

# FORMATION ET IDENTIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

[Point 8 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/663

## Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier, par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial\*

[Original: anglais]  
[17 mai 2013]

### TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	119
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	120
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION .....	1-12 128
A. Préambule .....	1-7 128
B. Travaux antérieurs de la Commission .....	8-12 129
<i>Chapitres</i>	
I. DÉLIMITATION DU SUJET ET FORME DES RÉSULTATS.....	13-27 130
A. Délimitation du sujet et forme des résultats des travaux de la Commission.....	13-23 130
B. La question du <i>jus cogens</i> .....	24-27 132
II. LE DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER COMME SOURCE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC .....	28-45 133
A. Le droit international coutumier dans ses rapports avec les autres sources énumérées à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.....	28-38 133
B. Terminologie.....	39-45 136
III. LES DIVERS DOCUMENTS À CONSULTER .....	46-101 137
A. La démarche des États et des autres acteurs intergouvernementaux.....	48-53 137
B. Jurisprudence de la Cour internationale de Justice.....	54-65 138
C. La jurisprudence des autres cours et tribunaux .....	66-85 141
D. Travaux d'autres organes.....	86-93 149
E. Doctrine .....	94-101 151
IV. FUTUR PROGRAMME DE TRAVAIL .....	102 157

### Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

*Sources*

Convention XII de 1907 relative à l'établissement d'une cour internationale des prises  
(La Haye, 18 octobre 1907)

J. B. Scott (dir. publ.), *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, New York, Oxford University Press, 1918, p. 188.

\* Le Rapporteur spécial tient à remercier M. Omri Sender pour le concours inestimable qu'il a bien voulu lui apporter à l'occasion de l'établissement du présent rapport.

## Sources

Acte général d'arbitrage (Règlement pacifique des différends internationaux) [Genève, 26 septembre 1928]	Société des Nations, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 93, n° 2123, p. 343.
Charte de l'Organisation des États américains (Bogota, 30 avril 1948)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 119, n° 1609, p. 3.
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948)	Ibid., vol. 78, n° 1021, p. 277.
Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux (Lake Success, New York, 28 avril 1949)	Ibid., vol. 71, n° 912, p. 101.
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) [Genève, 12 août 1949]	Ibid., vol. 75, nos 970 à 973, p. 31.
Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) [Genève, 8 juin 1977]	Ibid., vol. 1125, n° 17512, p. 3.
Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) [Genève, 8 juin 1977]	Ibid., n° 17513, p. 609.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969]	Ibid., vol. 1155, n° 18232, p. 331.
Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica) [San José, 22 novembre 1969]	Ibid., vol. 1144, n° 17955, p. 123.
Convention européenne sur l'immunité des États (Bâle, 16 mai 1972)	Ibid., vol. 1495, n° 25699, p. 181.
Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (Genève, 10 octobre 1980)	Ibid., vol. 1342, n° 22495, p. 137.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	Ibid., vol. 1834, n° 31363, p. 3.
Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989)	Ibid., vol. 1577, n° 27531, p. 3.
Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998)	Ibid., vol. 2187, n° 38544, p. 3.
Protocole de la Cour de justice de l'Union africaine (Maputo, 11 juillet 2003)	Disponible sur le site Web du Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine : <a href="http://www.peaceau.org">www.peaceau.org</a> .
Convention sur les armes à sous-munitions (Dublin, 30 mai 2008)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2688, n° 47713, p. 39.

## Ouvrages cités dans le présent rapport

- ALDRICH, George H.  
«Customary international humanitarian law: an interpretation on behalf of the International Committee of the Red Cross», *The British Year Book of International Law* 2005, vol. 76, p. 503 à 524.
- ALLAND, Denis (dir. publ.)  
*Droit international public*, Paris, Presses universitaires de France, 2000.
- ÁLVAREZ-JIMÉNEZ, Alberto  
«Methods for the identification of customary international law in the International Court of Justice's jurisprudence: 2000-2009», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, partie 3 (juillet 2011), p. 681 à 712.
- AKANDE, Dapo  
«Sources of international criminal law», dans A. Cassese (dir. publ.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 41 à 53.
- AKEHURST, Michael  
«Custom as a source of international law», *The British Year Book of International Law* 1974-75, vol. 47, n° 1, p. 1 à 53.  
«The hierarchy of the sources of international law», *The British Year Book of International Law* 1974-75, vol. 47, n° 1, p. 273 à 285.
- ANDERSON, M. R. *et al.* (dir. publ.)  
*The International Law Commission and the Future of International Law*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1998.
- ARAJÄRVI, Noora Johanna  
«From State-centricism to where? The formation of (customary) international law and non-State actors», 2010, disponible sur le site Web de Social Science Research Network, à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1599679>.
- BAKER, Roozbeh (Rudy) B.  
«Customary international law in the 21st century: old challenges and new debates», *EJIL*, vol. 21, n° 1 (2010), p. 173 à 204.  
«Legal recursivity and international law: rethinking the customary element», 2012, disponible sur le site Web de Social Science Research Network, 2012, p. 1 à 31.
- BANTEKAS, Ilias  
«Reflections on some sources and methods of international criminal and humanitarian law», *International Criminal Law Review*, vol. 6 (2006), p. 121 à 136.
- BAXTER, R. R.  
«Treaties and custom», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-I*, t. 129 (1971), Leyde, Sijthoff, p. 25 à 105.

- BECKETT, Jason A.  
*The End of Customary International Law? A Purposive Analysis of Structural Indeterminacy*, Université de Glasgow, 2008 (thèse de doctorat).
- BEDERMAN, David J.  
*The Spirit of International Law*, Athens, University of Georgia Press, 2006.  
*Custom as a Source of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.  
 «Acquiescence, abjection and the death of customary international law», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 21, n° 1 (2010), p. 31 à 45.
- BELLINGER III, John B. et William J. HAYNES II  
 «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, n° 866 (2007), p. 443 à 471.
- BENSON, Peter E.  
 «François Gény's doctrine of customary law», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 20 (1982), p. 267 à 281.
- BENVENISTI, Eyal  
 «Customary international law as a judicial tool for promoting efficiency», dans E. Benvenisti et M. Hirsch (dir. publ.), *The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 85 à 116.
- BERNHARDT, Rudolf  
 «Custom and treaty in the law of the sea», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1987-V, t. 205, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, p. 249 à 330.
- BETHLEHEM, Daniel  
 «The secret life of international law», *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, n° 1 (2012), p. 23 à 36.
- BIANCHI, Andrea  
 «Human rights and the magic of *jus cogens*», *EJIL*, vol. 19, n° 3 (2008), p. 491 à 508.
- BISHOP, William W.  
 «General course of public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1965-II, t. 115, Leyde, Sijthoff, 1965, p. 151 à 467.
- BLACKSTONE, William  
*Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765.
- BOAS, Gideon  
*Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012.
- BODANSKY, Daniel  
*The Art and Craft of International Environmental Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2010.  
 «Prologue to a theory of non-treaty norms», dans M. H. Arsanjani et al. (dir. publ.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2011, p. 119 à 134.
- BOTHE, Michael  
 «Customary international humanitarian law: some reflections on the ICRC study», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 8 (2005), p. 143 à 178.
- BOYLE, Alan et Christine CHINKIN  
*The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BRADLEY, Curtis A. et Mitu GULATI  
 «Withdrawing from international custom», *Yale Law Journal*, vol. 120, n° 2 (novembre 2010), p. 202 à 275.
- BROWNLIE, Ian  
 «To what extent are the traditional categories of *lex lata* and *lex ferenda* still viable?», dans A. Cassese et J. H. H. Weiler (dir. publ.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, Walter de Gruyter, 1988, p. 66 à 72.
- BUZZINI, Gionata Piero  
 «La "généralité" du droit international général: réflexions sur la polysémie d'un concept», *RGDIP*, t. 108 (2004), p. 381 à 406.  
*Le droit international général au travers et au-delà de la coutume: essai de conceptualisation d'une réalité aux contours fluctuants*, Genève, Université de Genève, 2007 (thèse).
- BYERS, Michael  
*Custom, Power, and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- CAHIN, Gérard  
*La coutume internationale et les organisations internationales: l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pedone, 2001.
- CAI, Congyan  
 «International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law», *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, n° 3 (2008), p. 659 à 679.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto  
*International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2010.
- CARREAU, Dominique et Fabrizio MARRELLA  
*Droit international*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Pedone, 2012.
- CASSESE, Antonio  
 «General round-up», dans A. Cassese et J. H. H. Weiler (dir. publ.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, Walter de Gruyter, 1988, p. 165 à 183.  
*International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2005.  
 «For an enhanced role of *jus cogens*», dans A. Cassese (dir. publ.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 158 à 171.
- CASSESE, Antonio et Joseph H. H. WEILER (dir. publ.)  
*Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, Walter de Gruyter, 1988.
- CHARLESWORTH, Hilary  
 «The unbearable lightness of customary international law», *The Challenge of Non-State Actors, American Society of International Law, Proceedings of the 92nd Annual Meeting, April 1-4 1998, Washington*, p. 44 à 47.  
 «Law-making and sources», dans J. Crawford et M. Koskeniemi (dir. publ.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 187 à 202.
- CHARNEY, Jonathan I.  
 «Universal international law», *AJIL*, vol. 87, n° 4 (octobre 1993), p. 529 à 551.
- CHEN, Lung-Chu  
*An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, 2<sup>e</sup> éd., New Haven, Yale University Press, 2000.
- CHENG, Bin  
 «United Nations resolutions on outer space: "instant" international customary law?», *Indian Journal of International Law*, vol. 5, n° 1 (janvier 1965), p. 23 à 48.  
 «Epilogue», dans B. Cheng (dir. publ.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens & Sons, 1982, p. 203 à 233.  
 «Custom: the future of general State practice in a divided world», dans R. St. J. Macdonald et D. M. Johnson (dir. publ.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1983, p. 513 à 554.

