 131 (Opinion individuelle de M. Ammoun) (« [S]i une règle générale de droit coutumier n'exige pas le consentement de l'unanimité des États, ainsi qu'il résulte des termes explicites [de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice [...], il n'en est pas de même quant à la règle coutumière régionale, vu le nombre restreint des États qu'elle est destinée à régir et qui sont à même d'y donner leur consentement. »); *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, C.I.J. Recueil 2009*, p. 279, par. 24 (Opinion individuelle de M. le juge Sepúlveda-Amor); Waldock, *supra*, note 33, p. 50 (« [I]n order to invoke a [general] custom against a State it is not necessary to show specifically the acceptance of the custom as law by that State; its acceptance of the custom will be presumed so that it will be bound unless it can adduce evidence of its actual opposition to the practice in question. The Court in applying a general custom may well refer to the practice, if any, of the parties to the litigation in regard to the custom; but it has never yet treated evidence of their acceptance of the practice as a *sine qua non* of applying the custom to them. The position is, of course, quite different in regard to a particular custom between two or three States, as in the *Right of Passage* case, because that is a derogation from the general law and the acceptance of the custom by the parties to the litigation themselves is the whole basis of the exceptional rule. »); Pellet, *supra*, note 20, p. 830 et 831.

²⁰² Voir également M. Forteau, « Regional International Law », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), par. 20 (« There is one alternative: either the custom claimed is general in character and the claimant has to prove the existence of a general practice accepted as law emanating from the majority of States; or it is considered as regional, local, or bilateral in character, and the claimant has to fulfil a rather strict criterion. In these cases, custom is of consensualist nature and it must be proven that "the rule invoked [...] is in accordance with a constant and uniform usage practiced by [all] the States" concerned (*Asylum* Case 276). »); Crawford, *supra*, note 103, p. 246 et 247 (« The Court treated the existence of this "alleged regional or local custom peculiar to Latin-American States" [in the *Asylum* case] as in effect a *bilateral* question [...]. It seems clear that the Court, despite its invocation of Article 38 (1) (b) of its Statute, was applying a stricter standard of proof than it would have done to a "universal" rule of international law [...]. This is not to imply that regional or local custom can *never* be relied on, just that it must be proved as between the particular States parties to the dispute; it makes no difference whether the "region" in which the custom exists comprises two or twenty-two States [...]. This point is well illustrated in the *Right of Passage* case. »); J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 10^e éd., Montchrestien, 2012, p. 72 (« [P]uisque ces règles sont propres à certains États, il faut définir positivement le cercle des sujets concernés, ce qui ne peut être fait qu'en établissant leur participation directe. De l'autre et surtout, ces coutumes sont virtuellement en conflit, ou dérogoires par rapport à des coutumes générales également obligatoires. Dès lors il faut établir que les États en cause se sont expressément affranchis dans leurs rapports mutuels, et seulement dans ces rapports, de la règle générale. »); Shaw, *supra*, note 22, p. 66 (« In such cases [of regional or local custom], the standard of proof required, especially as regards the obligation accepted by the party against whom the local custom is maintained, is higher than in cases where an ordinary or general custom is alleged [...]. [A] local custom needs the positive acceptance of both (or all) parties to the rule. This is because local customs are all exceptions to the general nature of customary law, which involves a fairly flexible approach to law-making by all states, and instead constitutes a reminder of the former theory of consent whereby states are bound only by what they assent to. Exceptions may prove the rule, but they need greater proof than the rule to establish themselves. »); Degan, *supra*, note 192, p. 245 (« For those States, or other subjects, which were passive in law-creating practice, which did not show any interest for it, and for which no *opinio juris* can be proved, a particular customary rule is a *res inter alios acta*, just as is a treaty in regard to third States to it.

84. Nous proposons le projet de conclusion suivant, qui pourrait figurer dans la nouvelle **partie VI**, intitulée « **Exceptions à l'application générale des règles de droit international coutumier** » :

Projet de conclusion 15

Coutume particulière

1. Une coutume particulière est une règle de droit international coutumier qui ne peut être invoquée que par ou contre certains États.

2. Pour établir l'existence et le contenu d'une coutume particulière, il est nécessaire de déterminer s'il existe une pratique générale acceptée par tous les États concernés comme étant le droit (*opinio juris*).

VIII. Objecteur persistant

85. Même si les règles de droit international coutumier (général) « par nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent donc être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un quelconque des membres de la communauté à son propre avantage »²⁰³, on considère généralement qu'un État qui s'est systématiquement opposé à une règle de droit international coutumier en voie de formation et qui continue de s'y opposer après sa cristallisation n'est pas lié par elle²⁰⁴. C'est ce que l'on appelle la « règle de l'objecteur persistant »²⁰⁵.

Exactly for these reasons there are important differences with regard to *the burden of proof* of particular customary rules in comparison with general custom. »); Villiger, *supra*, note 46, p. 56 (où l'auteur fait observer, concernant l'arrêt relative à l'affaire du *Droit d'asile*: « The implication was that special rules differ from general rules only in that the special rules require for their formation *express (or implied) recognition* by the States adhering to the rule, on which States, incidentally, also rests the burden of proof. »). Voir cependant *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950*, p. 294 (Opinion dissidente de M. Alvarez) : « Pour qu'un principe, une coutume, une doctrine, etc., soient considérés comme étant du droit international américain, il n'est pas nécessaire qu'ils aient été acceptés par tous les États du Nouveau Monde [obligeant tous les États du Nouveau Monde] : il se passe ici ce qui a lieu pour le droit international universel. ». Le juge de Castro a déclaré : « La Cour [doit appliquer le droit international coutumier général] d'office; elle a le devoir de le connaître comme *quaestio iuris: iura novit curia*. Seules les coutumes ou pratiques régionales, de même que les coutumes spéciales, sont soumises à la nécessité de la preuve. » (*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 79 (Opinion individuelle de M. de Castro).

²⁰³ *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 38 et 39, par. 63.

²⁰⁴ L'application de la règle de l'objecteur persistant aux normes impératives du droit international (*jus cogens*) sort du cadre du sujet examiné.

²⁰⁵ Bien entendu, il convient de distinguer ce cas de figure de la situation où une règle en voie de formation se heurte à une opposition qui l'empêche de se cristalliser en une règle (générale) contraignante. Pour citer le juge Ammoun, « l'on connaît assez, pour ne pas avoir à s'y étendre, les conséquences sur l'éclosion de la coutume d'une opposition qui n'est pas supposée être nécessairement aussi massive » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 308 [Opinion individuelle de M. Ammoun]). Voir également Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa and Others*, arrêt, 4 août 2004, par. 148 (Opinion individuelle du juge Ngcobo) (« One of the greatest ironies of customary international law is that its recognition is dependent

86. Cette règle est mentionnée dans un certain nombre de décisions de juridictions nationales et internationales et, comme il est souligné dans la Déclaration de Londres de l'Association de droit international, elle n'est remise en question dans aucune d'entre elles²⁰⁶. Dans l'affaire du *Droit d'asile*, la Cour internationale de Justice a affirmé qu'elle ne saurait « admettre que le Gouvernement de la Colombie [eût] prouvé l'existence d'une telle coutume. À supposer que cette coutume existât entre certains États seulement de l'Amérique latine, elle ne pourrait pas être opposée au Pérou qui, loin d'y avoir adhéré par son attitude, l'[avait] au contraire répudiée en s'abstenant de ratifier les Conventions de Montevideo de 1933 et 1939, les premières qui [eussent] inclus [la règle en question]²⁰⁷ ». Dans l'*Affaire des pêcheries*, la Cour a également estimé que « la règle des dix milles [n'avait] pas acquis l'autorité d'une règle générale de droit international. De toute manière, la règle des dix milles [apparaissait] comme inopposable à la Norvège, celle-ci s'étant toujours élevée contre toute tentative de l'appliquer à la côte norvégienne »²⁰⁸. La règle est également évoquée dans des opinions individuelles relatives à d'autres affaires²⁰⁹.

87. S'il a été dit que la règle de l'objecteur persistant occupait une place étonnamment réduite dans le discours juridique des États²¹⁰, la jurisprudence, en

upon the practice of States evincing it. Yet at times States refuse to recognise the existence of a rule of customary international law on the basis that State practice is insufficient for a particular practice to ripen into a rule of customary international law. In so doing, the States deny the practice from ripening into a rule of customary international law. »).

²⁰⁶ Déclaration de principes de Londres, p. 27.

²⁰⁷ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950*, p. 277 et 278. Voir également *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 107, par. 203.

²⁰⁸ *Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951, C.I.J. Recueil 1951*, p. 131. Certains auteurs ont mis en question l'intérêt que présentent les passages des arrêts relatifs aux pêcheries et à l'asile pour étayer l'existence de la règle de l'objecteur persistant : voir, par exemple, C. Tomuschat, « Obligations Arising for States Without or Against Their Will », *Recueil des Cours*, vol. 241 (1993), p. 284 à 287; J. I. Charney, « The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law », *British YearBook of International Law*, vol. 56, 1985, p. 9 à 11; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon Press, 1997, p. 60, note 79 (où l'auteur écrit, concernant l'affaire relative au *Droit d'asile* : « [T]his case related to the existence of a local custom. Local customs do not produce general effects, and the claimant State must give evidence that the opposing State has consented to the rule. Therefore, the question of the persistent objector cannot really arise, in the strict sense, with respect to a local custom. »). Voir cependant, en réponse, Mendelson, *supra*, note 25, p. 228 à 232; D. Kritsiotis, « On the Possibilities of and for Persistent Objection », *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 21, 2010, p. 129 (« For the Court [...] these cases [the *Asylum Case* of 1950 and the *Fisheries Case* of 1951] were both about the actualization of persistent objection in practice. »); Akehurst, *supra*, note 36, p. 24 et 25. Voir également H. C. M. Charlesworth, « Customary International Law and the Nicaragua Case », *Australian Yearbook of International Law*, vol. 11, 1984 à 1987, p. 30 (« In its discussion of whether a customary norm of non-intervention exists, the Court acknowledges the possibility that a persistent objector will not be bound by a rule of customary international law. »).

²⁰⁹ Voir *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 97 (Opinion individuelle de M. Padilla Nervo) et p. 229 (Opinion dissidente de M. Lachs); *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 291 (Opinion dissidente de M. Tanaka); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 312 (Opinion dissidente de M. Schwebel).