CHIGARA, Ben

«The International Tribunal for the Law of the Sea and customary international law», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 22, n° 4 (2000), p. 433 à 452.

*Legitimacy Deficit in Custom: A Deconstructionist Critique*, Aldershot, Ashgate Dartmouth, 2001.

CHODOSH, Hiram E.

«Neither treaty nor custom: the emergence of declarative international law», *Texas International Law Journal*, vol. 26, n° 1 (1991), p. 87 à 124.

CLAPHAM, Andrew

*Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, 7<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.

COHEN, Harlan Grant

«From fragmentation to constitutionalization», Symposium on the global impact and implementation of human rights norms, *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, vol. 25, n° 1 (2012), p. 381 à 394.

COMBACAU, Jean et Serge SUR

*Droit international public*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2012.

CONDORELLI, Luigi

«Customary international law: the yesterday, today, and tomorrow of general international law», dans A. Cassese (dir. publ.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 147 à 157.

CONFORTI, Benedetto et Angelo LABELLA

*An Introduction to International Law*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2012.

CRAWFORD, James

*Brownlie's Principles of Public International Law*, 8<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.

CRYER, Robert

«Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the international criminal tribunals on the ICRC customary law study», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 11, n° 2 (2006), p. 239 à 263.

CRYER, Robert *et al.*

*An Introduction to Criminal Law and Procedure*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

DAILLIER, Patrick, Mathias FORTEAU et Alain PELLET

*Droit international public*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2009.

D'AMATO, Anthony

*The Concept of Custom in International Law*, Ithaca (New York), Cornell University Press, 1971.

«Trashing customary international law», *AJIL*, vol. 81, n° 1 (janvier 1987), p. 101 à 105.

«It's a bird, it's a plane, it's *jus cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 6, n° 1 (1990), p. 1 à 6.

«Customary international law: a reformulation», *International Legal Theory*, vol. IV (1) [1998], p. 1 à 6.

DANILENKO, Gennady M.

«The theory of international customary law», *German Yearbook of International Law*, vol. 31, 1988, p. 9 à 47.

*Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

D'ASPREMONT, Jean

«Théorie des sources», dans R. Steenberghe (dir. publ.), *Droit international humanitaire: un régime spécial de droit international ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 73 à 101.

*Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

DE HOOGH, Andreas Johannes Joseph

*Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, La Haye, Kluwer, 1996.

DE LUPIS, Ingrid Detter

*The Concept of International Law*, Stockholm, Norstedts, 1987.

DE VISSCHER, Charles

«Reflections on the present prospects of international adjudication», *AJIL*, vol. 50, n° 3 (juillet 1956), p. 467 à 474.

*Théories et réalités en droit international public*, 3<sup>e</sup> éd. revue et augmentée, Paris, Pedone, 1960.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel

*Instituciones de derecho internacional público*, 18<sup>e</sup> éd., Madrid, Tecnos, 2013.

DINSTEIN, Yoram

«The ICRC customary international humanitarian law study», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 36 (2006), p. 1 à 15.

DODGE, William S.

«Customary international law and the question of legitimacy», *Harvard Law Review Forum*, vol. 120 (2007), p. 19 à 27.

DOMB, Fania

«*Jus cogens* and human rights», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 6 (1976), p. 104 à 121.

DÖRR, Oliver et Kirsten SCHMALENBACH (dir. publ.)

*Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012.

DUGARD, John

*International Law: A South African Perspective*, 4<sup>e</sup> éd., Le Cap, Juta, 2011.

DUNBAR, N. C. H.

«The myth of customary international law», *Australian Yearbook of International Law*, vol. 8 (1983), p. 1 à 19.

DUPUY, Pierre-Marie

«La pratique de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales», dans *Recueil d'articles de conseillers juridiques d'États, d'organisations internationales et de praticiens du droit international* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.13), p. 377 à 394.

DUPUY, Pierre-Marie et Yann KERBRAT

*Droit international public*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2010.

ESTREICHER, Samuel

«Rethinking the binding effect of customary international law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, n° 1 (2003), p. 5 à 17.

FENWICK, Charles G.

«The sources of international law», *Michigan Law Review*, vol. 16, n° 6 (avril 1918), p. 393 à 401.

FERRER LLORET, Jaume

«La insoportable levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte internacional de justicia: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado», dans *Revista Electronica de Estudios Internacionales*, n° 24 (2012).

FIDLER, David P.

«Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law», *German Yearbook of International Law*, vol. 39 (1996), p. 198 à 248.

FITZMAURICE, Gerald

«The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-54: general principles and sources of law», *The British Year Book of International Law 1953*, vol. 30, p. 1 à 70.

FLECK, Dieter

«Die IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie: polarisierend oder konsensbildend?» *Humanitäres Völkerrecht*, vol. 3 (2009), p. 120 à 124.

FON, Vincy et Francesco PARISI

«International customary law and articulation theories: an economic analysis», *Brigham Young University International Law and Management Review*, vol. 2 (2006), p. 201 à 232.

FORTEAU, Mathias

«The diversity of applicable law before international tribunals as a source of forum shopping and fragmentation of international law: an assessment», dans R. Wolfrum et I. Gättschmann (dir. publ.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 417 à 441.

FRIEDMANN, Wolfgang

*The Changing Structure of International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1964.

FROWEIN, Jochen A.

«*Ius cogens*», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 6 (2012), Oxford, Oxford University Press, p. 443 à 446.