²¹⁰ T.L. Stein, « The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law », *Harvard International Law Review*, vol. 26, 1985, p. 463. Voir

particulier, fournit néanmoins plusieurs exemples où les États ont cherché à se prévaloir de cette règle (et où les juridictions en ont reconnu l'existence)²¹¹. En outre, la pratique d'autres États va dans le sens de cette règle²¹².

également, par exemple, P.-M. Dupuy, « A propos de l'opposabilité de la coutume générale : enquête brève sur l'"objecteur persistant" », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges offerts à Michel Virally*, Pédone, 1991, p. 266 (« Peu ou pas invoqué dans la pratique étatique, désertant les arrêts de la Cour, l'objecteur persistant semble décidément bien évanescant. »).

²¹¹ Voir, par exemple, mémoires du Royaume-Uni et de la Norvège dans l'*Affaire des pêcheries* (C.I.J. *Mémoires*, vol. I, Contre-mémoire soumis par le Gouvernement du Royaume de Norvège, p. 381 à 383, par. 256 à 260; vol. II, Réplique soumise par le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, p. 428 à 489, par. 162 à 164; vol. III, Duplique soumise par le Gouvernement du Royaume de Norvège, p. 291 à 296, par. 346 à 353); Cour d'appel en dernier ressort de Hong Kong, *Democratic Republic of the Congo v FG Hemisphere Associates LLC*, FACV n° 5, 6 et 7 de 2010 (2011), par. 121 (« Since I am not speaking of – and cannot speak of – the position in the Mainland, it is unnecessary for me to say whether I consider restrictive immunity to be a rule of customary international law. Nor is it necessary for me to decide whether persistent objection works. If it were necessary to do so, I would accept that China has been a persistent objector to restrictive immunity. »); Cour constitutionnelle fédérale allemande, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 46, décision du 13 décembre 1977 (2 BvM 1/76), n° 32, Tübingen, 1978, p. 388 et 389, par. 6 (« This concerns not merely action that a State can successfully uphold from the outset against application of an existing general rule of international law by way of perseverant protestation of rights (in the sense of the ruling of the International Court of Justice in the Norwegian Fisheries Case, ICJ Reports 1951, p.131); instead, the existence of a corresponding general rule of international law cannot at present be assumed. »); Cour d'appel de Hong Kong, *C v Director of Immigration*, [2010] HKCA 159, 2011, par. 68 (« The concept of "persistent objector" is a principle in public international law where "a State [...] in the process of formation of a new customary rule of international law, disassociate[s] itself from that process, declare[s] itself not to be bound, and maintain[s] that attitude" (Fitzmaurice p. 99-100). Evidence of objection must be clear. »); *République de Maurice c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord* (Arbitrage au titre de l'Annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982), Réplique de la République de Maurice, 2013, p. 124, par. 5.11 (« The persistent objector rule requires a State to display persistent objection during the formation of the norm in question. »); Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Roach v. United States*, rapport n° 3/87, affaire n° 9647, 1987, par. 52 (« The evidence of a customary rule of international law requires evidence of widespread state practice. Article 38 of the Statute of the International Court of Justice (I.C.J.) defines "international custom, as evidence of a general practice accepted as law." The customary rule, however, does not bind States which protest the norm. »); Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Domingues v. United States*, rapport n° 62/02, affaire n° 12 285, 2002, par. 48 et 49 (« Once established, a norm of international customary law binds all states with the exception of only those states that have persistently rejected the practice prior to its becoming law. While a certain practice does not require universal acceptance to become a norm of customary international law, a norm which has been accepted by the majority of States has no binding effect upon a State which has persistently rejected the practice upon which the norm is based [...] as customary international law rests on the consent of nations, a state that persistently objects to a norm of customary international law is not bound by that norm. »); *BG Group Plc v. Republic of Argentina*, sentence définitive, 24 décembre 2007, par. 410, note 328; Cour d'appel des États-Unis, 9^e circuit, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d, 1992, p. 715, par. 54 : « A state that persistently objects to a norm of customary international law that other states accept is not bound by that norm. »; Cour européenne des droits de l'homme, Grande chambre, *Sabeh El Leil c. France*, requête n° 34869/05, arrêt, 29 juin 2011, par. 54 (où la Cour rappelle qu'une disposition d'un traité peut aussi être obligatoire pour un État non partie en tant que règle coutumière de droit international, « dès lors qu'il ne s'y est pas non plus opposé »). Voir aussi G. Guillaume, *Avis d'amicus curiae, Revue française de droit*

88. L'existence de la règle de l'objecteur persistant est largement reconnue dans la doctrine²¹³, bien qu'elle ait été parfois remise en question par certains auteurs²¹⁴.

administratif, vingt-huitième année, 2012, p. 20, par. 11 (l'auteur fait observer, dans ce mémoire en qualité d'*amicus curiae* demandé par le Conseil d'État, qu'un État pourrait être un objecteur persistant si la règle énoncée à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (*jus cogens*) relevait du droit international coutumier; la décision du Conseil d'État ne traitait pas du *jus cogens* (voir n° 303678, 23 décembre 2011).