GAJA, Giorgio

«General principles of law», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 6 (2012), Oxford, Oxford University Press, p. 370 à 378.

GAMBLE, JR., John King

«The treaty/custom dichotomy: an overview», *Texas International Law Journal*, vol. 16, n° 3 (1981), p. 305 à 319.

GEIGER, Rudolf H.

«Customary international law in the jurisprudence of the International Court of Justice: a critical appraisal», dans U. Fastenrath et al. (dir. publ.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 673 à 694.

GOLDSMITH, Jack L. et Eric A. POSNER

«Notes toward a theory of customary international law», *The Challenge of Non-State Actors, American Society of International Law, Proceedings of the 92nd Annual Meeting, April 1-4 1998, Washington*, p. 53 à 56.

«Understanding the resemblance between modern and traditional customary international law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 40 (1999-2000), p. 639 à 672.

GUGGENHEIM, Paul

«Les deux éléments de la coutume en droit international», dans C. Rousseau, *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, p. 275 à 284.

GUNNING, Isabelle R.

«Modernizing customary international law: the challenge of human rights», *Virginia Journal of International Law*, vol. 31, n° 2, 1991, p. 211 à 247.

GUZMAN, Andrew T.

«Saving customary international law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, n° 1, 2005, p. 115 à 176.

*How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

GUZMAN, Andrew T. et Timothy L. MEYER

«Customary international law in the 21st century», dans R. A. Miller et R. M. Bratspies (dir. publ.), *Progress in International Law*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2008, p. 197 à 217.

HAGEMANN, Max

«Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtssprechung des internationalen Gerichtshofes» (La coutume comme source du droit des gens dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice), *Annuaire suisse de droit international*, vol. 10 (1953), p. 61 à 88.

HAGGENMACHER, Peter

«La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale», *RGDIP*, vol. 90 (1986), p. 5 à 125.

HEERE, Wybo P. (dir. publ.)

*Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence, Proceedings of the Third Joint Conference held in The Hague, The Netherlands, July 13-15, 1995*, The American Society of International Law et Nederlandse Vereniging voor International Recht, La Haye, T.M.C. Asser Instituut, 1996.

HENCKAERTS, Jean-Marie

«Étude sur le droit international coutumier: une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 87 (2005), sélection française, p. 289 à 330.

«Customary international humanitarian law: a rejoinder to judge Aldrich», *The British Year Book of International Law 2005*, vol. 76, p. 525 à 532.

«The ICRC customary international humanitarian law study: a rejoinder to professor Dinstein», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 37 (2007), p. 259 à 270.

«Customary international humanitarian law: a response to US comments», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 89, n° 866 (2007), p. 473 à 488.

HENCKAERTS, Jean-Marie et Louise DOSWALD-BECK

*Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1 : Règles, Bruxelles, CICR/Bruylant, et vol. 2 (en anglais seulement) : *Practice*, Cambridge University Press, 2005.

HENKIN, Louis

*How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Columbia University Press, 1979.

*International Law: Politics and Values*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

HOHMANN, Harald

*Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law: The Precautionary Principle – International Environmental Law Between Exploitation and Protection*, Londres, Graham & Trotman, 1994.

HUDSON, Manley O.

*The Permanent Court of International Justice, 1920-1942: A Treatise*, New York, Macmillan, 1943.

HUNTER, David, James SALZMAN et Durwood ZAEKE

*International Environmental Law and Policy*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Foundation Press, 2002.

IWASAWA, Yuji

*International Law, Human Rights, and Japanese Law: The Impact of International Law on Japanese Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

JANIS, Mark Weston

«The nature of *jus cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, n° 2 (1988), p. 359 à 363.

«International law?» *Harvard International Law Journal*, vol. 32, n° 2 (1991), p. 363 à 372.

*America and the Law of Nations 1776-1939*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

JENNINGS, Robert Y.

«The identification of international law», dans B. Cheng (dir. publ.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens & Sons, 1982, p. 3 à 9.

«What is international law and how do we tell it when we see it?», *The Cambridge Tilburg Lectures, Third Series 1980*, Deventer (Pays-Bas), Kluwer, 1983, p. 1 à 32.

«Customary law and general principles of law as sources of space law», dans K.-H. Böckstiegel (dir. publ.), *Environmental Aspects of Activities in Outer Space: State of the Law and Measures of Protection*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1990, p. 149 à 152.

- JENNINGS, Robert et Arthur WATTS (dir. publ.)  
*Oppenheim's International Law*, 9<sup>e</sup> éd., vol. I: *Peace*, parties 2 à 4, Harlow, Essex, Longman, 1992.
- JIA, Bing Bing  
 «The relations between treaties and custom», *Chinese Journal of International Law*, vol. 99 (2010), p. 81 à 109.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo  
 «Custom», dans A. Cassese et J. H. H. Weiler (dir. publ.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, Walter de Gruyter, 1988, p. 1 à 4.
- KACZOROWSKA, Alina  
*Public International Law*, 4<sup>e</sup> éd., Londres, Routledge, 2010.
- KADELBACH, Stefan  
 «*Jus cogens*, obligations *erga omnes* and other rules – the identification of fundamental norms», dans C. Tomuschat et J.-M. Thouvenin (dir. publ.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2006, p. 21 à 40.
- KAIKOBAD, Kaiyan *et al.*  
 «United Kingdom materials on international law 2005», *The British Year Book of International Law* 2005, vol. 76, p. 683 à 970.
- KAMMERHOFER, Jörg  
 «Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems», *EJIL*, vol. 15, n<sup>o</sup> 3 (2004), p. 523 à 553.  
*Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, Londres/New York, Routledge, 2011.  
 «Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship», dans M. Happold (dir. publ.), *International Law in a Multipolar World*, Londres, Routledge, 2012, p. 138 à 157.
- KAWASAKI, Kyoji  
 «A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law», *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 34 (2006), p. 27 à 43.
- KEARNEY, Richard D.  
 «Sources of law and the International Court of Justice», dans L. Gross (dir. publ.), *The Future of the International Court of Justice*, vol. II, Dobbs Ferry (New York), Oceana Publications, 1976, p. 610 à 723.
- KELLY, J. Patrick  
 «The twilight of customary international law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 40 (1999-2000), p. 449 à 543.
- KELSEN, Hans  
 «Théorie du droit international coutumier», *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, n<sup>o</sup> 4 (1939), p. 253 à 274.
- KIRGIS, JR., Frederic L.  
 «Custom on a sliding scale», *AJIL*, vol. 81, n<sup>o</sup> 1 (janvier 1987), p. 146 à 151.
- KLABBERS, Jan  
 «The curious condition of custom», *International Legal Theory*, vol. 8, n<sup>o</sup> 1 (2002), p. 29 à 39.
- KLEIN, Eckart (dir. publ.)  
*Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht. Kolloquium 26-28 September 2002 Potsdam*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003.
- KOLB, Robert  
 «Selected problems in the theory of customary international law», *Netherlands International Law Review*, vol. 50, n<sup>o</sup> 2 (2003), p. 119 à 150.
- KONTOROVICH, Eugene  
 «Inefficient customs in international law», *William and Mary Law Review*, vol. 48, n<sup>o</sup> 3 (2006), p. 859 à 922.
- KOPELMANAS, Lazare  
 «Custom as a means of the creation of international law», *The British Year Book of International Law* 1937, vol. 18, p. 127 à 151.
- KOSKENNIEMI, Martti  
*From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1989.  
 «Introduction», dans M. Koskenniemi (dir. publ.), *Sources of International Law*, Aldershot, Ashgate, 2000, p. i-xxi.
- KUNZ, Josef L.  
 «The nature of customary international law», *AJIL*, vol. 47, n<sup>o</sup> 4 (octobre 1953), p. 662 à 669.
- KUZNETSOV, V. I. et B. R. TUZMUKHAMEDOV (dir. publ.)  
*International Law: A Russian Introduction*, Utrecht, Eleven, 2009.
- LAUTERPACHT, Hersch  
*The Development of International Law by the International Court*, édition révisée, Cambridge, Grotius, 1982.
- LEPARD, Briand D.  
*Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- LILLICH, Richard B.  
 «The growing importance of customary international human rights law», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, n<sup>os</sup> 1 et 2 (1995-1996), p. 1 à 30.
- LINDROOS, Anja et Michael MEHLING  
 «Dispelling the chimera of “self-contained regimes”: international law and the WTO», *EJIL*, vol. 16, n<sup>o</sup> 5 (2006), p. 857 à 877.
- LOWE, Vaughan  
*International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- LUKASHUK, Igor I.  
 «Customary norms in contemporary international law», dans J. Makarczyk (dir. publ.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 487 à 508.
- MACGIBBON, Iain  
 «Means for the identification of international law. General Assembly resolutions: custom, practice and mistaken identity», dans B. Cheng (dir. publ.), *International Law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens & Sons, 1982, p. 10 à 26.
- MACLAREN, Malcolm et Felix SCHWENDIMANN  
 «An exercise in the development of international law: the new ICRC study on customary international humanitarian law», *German Law Journal*, vol. 6, n<sup>o</sup> 9 (2005), p. 1217 à 1242.
- MALANCZUK, Peter  
*Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7<sup>e</sup> éd. révisée, Londres, Routledge, 1997.
- MALENOVSKÝ, Jiří  
 «Le juge et la coutume internationale: perspective de l'Union européenne et de la Cour de justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), p. 217 à 241.
- MASSEY, David B.  
 «How the American Law Institute influences customary law: the reasonableness requirement of the restatement of foreign relations law», *Yale Journal of International Law*, vol. 22, n<sup>o</sup> 2 (1997), p. 419 à 445.
- MAYBEE, Larry et Benarji CHAKKA (dir. publ.)  
*Custom as a Source of International Humanitarian Law: Proceedings of a Conference to Mark the Publication of the ICRC Study “Customary International Humanitarian Law” held in New Delhi, 8-9 December 2005*, New Delhi, Comité international de la Croix-Rouge, 2006.