²¹² Voir, par exemple, l'intervention du représentant de la Turquie lors de l'une des séances plénières de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, durant laquelle il a fait valoir que, non seulement au cours de préparatifs de la Conférence, mais aussi pendant la Conférence, la Turquie avait été un objecteur persistant à la limite de 12 milles. Pour ce qui était des mers semi-fermées, il a ajouté que les amendements proposés et les déclarations faites par les différentes délégations turques témoignaient du refus constant et sans équivoque d'accepter la limite de 12 milles sur ces mers et que, compte tenu de ce qui précédait, la limite de 12 milles ne pouvait être imposée à la Turquie (A/CONF.62/SR.189, p. 76, par. 150); J.B. Bellinger, W.J. Haynes, « A US government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 89, 2007, p. 457, note 43 (« The U.S. Government believes that the doctrine [of the persistent objector] remains valid. »). Voir également Danilenko, *supra*, note 18, p. 112 (« [T]he possibility of effective preservation of the persistent objector status should not be confused with the legally recognized right not to agree with new customary rules. »).

²¹³ Voir, par exemple, Murphy, *supra*, note 54, p. 95 et 96; H. Lauterpacht, « International Law – The General Part », in E. Lauterpacht (dir.), *International Law: Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. I, Grotius, 1970, p. 66 (« [A]lthough it is not necessary to prove the consent of every State, express dissent in the formative stage of a customary rule will negative the existence of custom at least in relation to the dissenting State. »); Skubiszewski, *supra*, note 43, p. 846 (« [O]nce custom has been made, it binds States unless in the formative period they voiced their opposition. »); D. Armstrong, T. Farrell et H. Lambert, *International Law and International Relations*, 2^e éd., Cambridge University Press, 2012, p. 180 (« It may be possible for a state through persistent objection not to be bound by an emerging rule of customary law (this possibility does not exist for established customary rules). »); Dailler, Pellet et Forteau, *supra*, note 28, par. 231; M. Diez de Valesco, *supra*, note 140, p. 140; C. Santulli, *Introduction au droit international*, Pedone, 2013, p. 54 et 55; Danilenko, *supra*, note 36, p. 41 (« In accordance with existing international law, an individual State is not bound by customary rule, despite widespread practice and relevant *opinio juris*, if this State has persistently objected to an emerging rule. »); Ragazzi, *supra*, note 208, p. 60 à 65; C. Quince, *The Persistent Objector and Customary International Law*, Outskirts Press, 2010. Voir également *Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, §102, commentaire d) (« Although customary law may be built by the acquiescence as well as by the actions of states [...] and become generally binding on all states, in principle a state that indicates its dissent from a practice while the law is still in the process of development is not bound by that rule even after it matures. »); J. A. Green, « Persistent objector teflon? Customary international human rights law and the United States in international adjudicative proceedings », in J. A. Green et C. Waters (dir.), *Adjudicating International Human Rights: Essays in Honour of Sandy Ghandhi*, Brill Nijhoff, 2015, p. 167 à 191; Koskenniemi, *supra*, note 117, p. 443 (« Although case-law on the persistent objector is thin, doctrine has overwhelmingly assumed it. »).

²¹⁴ Voir, par exemple, G. Abi-Saab, *Recueil des Cours*, vol. 207, 1987, p. 180 à 182; Charney, *supra*, note 208, p. 1 à 24; A. Cassese, *International Law*, 2^e éd., Oxford University Press, 2005, p. 162 et 163; P. Dumberry, « Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, 2010, p. 779 à 802; H. Lau, « Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law », *Chicago Journal of International Law*, vol. 6, 2005, p. 495 à 510 (selon l'auteur, le consentement joue un rôle non absolu et de moins en moins important en droit international et la doctrine de l'objecteur persistant, en particulier en ce qui concerne les droits de l'homme, devrait être limitée). Mais selon Lowe : « Some writers have doubted the validity of the principle of persistent objection, regarding it an anachronistic survival of the nineteenth-century

Selon H. Waldock, la plupart des publicistes internationaux considèrent que, lorsqu'une coutume au sens de l'article 38 est établie, elle constitue une règle générale de droit international qui, sous une réserve, s'applique à chaque État. Cette réserve vise le cas de l'État qui, lors de la formation de la coutume, manifeste sans ambiguïté et sans relâche son refus de reconnaître la pratique comme étant le droit²¹⁵. De même, A. Koroma relève que le principe est bien établi et accepté en droit international²¹⁶.

89. Dans son récent *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, la Commission évoque la règle de l'objecteur persistant en ces termes : « Une réserve peut être le moyen pour un "objecteur persistant" de manifester la constance de son objection : celui-ci peut certainement refuser l'application, par le biais d'un traité, d'une règle qui ne lui est pas opposable en vertu du droit international général »²¹⁷.

90. La règle de l'objecteur persistant est considérée comme une garantie permettant d'éviter que le droit international coutumier devienne le seul apanage des puissants²¹⁸; son attrait particulier tient au fait qu'une fois la règle établie, il n'est plus possible de s'en écarter. Par ailleurs, la règle de l'objecteur persistant est souvent considérée comme une conséquence logique, sinon une illustration, de la nature essentiellement consensuelle du droit international coutumier²¹⁹. La raison

consensualist view of international law. But once the limited scope of the principle, and its extremely limited invocation in practice, are understood, it is hard to see why such doubts exist. It is plainly right that a State should not be bound by obligations set out in a treaty to which it is not a Party. Why, then, should other States be able to bind the State by claiming that their practice has generated a rule of customary international law, if (and only if) the State has persistently made known its objection to the rule? » (V. Lowe, *International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 58).

²¹⁵ Waldock, *supra*, note 33, p. 49.

²¹⁶ A. G. Koroma, *supra*, note 25, p. 113 et 114.

²¹⁷ Guide de la pratique sur les réserves aux traités, commentaire 7) concernant la directive 3.1.5.3., *Annuaire de la Commission du droit international 2011*, Add.1.

²¹⁸ Mendelson, *supra*, note 25, p. 227. Voir également Akehurst, *supra*, note 36, p. 26 (« If the dissent of a single State could prevent the creation of a new rule, then new [customary] rules would hardly ever be created. If a dissenting State could be bound against its will, customary law would in effect be created by a system of majority voting; but it would be impossible to reach agreement about the size of the majority required, and whether (and, if so, what) the "votes" of different States should be weighed. Moreover, States which were confident of being in a majority would adopt an uncompromising attitude towards the minority. »); O. Elias, « Persistent Objector », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006, par. 2 (« [T]he principle of the persistent objector furnishes an avenue for non-consenting States to exempt themselves from the majoritarian tendencies that have been identified as having come to characterize the process of creating customary international law since the middle of the 20th century. »); Stein, *supra*, note 210, p. 457 à 482 (selon Stein, la règle de l'objecteur persistant a un rôle de plus en plus important à jouer dans le processus actuel de formation du droit coutumier, qui est très chancelant); *Déclaration de principes de Londres*, p. 28 (« As a matter of policy, the persistent objector rule could be regarded as a useful compromise. It respects States' sovereignty and protects them from having new law imposed on them against their will by a majority; but at the same time, if the support for the new rule is sufficiently widespread, the convoy of the law's progressive development can move forward without having to wait for the slowest vessel. »).

²¹⁹ Elias, *supra*, note 218, par. 2. Voir également Weil, *supra*, note 91, p. 433 et 434 (où l'auteur qualifie la possibilité pour un État de décider de ne pas se plier à une règle de droit international coutumier en voie de formation de « pierre de touche de la nature volontariste de la coutume » dans la doctrine orthodoxe des sources de droit international); Murphy, *supra*, note 54, p. 96 (« This "persistent objector" rule is a nod to the centrality of state consent in international

d'être de la règle a également été trouvée dans les principes éthiques fondamentaux de la grande autonomie des États et de l'unité dans la diversité, ainsi que dans l'affirmation que les États eux-mêmes en ont reconnu la force²²⁰. La règle s'est révélée jouer plusieurs rôles importants dans le système du droit coutumier, notamment en donnant aux États objectants la possibilité, à court terme, de s'adapter aux nouvelles réalités auxquels ils pourraient être confrontés et en permettant la modification de la nouvelle règle de manière à trouver un terrain d'entente entre les États y ayant souscrit et le ou les États s'y opposant²²¹, en donnant aux États un moyen de protéger leurs intérêts juridiques sans avoir à prendre des mesures conflictuelles²²², ainsi qu'en réduisant les coûts engendrés par les États qui ne s'y conforment pas pour le système juridique international (et pour l'État objectant lui-même, qui peut alors éviter de violer le droit international)²²³.

91. Selon G. Fitzmaurice, il s'agit avant tout de contester la règle lorsqu'elle est en voie d'en devenir une et avant qu'elle ne se cristallise en une règle de droit fixe et généralement acceptée²²⁴. Il n'est pas toujours aisé de tracer la frontière entre objection et violation²²⁵, mais il est évident qu'une fois la règle de droit coutumier cristallisée, les États sont irrecevables à invoquer une nouvelle fois la règle de

law. »); M. E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 17 (« [T]he notion of persistent objection is essential, in view of the structure of the State community. If States are the law-creating subjects of international law, they may, for reasons of their own, *in casu* and for themselves, opt out of the law-making process. »); D. A. Colson, « How Persistent Must the Persistent Objector Be? », *Washington Law Review*, vol. 61, 1986, p. 957 et 958 (« The principle of the persistent objector is the logical consequence of the consensual nature of the formation of international law. »); W. M. Reisman *et al.*, *International Law in Contemporary Perspective*, Foundation Press, 2004, 15 (« In line with the traditional conception of the consensual nature of international law, states that persistently object to a new limitation on their freedom to act by an emerging customary law may successfully avoid being bound by it. »).

²²⁰ B. D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, 2010, p. 229; D. P. Fidler, « Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law », *German Yearbook of International Law*, vol. 39, 1996, p. 209.

²²¹ Elias, *supra*, note 218, par. 6.

²²² Colson, *supra*, note 219, p. 964.

²²³ Voir Guzman, *supra*, note 75, p. 169 (où l'auteur montre que la théorie du choix rationnel en droit international coutumier va dans le sens de la doctrine de l'objecteur persistant). Voir cependant J. P. Kelly, « The Twilight of Customary International Law », *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000, p. 523 à 526; Verdier et Voeten, *supra*, note 91, p. 427 à 429 (où les auteurs soutiennent que la doctrine n'a qu'une importance pratique limitée).

²²⁴ G. Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953, p. 26.