- McGINNIS, John O.  
 «The appropriate hierarchy of global multilateralism and customary international law: the example of the WTO», *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, n° 1 (2003), p. 229 à 284.  
 «The comparative disadvantage of customary international law», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 30, n° 1 (2006), p. 7 à 14.
- McNAIR, Arnold  
*Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- MCRAE, Donald  
 «The interrelationship of codification and progressive development in the work of the International Law Commission», *Journal of International Law and Diplomacy*, vol. 111, n° 4 (2013), p. 75 à 94.
- MÉGRET, Frédéric  
 «International law as law», dans J. Crawford et M. Koskeniemi (dir. publ.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 64 à 92.
- MEIJERS, Herman  
 «On international customary law in the Netherlands», dans I. F. Dekker et H. H. G. Post (dir. publ.), *On the Foundations and Sources of International Law*, La Haye, T. M. C. Asser Press, 2003, p. 77 à 128.
- MENDELSON, Maurice H.  
 «The International Court of Justice and the sources of international law», dans V. Lowe et M. Fitzmaurice (dir. publ.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 63 à 103.  
 «The formation of customary international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1998, t. 272, p. 155 à 410.
- MERON, Theodor  
 «On a hierarchy of international human rights», *AJIL*, vol. 80 (1986), p. 1 à 23.  
 «The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law», *AJIL*, vol. 90, n° 2 (1996), p. 238 à 249.  
 «International law in the age of human rights», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2003, t. 301.  
 «Revival of customary humanitarian law», *AJIL*, vol. 99, n° 4 (2005), p. 817 à 834.  
*The Making of International Criminal Justice. A View from the Bench. Selected Speeches*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- METTRAUX, Guénaël  
*International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, New York, Oxford University Press, 2005.
- MILANO, Enrico  
 «The investment arbitration between Italy and Cuba: the application of customary international law under scrutiny», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 11 (2012), p. 499 à 524.
- MOHD ZIN, Sharizal et Ashraf U. Sarah KAZI  
 «The role of customary international law in the World Trade Organisation (WTO) disputes settlement mechanism», *International Journal of Public Law and Policy*, vol. 2, n° 3 (2012), p. 229 à 262.
- MÜLLERSON, Rein  
 «On the nature and scope of customary international law», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2 (1997), p. 341 à 360.
- MURPHY, Sean D.  
*Principles of International Law*, 2<sup>e</sup> éd., St. Paul (Minnesota), West, 2012.
- NIETO-NAVIA, Rafael  
 «International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law», dans L. Chand Vohrah *et al.* (dir. publ.), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer, 2003, p. 595 à 640.
- NORMAN, George et Joel P. TRACHTMAN  
 «The customary international law game», *AJIL*, vol. 99, n° 3 (2005), p. 541 à 580.
- O'CONNELL, Mary Ellen  
 «*Jus cogens*: international law's higher ethical norms», dans D. Earl Childress III (dir. publ.), *The Role of Ethics in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 78 à 98.
- OCHOA, Christiana  
 «The individual and customary international law formation», *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, n° 1 (2007), p. 119 à 186.
- ONUF, N. G. et Richard K. BIRNEY  
 «Peremptory norms of international law: their source, function and future», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 4, n° 2 (1974), p. 187 à 198.
- ORAKHELASHVILI, Alexander  
*Peremptory Norms in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.  
*The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- ORREGO VICUÑA, Francisco  
 «Customary international law in a global community: tailor made?», *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 38, n° 148 (2005), p. 21 à 38.
- PALMER, Geoffrey  
 «New ways to make international environmental law», *AJIL*, vol. 86, n° 2 (1992), p. 259 à 283.
- PALMETER, David et Petros C. MAVROIDIS  
 «The WTO legal system: sources of law», *AJIL*, vol. 92, n° 3 (1998), p. 398 à 413.
- PARRY, Anthony (dir. publ.)  
*Collected Papers of Professor Clive Parry*, vol. II, Londres, Wildy, Simmonds & Hill, 2012.
- PARRY, Clive  
*The Sources and Evidences of International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1965.
- PAULUS, Andreas  
 «The judge and international custom», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), p. 253 à 265.
- PAUST, Jordan  
 «The reality of *jus cogens*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 7, n° 1 (1991), p. 81 à 85.
- PAUWELYN, Joost  
 «The role of public international law in the WTO: how far can we go?», *AJIL*, vol. 85, n° 3 (2001), p. 535 à 578.
- PEARCE, Jeremy  
 «Customary international law: not merely fiction or myth», *Austrian International Law Journal*, 2003, p. 125 à 140.
- PELLET, Alain  
 «"Droits-de-l'homme" et droit international», *Droits fondamentaux*, n° 1 (2001), p. 167 à 179.  
 «Shaping the future of international law: the role of the World Court in law-making», dans M. H. Arsanjani *et al.* (dir. publ.), *Looking to the Future. Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2011, p. 1065 à 1083.  
 «Article 38», dans A. Zimmermann *et al.* (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 731 à 870.

PERREAU-SAUSSINE, Amanda et James Bernard MURPHY

«The character of customary law: an introduction», dans A. Perreau-Saussine et J. B. Murphy (dir. publ.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 1 à 10.

PETERSEN, Niels

«Customary law without custom? Rules, principles, and the role of State practice in international norm creation», *American University International Law Review*, vol. 23, n° 2 (2007-2008), p. 275 à 310.