²²⁵ Voir également Colson, *supra*, note 219, p. 958 (« The line between these two cases [of States objecting to new trends in international legal practice and States objecting to trends that have crystallized into law] is never clear, except perhaps in retrospect. »); O. Elias, « Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law », *Denning Law Journal*, vol. 6, 1991, p. 38 (« There may well be cases in which the distinction between persistent objection and subsequent objection is difficult to draw, but in principle the distinction is not problematic. »).

l'objecteur persistant²²⁶. Il ne peut y avoir d' « objecteur ultérieur »²²⁷. Un État devrait s'opposer à une règle en voie de formation le plus tôt possible²²⁸.

92. Pour être effective, l'objection persistante doit être clairement exprimée²²⁹. Il n'est toutefois pas requis que la position soit communiquée sous une forme

²²⁶ Voir, par exemple, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950*, p. 336 (Opinion dissidente de M. Azevedo) (« [C]es négations fortuites constituent des violations de la règle déjà formée, car un État ne saurait s'insurger contre une coutume déjà acceptée. »); J. B. McClane, « How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law May a Persistent Objector Object? », *ILSA Journal of International Law*, vol. 13, 1989, p. 7 (« By definition an objection after the norm has come into existence is a subsequent objection, and as such, is ineffective. »); Akehurst, *supra*, note 36, p. 24 (« Opposition which is manifested for the first time after the rule has become firmly established is too late to prevent the State being bound. »); Thirlway, *supra*, note 27, p. 110 (« [I]f there is general acceptance of the practice "as law", and the dissentient States have not made their views heard until after the rule has crystallised and become firmly established, the rule will be binding on all, including the dissentient States. »); Mendelson, *supra*, note 25, p. 244 (« [T]he persistent objector rule [...] applies only to those who make their objection at the time the general rule is emerging: there is no "subsequent objector" rule. »); Barberis, *supra*, note 145, p. 39 (« Un État ne peut se dégager des liens d'une norme coutumière que s'il s'y est opposé d'une manière claire et réitérée dès le moment de sa formation. [...] L'opposition claire et réitérée a un effet lorsqu'elle a commencé dès le moment de la formation de la norme coutumière mais devient inefficace si l'opposition se manifeste alors que la norme coutumière a déjà pris naissance. »).

²²⁷ Sur l'idée que l'objection ultérieure devrait être admise dans certains cas, voir C. A. Bradley, M. Gulati, « Withdrawing from International Custom », *Yale Law Journal*, vol. 120, 2010, p. 202 à 275; Guzman, *supra*, note 75, p. 169 à 171; et pour une réponse à cette idée, voir S. Estreicher, « A Post-Formation Right of Withdrawal From Customary International Law?: Some Cautionary Notes », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 21, 2010, p. 57 à 64.

²²⁸ Voir Elias, *supra*, note 218, par. 15 (« [T]he State in question must express its objection as early as possible. »); A. Kaczorowska, *Public International Law*, 4^e éd., Routledge, 2010, p. 41 (« [A] State should raise its objection as early as possible and react to unwelcome developments not only when the subject matter of new developments will affect directly its interest but also when, in the immediate future, those developments have no great relevance to that State. »).

²²⁹ Voir, par exemple, A. Steinfeld, « Nuclear Objections: The Persistent Objector and the Legality of the Use of Nuclear Weapons », *Brooklyn Law Review*, vol. 62, 1996, p. 1652 (« The dissenting state should meet public statements of legal policy with a public objection if it plans to reserve a certain legal right under current international law. »); D. J. Bederman, « Acquiescence, Objection and the Death of Customary international Law », *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 21, 2010, p. 35 (« States are obliged to protest loud and often if they wish to avoid being bound by a norm of emerging global custom. »); Mendelson, *supra*, note 25, p. 240 et 241 (« First of all, obviously the objection must be expressed: it is no use government officials and ministers voicing doubts amongst themselves, but not communicating them to the outside world. If a State which is directly affected by a practice does not object, it can in many instances reasonably be taken to have acquiesced or to be otherwise precluded from objecting to the rule. »); I. C. MacGibbon, « Some Observations on the Part of Protest in International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953, p. 318 (où l'auteur écrit qu'un État doit protester « vigoureusement et sans ambiguïté »); Stern, *supra*, note 18, p. 108. Voir également *République de Maurice c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord* (Arbitrage au titre de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982), Réplique de la République de Maurice, 2013, p. 124, par. 5.11 (« The objection must be expressed: it is not sufficient for government officials to voice objections to themselves, but not communicate them outside the confines of their home working environment. »).

particulière ou avec un ton précis²³⁰. En particulier, une objection verbale suffirait à maintenir la position de l'État objectant (une action concrète n'est pas nécessaire)²³¹. Dans la pratique, un État peut nier qu'une règle en voie de formation soit devenue une règle de droit international coutumier ou s'opposer à ce que la règle s'applique à lui (ou les deux)²³².

93. Un État doit maintenir son objection de manière à la fois persistante et cohérente, sauf à être réputé avoir consenti²³³. On a affirmé que l'objection devait

²³⁰ Colson, *supra*, note 219, p. 969. Voir également Lepard, *supra*, note 220, p. 238 (« In short, it is not possible to assert that objection must take a particular form or manifest a certain level of intensity in every case. »); Wolfke, *supra*, note 28, p. 67 (« The ways of expressing effective individual dissent against the emergence of a custom may be various, express and indirect, that is tacit. The most effective are, of course, unequivocal, express protests against a practice, its acceptance as law or the ripe customary rule, for inference of dissent from simple conduct is much less conclusive and difficult to prove. »). Certains auteurs soutiennent que l'objection doit être fondée sur des principes (une « défection de conscience »), mais voir G. J. Postema, « Custom in International Law: A Normative Practice Account », in A. Perreau-Saussine et J.B. Murphy (dir.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press, 2007, p. 299; Lepard, *supra*, note 220, p. 230 à 232. Stein fait valoir que l'objection persistante, qu'elle soit fondée sur des raisons de principe ou d'opportunité, devrait être admise, mais estime qu'il pourrait être utile d'exiger que les objections soient cohérentes quant au fond (Stein, *supra*, note 210, p. 476).