POSTEMA, Gerald J.

«Custom in international law: a normative practice account», dans A. Perreau-Saussine et J. B. Murphy (dir. publ.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 279 à 306.

REISMAN, W. Michael

«The cult of custom in the late 20th century», *California Western International Law Journal*, vol. 17, n° 1 (1987), p. 133 à 145.

REUTER, Paul

*Introduction au droit des traités*, Paris, Librairie Armand Colin, 1972.

ROBERTS, Anthea Elizabeth

«Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation», *AJIL*, vol. 95, n° 4 (2001), p. 757 à 791.

«Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60 (2011), p. 57 à 92.

ROSENNE, Shabtai

*Practice and Methods of International Law*, Londres, Oceana Publications, 1984.

ROZAKIS, Christos L.

*The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North-Holland, 1976.

SCHABAS, William

«Customary law or “judge-made” law: judicial creativity at the UN criminal tribunals», dans J. Doria *et al.* (dir. publ.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Pavlovich Blishchenko*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009, p. 77 à 101.

SCHACHTER, Oscar

«Entangled treaty and custom», dans Y. Dinstein (dir. publ.), *International Law in a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, p. 717 à 738.

*International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.

«New custom: power, *opinio juris* and contrary practice», dans J. Makarczyk (dir. publ.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 531 à 540.

SCHARF, Michael P.

«Seizing the “Grotian moment”: accelerated formation of customary international law in times of fundamental change», *Cornell International Law Journal*, vol. 43, n° 3 (2010), p. 439 à 469.

SCHLÜTTER, Birgit

*Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2010.

SCHWARZENBERGER, Georg

«International *jus cogens*?», *Texas Law Review*, vol. 43 (1964-1965), p. 455 à 478.

SCOTT, Gary L. et Craig L. CARR

«The International Court of Justice and the treaty/custom dichotomy», *Texas International Law Journal*, vol. 16 (1981), p. 347 à 359.

«Multilateral treaties and the formation of customary international law», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 25, n° 1 (1996), p. 71 à 94.

SEIBERT-FOHR, Anja

«Modern concepts of customary international law as a manifestation of a value-based international order», dans A. Zimmermann et R. Hofmann (dir. publ.), *Unity and Diversity in International Law*, Berlin, Duncker & Humblat, 2006, p. 257 à 283.

SHAW, Malcolm N.

*International Law*, 6<sup>e</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

SHELTON, Dinah (dir. publ.)

*International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

SIMMA, Bruno et Philip ALSTON

«The sources of human rights law: custom, *jus cogens*, and general principles», *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1988-1989), p. 82 à 108.

SINCLAIR, Ian

*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2<sup>e</sup> éd., Manchester, Manchester University Press, 1984.

SKUBISZEWSKI, Krzysztof

«Elements of custom and the Hague Court», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31 (1971), p. 810 à 854.

SOHN, Louis B.

«“Generally accepted” international rules», *Washington Law Review*, vol. 61, n° 3 (1986), p. 1073 à 1080.

SPIERMANN, Ole

«“Who attempts too much does nothing well”: the 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice», *The British Year Book of International Law* 2002, vol. 73, p. 187 à 260.

«Historical introduction», dans A. Zimmermann *et al.* (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 47 à 71.

STAHN, Carsten et Larissa VAN DEN HERIK

«“Fragmentation”, diversification and “3D” legal pluralism: international criminal law as the jack-in-the-box?» dans L. Van den Herik et C. Stahn (dir. publ.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2012, p. 21 à 89.

STERN, Brigitte

«Custom at the heart of international law», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, n° 1 (2011), p. 89 à 108.

STIRN, Bernard

«La place de la coutume internationale en droit public français», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), p. 267 à 271.

SUR, Serge

*International Law, Power, Security and Justice: Essays on International Law and Relations*, Oxford, Hart Publishing, 2010.

SWAINE, Edward T.

«Rational custom», *Duke Law Journal*, vol. 52, n° 3 (2002), p. 559 à 627.

- TASIOULAS, John  
«Customary international law and the quest for global justice», dans A. Perreau-Saussine et J. B. Murphy (dir. publ.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 307 à 335.
- TAVERNIER, Paul  
«L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?», dans C. Tomuschat et J.-M. Thouvenin (dir. publ.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2006, p. 1 à 20.
- TAVERNIER, Paul et Jean-Marie HENCKAERTS (dir. publ.)  
*Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- THIRLWAY, Hugh  
*International Customary Law and Codification: An examination of the continuing role of custom in the present period of codification of international law*, Leyde, Sijthoff, 1972.  
«The sources of international law», dans M. D. Evans (dir. publ.), *International Law*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 95 à 121.  
«Unacknowledged legislators: some preliminary reflections on the limits of judicial lawmaking», dans R. Wolfrum et I. Gätzschmann (dir. publ.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 311 à 323.
- THÜRER, Daniel  
«Soft law», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 6, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 269 à 278.
- TOMKA, Peter  
«Custom and the International Court of Justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), p. 195 à 216.
- TOMUSCHAT, Christian  
«What is "general international law"?» dans *Guerra y Paz: 1945-2009. Obra homenaje al Dr. Santiago Torres Bernárdez*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010, p. 329 à 348.
- TREVES, Tullio  
«Customary international law», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 937 à 957.
- TUNKIN, Grigory I.  
«Remarks on the juridical nature of customary norms of international law», *California Law Review*, vol. 49, n° 3, 1961, p. 419 à 430.  
«Jus cogens in contemporary international law», *University of Toledo Law Review*, n°s 1 et 2, vol. 1971, p. 107 à 118.
- VAGTS, Detlev F.  
«International relations looks at customary international law: a traditionalist's defence», *EJIL*, vol. 15, n° 5 (2004), p. 1031 à 1040.
- VAN DAMME, Isabelle  
*Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- VAN DEN HERIK, Larissa  
«Using custom to reconceptualize crimes against humanity», dans S. Darcy et J. Powderly (dir. publ.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 80 à 105.
- VAN HOOF, G. J. H.  
*Rethinking the Sources of International Law*, Deventer, Kluwer, 1983.
- VAN SCHAACK, Beth  
«Crimen sine lege: judicial lawmaking at the intersection of law and morals», *Georgetown Law Journal*, vol. 97 (2008), p. 119 à 192.
- VANHAMME, Jan  
«Formation and enhancement of customary international law: the European Union's contribution», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 39 (2008), p. 127 à 154.
- VERHOEVEN, Joe  
*Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000.
- VIDMAR, Jure  
«Norm conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system?», dans E. De Wet et J. Vidmar (dir. publ.), *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 13 à 41.
- VIERDAG, E. W.  
«The law governing treaty relations between parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties and States not party to the Convention», *AJIL*, vol. 76 (1982), p. 779 à 801.
- VILLIGER, Mark E.  
*Customary International Law and Treaties. A Manual of the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, 2<sup>e</sup> éd. révisée, La Haye, Kluwer, 1997.
- VON BERNSTORFF, Jochen  
«Martens Clause», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 6, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1143 à 1146.
- VON GLAHN, Gerhard et James Larry TAULBEE  
*Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, 10<sup>e</sup> éd., Boston, Pearson, 2013.
- VOYIAKIS, Emmanuel  
«A theory of customary international law», 2008, disponible sur le site Web de Social Science Research Network, à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=895462>.  
«Customary international law and the place of normative considerations», *American Journal of Jurisprudence*, vol. 55 (2010), p. 163 à 200.
- WEIL, Prosper  
«Towards relative normativity in international law?» *AJIL*, vol. 77 (1983), p. 413 à 442.
- WEISBURD, Arthur M.  
«Customary international law: the problem of treaties», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, n° 1 (1988), p. 1 à 45.
- WHEATLEY, Steven  
*The Democratic Legitimacy of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010.
- WILDHABER, Luzius et Stephan BREITENMOSER  
«The relationship between customary international law and municipal law in Western European countries», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 48 (1988), p. 163 à 207.
- WILMSHURST, Elizabeth et Susan BREAU (dir. publ.)  
*Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- WOLFKE, Karol  
*Custom in Present International Law*, 2<sup>e</sup> éd. révisée, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.  
«Some persistent controversies regarding customary international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24, 1993, p. 1 à 16.  
«Treaties and custom: aspects of interrelation», dans J. Klabbars et R. Lefeber (dir. publ.), *Essays on the Law of Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998, p. 31 à 39.

WOLFRUM, Rüdiger

«General international law (principles, rules, and standards)», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 6 (2012), Oxford, Oxford University Press, p. 344 à 368.

«Sources of international law», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9 (2012), Oxford, Oxford University Press, p. 299 à 313.

WORSTER, William Thomas

«The inductive and deductive methods in customary international law analysis: traditional and modern approaches», *Georgetown Journal of International Law*, vol. 45, n° 2 (2014), p. 445 à 521.

WOUTERS, Jan et Cedric RYNGAERT

«Impact on the process of the formation of customary international law», dans M. T. Kamminga et M. Scheinin (dir. publ.), *The*

*Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 111 à 131.

YASUAKI, Onuma

«Is the International Court of Justice an emperor without clothes?», *International Legal Theory*, vol. 8, n° 1 (2002), p. 1 à 28.

ZAHAR, Alexander

«Civilizing civil war: writing morality as law at the ICTY», dans B. Swart *et al.* (dir. publ.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 469 à 504.

ZIEMELE, Ineta

«Customary international law in the case law of the European Court of Human Rights – The method», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), p. 243 à 242.

## Introduction

### A. Préambule

1. La Commission du droit international a décidé, à sa soixante-quatrième session, en 2012, d'inscrire le sujet «Formation et identification du droit international coutumier» à son programme de travail en cours et de nommer Sir Michael Wood Rapporteur spécial<sup>1</sup>. Le Rapporteur spécial a établi une note dans laquelle il faisait part de ses premières réflexions sur le sujet, concernant notamment la délimitation du sujet et l'esquisse d'un programme de travail<sup>2</sup>, qui ont servi de base au débat initial sur le sujet au cours de la session<sup>3</sup>.

2. Lors du débat tenu dans le courant de l'année à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, des délégations ont souligné l'intérêt et l'utilité du sujet, ainsi que le rôle majeur joué par le droit international coutumier aux niveaux international et national. On a également évoqué les difficultés inhérentes au sujet, en particulier celle qu'il y avait à établir l'existence d'une règle du droit international coutumier. Des délégations ont souligné la nécessité de conserver sa souplesse au processus coutumier. D'autres ont dit l'intérêt qu'il y avait à tenter de cerner le sens et les expressions de la pratique des États et de l'*opinio juris* en tant qu'éléments constitutifs du droit international coutumier. D'autres encore ont souligné les rapports entre droit conventionnel et droit international coutumier, la nécessité d'examiner le rôle des organisations internationales en matière de formation et d'identification du droit international coutumier et enfin tout l'intérêt qu'il y aurait à voir les travaux aboutir à un résultat utilisable dans la pratique<sup>4</sup>.

3. Dans sa résolution 67/92, du 14 décembre 2012, l'Assemblée générale a noté avec satisfaction la décision de la Commission du droit international d'inscrire le sujet à son programme de travail et a fait savoir aux gouvernements qu'il importait qu'ils fassent connaître leurs vues sur les divers points énumérés au chapitre III du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-quatrième session<sup>5</sup>.

4. À sa soixante-quatrième session, en 2012, la Commission a demandé aux États de lui

donner des informations sur leur pratique relative à la formation du droit international coutumier et aux types d'éléments pouvant servir à identifier ce droit dans une situation donnée. Cette pratique pourrait être reflétée dans :

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

b) des décisions de juridictions nationales, régionales ou sous-régionales<sup>6</sup>.

Le Rapporteur spécial a proposé à la Commission de fixer au 31 janvier 2014 la date limite aux fins de la soumission des réponses des États.

5. La Commission a également demandé au Secrétariat d'établir une étude recensant les éléments des travaux antérieurs de la Commission susceptibles de présenter un intérêt particulier aux fins de l'étude du sujet<sup>7</sup>. Comme il ressort de la section B ci-après, l'étude du Secrétariat qui donne force détails sur la façon dont la Commission a jusqu'ici traité le sujet<sup>8</sup> sera un outil précieux pour la suite de ses travaux.

6. Ayant essentiellement valeur d'introduction, le présent rapport se veut le point de départ des investigations et

<sup>1</sup> *Annuaire... 2012*, vol. I, 3132<sup>e</sup> séance, 22 mai 2012, p. 23.

<sup>2</sup> *Ibid.*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/653.

<sup>3</sup> *Ibid.*, vol. I, 3148<sup>e</sup> séance, 24 juillet 2012, p. 143 à 149, 3150<sup>e</sup> séance, 26 juillet 2012, p. 167 à 170, 3151<sup>e</sup> séance, 27 juillet 2012, p. 171 à 179, et 3152<sup>e</sup> séance, 30 juillet 2012, p. 182 à 184 ; *ibid.*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 66 à 74, par. 156 à 202.

<sup>4</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Sixième Commission*, 18<sup>e</sup> à 25<sup>e</sup> séance (A/C.6/67/SR.18-25) ; voir aussi le résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-septième session (A/CN.4/657), par. 47 à 52.

<sup>5</sup> Résolution 67/92 de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 2012, par. 4 et 7.

<sup>6</sup> *Annuaire... 2012*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 13, par. 29.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 70, par. 159.

<sup>8</sup> Mémoire du Secrétariat : éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet, document A/CN.4/659, reproduit dans le présent volume.

débats futurs sur le sujet. Après avoir évoqué les travaux antérieurs de la Commission, le chapitre I sera consacré à la délimitation du sujet (la question étant en particulier de savoir s'il y a lieu d'envisager le *jus cogens*) et à la forme que pourrait revêtir le résultat des travaux. Au chapitre II, la question du droit international coutumier sera envisagée, sous certains aspects, comme source de droit, au regard notamment du paragraphe 1 *b* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, et les choix d'ordre terminologique. Le chapitre III s'arrêtera sur les grandes catégories de sources consacrées à la formation et à l'identification du droit international coutumier (la pratique des États et des autres acteurs intergouvernementaux, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et des autres juridictions, les travaux d'autres institutions, la doctrine). Ainsi sont abordés les diverses approches proposées pour rendre compte de la formation et de l'identification des règles du droit international coutumier et les enseignements dégagés en la matière.

7. Il convient d'emblée d'évoquer les travaux de l'Association de droit international examinés en détail dans le chapitre III, section D, ci-après. La déclaration de principes, adoptée par l'Association à Londres en 2000 voici près de treize ans, a été le fruit de quinze années de travail considérable sur le processus de formation du droit international coutumier<sup>9</sup>. Toutefois, la Commission envisagera le sujet différemment de l'Association à maints égards, surtout quand on sait qu'elle a ce statut singulier d'organe subsidiaire de l'Assemblée générale et qu'elle entretient, de ce fait, des rapports tout aussi particuliers avec les États<sup>10</sup>.