²³¹ Voir également *Déclaration de principes de Londres*, p. 28 (« Verbal protests are sufficient: there is no rule that States have to take physical action to preserve their rights. »); C. G. Guldahl, « The Role of Persistent Objection in International Humanitarian Law », *Nordic Journal of International Law*, vol. 77, 2008, p. 55 (« Although it is established that evidence of State practice under customary international law in general may consist of both verbal and physical acts, such a requirement [for persistent objectors to actually exercise the right they claim] would ensure that this exception to the general application of customary international law would in fact only be relied upon in exceptional circumstances, by States that are truly committed to their position. It would also make a State's legal positions clearer. However, it could have adverse and indeed disastrous consequences, as in the case of a prohibition on the use of nuclear weapons, or, to give a less extreme example, in the case of belligerent reprisals being used against civilians. It is clear that such a requirement is not desirable, and it is generally not considered to be required. »); Mendelson, *supra*, note 25, p. 241 (« [M]erely verbal objection, unaccompanied by physical action to back up that objection, seems to be sufficient. Indeed, it would be subversive to world peace were it to be otherwise, as well as disadvantaging States lacking the military resources or the appropriate technical personnel to take such action. »); Colson, *supra*, note 219, p. 963 à 965 (« [A] statement of objection may be couched in a variety of ways and may be communicated through various means. National positions probably do not need to be expressed in deeds to form a valid legal objection. Words, clear but gently stated, are sufficient in international law to protect the position of the persistent objector. »); Lepard, *supra*, note 220, p. 239 (« Of course, even in cases in which persistent objection should be difficult, fundamental ethical principles such as the nonuse of force imply that unambiguous protest should not require nonverbal action (and especially military action) to impose implementation of the rule. Mere verbal protest should be sufficient. »).

²³² Voir également O. A. Elias et C.L. Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law*, Kluwer Law International, 1998, p. 106; Elias, *supra*, note 218, par. 17 (« [I]t would also appear that it does not matter whether objecting States express their objection or lack of consent in relation to the formation or existence of a rule, or whether they express their objection to the applicability of the rule in question to themselves only. »).

²³³ Voir également Gaja, *supra*, note 55, p. 43 (« [T]he opposition that the Court considered relevant [in the *Fisheries (United Kingdom v. Norway)* case] consisted in something more than a simple negative attitude to a rule. It concerned an opposition to "any attempt to apply" the rule, with the suggestion that those attempts had failed. Thus what seems relevant, with regard to a dissenting State, is whether a rule has become effective also towards that State. »); Crawford,

être réitérée aussi souvent que les circonstances l'exigent (faute de quoi elle ne serait pas « persistante »)²³⁴, mais il semble irréaliste d'exiger une cohérence totale²³⁵. L'État peut bien entendu lever son objection à tout moment.

94. Il incombe à l'État objectant de prouver son droit de bénéficier de la règle de l'objecteur persistant en détruisant la présomption selon laquelle la règle de droit international coutumier en question est contraignante pour lui²³⁶.

95. Nous proposons le projet de conclusion suivant, qui figurera dans la **partie VI** :

Projet de conclusion 16

Objecteur persistant

Un État qui s'est opposé de façon persistante à une nouvelle règle de droit international coutumier lors de sa formation n'est pas lié par cette règle aussi longtemps qu'il maintient son objection.

IX. Programme de travail futur

96. Comme indiqué dans la première partie, nous avons cherché dans le présent rapport à compléter la série de projets de conclusions que nous avons proposés²³⁷. Le programme de travail futur dépendra de l'évolution que connaîtront les travaux de la Commission à la session de 2015. Si, en 2015, la Commission adopte à titre provisoire un ensemble de projets de conclusions assortis de commentaires, nous indiquerons dans notre prochain rapport, en 2016, les modifications qui pourraient

supra, note 103, p. 247 (« Persistent objection [...] but must be consistent and clear, and is not manifested by a simple failure to ratify a treaty. »); Elias, *supra*, note 218, par. 16 (« If a State does not maintain its objection, it may be considered to have acquiesced. »); Kritsiotis, *supra*, note 208, p. 129-130 (« Objections must therefore be properly and appropriately timed, and they must be, in a manner of speaking, persistent; we can safely assume that that sporadic or isolated objections will not do. »); Mendelson, *supra*, note 25, p. 241 (« [T]he protest must be maintained. This is indeed implied in the word “persistent” [...] if the State, having once objected, fails to reiterate that objection, it may be appropriate (depending on the circumstances) to presume that it has abandoned it. »).

²³⁴ *Déclaration de principes de Londres*, p. 28. Voir également Elias, *supra*, note 218, par. 16 (« The more widespread and notorious the practice, the greater evidence of objection that will be required of the objecting State, as lack of objection in the face of practice that is considered to be sufficiently general to result in a new rule can amount to acquiescence. »); Steinfeld, *supra*, note 229, p. 1652 (« [T]he nature of the custom itself must determine the nature of the objection required. »).