## B. Travaux antérieurs de la Commission

8. Il convient de rappeler les travaux de la Commission sur le sujet, notamment ceux qui lui ont été confiés dès sa création en application de l'article 24 de son statut, ceux qu'elle a consacrés au droit des traités et le rapport «Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international». L'identification du droit international coutumier figure en bonne place dans ces travaux, bien que la Commission se soit parfois gardée d'établir une distinction claire entre la codification du droit international et son développement progressif<sup>11</sup>.

9. En application de l'article 24 de son statut<sup>12</sup>, la Commission s'est intéressée, lors de ses première et

<sup>9</sup> Résolution 16/2000, «Formation of general customary international law», adoptée à Londres le 29 juillet 2000 lors de la soixante-neuvième conférence de l'Association de droit international, p. 39; et «London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law» («Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général»), *Report of the Sixty-Ninth Conference held in London 25-29th July 2000*, p. 712 à 777.

<sup>10</sup> Danilenko, *Law-Making in the International Community*, p. 128 et 129 («L'idéal serait par exemple que la Commission du droit international de l'Organisation des Nations Unies rédige soigneusement un document qui viendrait réaffirmer et clarifier avec autorité les critères de la coutume»).

<sup>11</sup> Voir McRae, «The interrelationship of codification and progressive development in the work of the International Law Commission».

<sup>12</sup> L'article 24 du statut de la Commission prévoit que «[l]a Commission examine les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, par exemple

deuxième sessions de 1949 et 1950, à la question des «Moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier». Partant du mémorandum du Secrétariat<sup>13</sup> et du document de travail établi par M. Manley O. Hudson<sup>14</sup>, elle a formulé un certain nombre de recommandations, notamment celle tendant à voir l'Assemblée générale attirer l'attention des États sur l'intérêt qu'il y aurait à publier des répertoires de leur correspondance diplomatique et de leurs autres documents relevant du droit international, dans le but de rendre plus accessible la documentation sur les pratiques étatiques<sup>15</sup>. Ce rapport, qui fait date, a donné lieu à d'importantes publications en droit international, aux niveaux national et international, dont notamment la *Série législative des Nations Unies*, le *Recueil des sentences arbitrales* et des répertoires de la pratique des États<sup>16</sup>.

10. Deux importantes études de droit international menées en 1948<sup>17</sup> et en 1971<sup>18</sup> étaient censées permettre à la Commission de mieux choisir ses sujets. Il est intéressant de rappeler ici ce que dit l'étude de 1948 sous la rubrique «Sources du droit international» :

La définition des sources du droit international, telle qu'elle est donnée à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, a pourvu avec succès à la codification de cet aspect du droit international. Les tribunaux internationaux d'arbitrage ont considéré à maintes reprises que cette définition s'imposait à leur juridiction. On peut douter de l'utilité que présenteraient des tentatives faites pour la préciser, telle que la définition des conditions de la formation et de la désuétude de la coutume internationale ou l'énumération, à titre d'exemple, de certains principes

la compilation et la publication de documents établissant la pratique des États et des décisions de juridiction nationales et internationales sur des questions de droit international, et elle fait rapport à l'Assemblée générale sur ce sujet».

<sup>13</sup> *Yearbook of the International Law Commission 1949*, document A/CN.4/6, p. 228 à 231.

<sup>14</sup> *Yearbook of the International Law Commission 1950*, document A/CN.4/16 et Add.1, p. 24. S'intéressant à la question de la portée du droit international coutumier, M. Manley O. Hudson fait notamment observer qu'«il semble que, pour devenir un principe ou une règle du droit international coutumier, tout principe ou toute règle doit à la fois : a) être pratiqué, de manière identique, par un certain nombre d'États chaque fois que se présente une situation donnée entrant dans le cadre des relations internationales; b) se prolonger ou se répéter pendant une période de temps suffisamment longue; c) être imposé par le droit international existant ou compatible avec lui; et d) être généralement admis dans la pratique d'autres États» (ibid., p. 26, par. 11). Le document de travail approfondit plus loin la question de l'identification du droit international coutumier.

<sup>15</sup> Ibid., document A/1316, p. 367 à 374, par. 24 à 94, notamment par. 90 à 94 [en français, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session du 5 juin au 29 juillet 1950, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 4 à 11]; C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, p. 70 à 82, repris dans A. Parry, *Collected Papers of Professor Clive Parry*, vol. II, p. 1 à 105.

<sup>16</sup> Mémorandum du Secrétariat (voir *supra* la note 8), par. 9 à 11. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté en 1968 un Plan modèle de classement des documents concernant la pratique des États en matière de droit international public [CM/Res (68) 17], lequel a servi de cadre à plusieurs publications nationales; il a été modifié en profondeur en 1997 [CM/Rec (97) 11].

<sup>17</sup> *Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international*, mémorandum du Secrétaire général [publication des Nations Unies, numéro de vente : 1948.V.1(1)]. Le Secrétaire de la Commission a révélé en 1960 que M. Hersch Lauterpacht était l'auteur de l'étude de 1948 (*Annuaire... 1960*, vol. I, 535<sup>e</sup> séance, 9 mai 1960, p. 56, par. 33).

<sup>18</sup> *Examen d'ensemble du droit international*: document de travail présenté par le Secrétaire général, *Annuaire... 1971*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), document A/CN.4/245, p. 1.

généraux du droit que l'[A]rticle 38 du Statut reconnaît comme une des trois sources essentielles du droit que la Cour applique. L'introduction d'une définition des sources du droit international dans un plan général de codification répondrait à la nécessité d'une symétrie systématique, en dehors de tout besoin pratique pressant. Cependant, tout commentaire accompagnant la définition qui réunirait la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et celles des autres tribunaux internationaux, quant à l'application des diverses sources du droit international, serait d'une utilité certaine<sup>19</sup>.

L'étude de 1971 ne reviendra pas sur la question. Toutefois, une étude officieuse de 1998 fait observer ce qui suit, sous la rubrique «Points qui ne sauraient être inscrits à l'ordre du jour de la [Commission du droit international]» :

La [Commission] ne doit pas inscrire la question des «sources» à son ordre du jour (sauf quand elle s'intéresse aux traités). Il est contre-productif, voire impossible, de codifier les processus relativement souples au cours desquels se créent les règles du droit international coutumier. De plus, en la matière, il y a d'un côté les questions essentielles (Qu'est-ce que la coutume ? Comment se forme-t-elle ? etc.), de l'autre les questions secondaires (Quelles sont les règles en matière d'interprétation des traités ? etc.) et, manifestement, les questions essentielles relèvent presque toujours de considérations théoriques<sup>20</sup>.

Lorsqu'elle a décidé de traiter du présent sujet, la Commission n'ignorait pas les prises de position suscitées précédemment par la question ; elle n'ignorait pas non plus que, selon les termes même du rapport de 2011,

[u]n examen du processus [de formation et d'identification du droit international coutumier] est toutefois primordial pour tous ceux qui ont à appliquer les règles du droit international. Aboutir à une conception commune de ces processus pourrait se révéler fort utile dans la pratique, d'autant qu'il est de plus en plus fréquent que des acteurs qui ne sont pas toujours des spécialistes du droit international – personnel des tribunaux internes de nombreux pays, de ministères autres que ceux des affaires étrangères et des organisations non gouvernementales – soient amenés à se pencher sur des questions de droit international coutumier<sup>21</sup>.

11. Comme il ressort du mémorandum du Secrétariat, la Commission a traité à de nombreuses reprises le sujet de la formation et de l'identification du droit international

<sup>19</sup> *Examen d'ensemble du droit international...* (voir *supra* la note 17), p. 22, par. 33.

<sup>20</sup> Anderson *et al.*, *The International Law Commission and the future of international law*, p. 42, par. 104.