²³⁵ Voir *Affaire des pêcheries, Arrêt du 18 décembre 1951 : C.I.J. Recueil 1951*, p. 138 (« La Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'attacher trop d'importance aux quelques incertitudes ou contradictions, apparentes ou réelles, que le Gouvernement du Royaume-Uni a cru pouvoir relever dans la pratique norvégienne [...] »); Colson, *supra*, note 219, p. 957 (« [A]ny answer to the question of “how persistent must the persistent objector be” must take into account the context in which the principle is applied. »).

²³⁶ Voir également Crawford, *supra*, note 103, p. 247 (« [I]mportantly, all the while, there is a rebuttable presumption of acceptance of the norm. »); Dupuy, *supra*, note 198, p. 78 (« [S]on inopposabilité [de la coutume] est subordonnée à la preuve, par l'État qui s'en prévaut, de protestations, déclarations manifestant clairement qu'il ne fait pas partie de la communauté juridique servant d'assise à la coutume. »).

²³⁷ Voir par. 8.

devoir être apportées aux conclusions et commentaires au regard du débat tenu par la Sixième Commission en 2015 et des éventuelles observations communiquées par les gouvernements et autres intéressés. Dans la mesure du possible, l'objectif reste de terminer les travaux sur ce sujet à la session de 2016 de la Commission, après que le texte des projets de conclusions et des commentaires adoptés en 2015 aura été examiné et révisé en détail et en profondeur²³⁸. Il conviendrait toutefois de se garder de toute hâte excessive s'il apparaît que davantage de temps est nécessaire²³⁹.

97. Parallèlement aux projets de conclusions et aux commentaires, mais indépendamment, nous avons l'intention d'examiner dans notre quatrième rapport les moyens pratiques de rendre plus accessible la documentation permettant d'établir l'existence de la pratique générale et de l'acceptation comme étant le droit²⁴⁰.

98. Nous comptons en outre établir et soumettre à l'examen des membres de la Commission une bibliographie sur le sujet.

²³⁸ On rappellera qu'une procédure similaire avait été suivie lors de l'élaboration du *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, dont une version complète avait été provisoirement adoptée par la Commission en 2010, avant qu'une version définitive ne le soit un an plus tard, en 2011 (voir A/66/10, par. 54 à 64). On se souviendra également qu'à la session de 2011, les projets de directives avaient été examinés en détail par un groupe de travail (sous la présidence de M. Vásquez-Bermúdez).

²³⁹ En 2014, M. Forteau a rappelé la sage maxime latine *festina lente* (compte rendu analytique A/CN.4/SR.3225, 17 juillet 2014).

²⁴⁰ Voir également A/CN.4/672, *supra*, note 6, par. 35 (« Déterminer la pratique des États est chose malaisée. L'éparpillement et le siège de la pratique restent source de problème pratique majeur dans le monde d'aujourd'hui, en dépit de l'évolution des ressources informatiques et télématiques. »).

Annexe

Nouveaux projets de conclusions proposés

Projet de conclusion 3 [4]

Appréciation de la preuve pour les deux éléments

...

2. Chaque élément doit être établi séparément. D'une manière générale, il faut pour cela apprécier les preuves propres à chaque élément.

Projet de conclusion 4 [5]

Exigence d'une pratique

...

3. Le comportement d'autres acteurs non étatiques ne constitue pas une pratique aux fins de la formation et l'identification du droit international coutumier.

Projet de conclusion 11

Preuve de l'acceptation comme étant le droit

...

3. L'inaction peut également valoir preuve de l'acceptation comme étant le droit, à condition que les circonstances appellent une réaction.

Partie V

Formes particulières de pratique et de preuves

Projet de conclusion 12

Traités

Une disposition conventionnelle peut refléter ou être amenée à refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la disposition en question :

- a) À la date de la conclusion du traité, codifie une règle de droit international coutumier existante;
- b) A abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier en voie de formation; ou
- c) A créé une nouvelle règle de droit international coutumier, en donnant naissance à une pratique générale acceptée comme étant le droit.

Projet de conclusion 13

Résolutions des organisations et conférences internationales

Les résolutions adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences internationales peuvent, dans certaines circonstances,

constater le droit international coutumier ou contribuer à son développement; elles ne peuvent en elles-mêmes constituer ce droit.

Projet de conclusion 14

Jurisprudence et doctrine

La jurisprudence et la doctrine peuvent servir de moyens auxiliaires d'identification des règles du droit international coutumier.

Partie VI

Exceptions à l'application générale des règles de droit international coutumier

Projet de conclusion 15

Coutume particulière

1. Une coutume particulière est une règle de droit international coutumier qui ne peut être invoquée que par ou contre certains États.
2. Pour établir l'existence et le contenu d'une coutume particulière, il est nécessaire de déterminer s'il existe une pratique générale acceptée par tous les États concernés comme étant le droit (*opinio juris*).

Projet de conclusion 16

Objecteur persistant

Un État qui s'est opposé de façon persistante à une nouvelle règle de droit international coutumier lors de sa formation n'est pas lié par cette règle aussi longtemps qu'il maintient son objection.