<sup>21</sup> *Annuaire... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), annexe I, p. 189, par. 3.

coutumier. Passant en revue les travaux effectués dans ce domaine par la Commission depuis 1949 (en particulier les versions définitives des textes qu'elle a adoptés au fil des ans sur les différents sujets dont elle a été saisie), le mémorandum tente de «recenser les éléments des travaux antérieurs de la Commission susceptibles de présenter un intérêt particulier aux fins de l'étude du sujet "Formation et identification du droit international coutumier"». Dans le corps de son texte, il examine «l'approche suivie par la Commission pour mettre en évidence le droit international coutumier et le processus de sa formation, en s'arrêtant tour à tour sur : a) l'approche générale suivie par la Commission ; b) la pratique des États ; c) l'élément subjectif de la coutume (*opinio juris sive necessitatis*) ; d) la pratique pertinente des organisations internationales ; e) la jurisprudence et la doctrine». Il s'intéresse également à «la place du droit coutumier dans l'ordre juridique international», à savoir «la force obligatoire et les caractéristiques des règles de droit international coutumier (y compris les règles régionales, les règles créant des obligations *erga omnes* et les règles du *jus cogens*), les rapports entre droit international coutumier et traités, et les rapports entre droit international coutumier et "droit international général"»<sup>22</sup>.

12. Il ressort du mémorandum du Secrétariat notamment que la Commission a toujours vu dans l'uniformité et le caractère généralisé de la pratique des États des facteurs déterminants de l'identification de la règle de droit international coutumier. Outre ces deux conditions essentielles, le mémorandum relève également, en ce qui concerne la pratique des États, que la Commission «a souvent évoqué», quoique sous différentes formulations, «ce qu'il est convenu d'appeler l'élément subjectif du droit international coutumier»<sup>23</sup>. Il résulte du mémorandum que la Commission interroge «différentes sources» chaque fois qu'elle cherche à établir l'existence de telle ou telle pratique des États et l'«élément subjectif» correspondant et que, pour ce faire, la jurisprudence, la doctrine et la pratique des organisations internationales se sont souvent révélées d'un grand intérêt.

<sup>22</sup> Mémorandum du Secrétariat (voir *supra* la note 8), résumé.

<sup>23</sup> *Ibid.*, par. 26.

## CHAPITRE I

### Délimitation du sujet et forme des résultats

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

13. La question de la délimitation du présent sujet et celle de la forme à donner aux travaux de la Commission ont été évoquées lors du débat tenu par la Commission en 2012<sup>24</sup> et à la Sixième Commission à la soixante-septième session de l'Assemblée générale<sup>25</sup>. La question a d'abord été soulevée de savoir si l'intitulé du sujet, qui parle à la fois de «formation» et d'«identification» du droit international coutumier, recouvrait véritablement la matière

que la Commission entendait traiter ; l'on a fait en outre observer que ces deux termes ne coïncidaient pas tout à fait d'une langue à l'autre. On a souligné que l'enjeu essentiel des travaux était l'«identification» du droit international coutumier et que la référence à la «formation» risquait de rendre le sujet par trop vaste ou théorique.

14. De l'avis du Rapporteur spécial, quel que soit l'intitulé exact du sujet, son examen a pour but de fournir des orientations aux personnes appelées à appliquer les règles du droit international coutumier pour identifier lesdites règles dans des cas concrets. On pensera notamment aux juges des juridictions nationales et aux juges et arbitres des juridictions internationales spécialisées.

<sup>24</sup> Voir *supra* la note 3.

<sup>25</sup> Voir *supra* la note 4.

15. Dans l'intitulé anglais, les mots *formation* et *evidence* veulent dire que, lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'une règle du droit international coutumier, il faut s'attacher aussi bien aux conditions de formation de la règle qu'aux types de preuves qui permettent d'établir que lesdites conditions sont bien satisfaites. Il faut veiller toutefois au préalable à bien délimiter le sujet dans l'intitulé dans chaque langue (dont l'anglais) et à lui attribuer la même signification dans toutes les langues.

16. Les praticiens du droit international, notamment les auteurs, envisagent le droit international coutumier de nombreuses manières différentes : certains y voient principalement une source du droit international ; d'autres s'intéressent surtout à la place qu'il occupe dans l'ordre juridique interne ; d'autres encore s'attachent à décrire et à expliciter dans leur état actuel son processus de formation et ses méthodes d'identification ; d'autres enfin s'interrogent expressément sur ses évolutions futures<sup>26</sup>. De l'avis du Rapporteur spécial, la Commission doit s'employer à décrire l'état actuel du droit international en matière de formation et d'identification des règles du droit international coutumier, sans préjudice des changements susceptibles de se produire dans l'avenir.

17. Il ressort des débats qui se sont tenus en 2012 au sein de la Commission et de la Sixième Commission que, afin d'éviter tout empiètement, le sujet devait être clairement délimité par rapport aux autres sujets qui ont figuré ou figurent à l'ordre du jour de la Commission, tels que « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international »<sup>27</sup> ou « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités »<sup>28</sup>. Cela ne devrait pas poser de difficultés, les frontières entre les sujets paraissant assez évidentes<sup>29</sup>.

18. Il ne faut pas s'attendre à ce que les résultats des travaux de la Commission se présentent sous la forme d'une série de règles immuables qui permettraient d'identifier les règles du droit international coutumier. Il s'agit plutôt de faire mieux comprendre les processus généraux de formation et d'identification des règles du droit international coutumier ; à ce jour, il semble se dégager des débats un large consensus tendant à voir donner aux travaux de la Commission la forme d'un ensemble de « conclusions » accompagnées de commentaires<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Voir *infra* les paragraphes 94 à 101.

<sup>27</sup> Pour consulter les résultats des travaux menés par la Commission sur ce sujet, voir *Annuaire... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 186, par. 251, ainsi que le rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », A/CN.4/L.682 et Add.1 et rectificatif [disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session ; le texte définitif de ce document sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1<sup>re</sup> partie)].

<sup>28</sup> Ce sujet était précédemment intitulé « Les traités dans le temps ».

<sup>29</sup> Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, par M. Georg Nolte, Rapporteur spécial (document A/CN.4/660), reproduit dans le présent volume, par. 7.

<sup>30</sup> De même, la « London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law » (« Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général ») de l'Association de droit international (*Report of the Sixty-Ninth Conference held in London 25-29th July 2000*, p. 714 et 715, par. 4) dresse « une liste des règles et principes, qui constituent un

19. La Commission devra, entre autres questions, rechercher si, s'agissant de la formation et de l'identification du droit international coutumier, on a procédé différemment dans chaque branche du droit international, comme par exemple le droit international des droits de l'homme<sup>31</sup>, le droit pénal international<sup>32</sup> et le droit international humanitaire<sup>33</sup>. Dans l'affirmative, il pourrait se poser des problèmes particuliers et il y aurait peut-être lieu alors d'examiner s'il convient d'accorder, selon la branche du droit international considérée, un poids différent aux différentes sources et, le cas échéant, d'en évaluer à chaque fois l'importance<sup>34</sup>. On n'oubliera toutefois pas que, selon les termes du juge Greenwood, « [l]e droit international n'est pas un ensemble disparate de corps de règles spécialisés et indépendants les uns des autres, mais un système unique et cohérent [...] »<sup>35</sup>.

guide pratique pour ceux qui doivent appliquer le droit ou formuler des conseils et pour les professeurs, chercheurs et étudiants. Elle précise que nombreux sont ceux qui ont besoin d'informations relativement concises et claires sur ce sujet qui en déroutent plus d'un ».

<sup>31</sup> Voir, par exemple, Klein, *Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht, Kolloquium 26-28 September 2002 Potsdam* ; Lillich, « The growing importance of customary international human rights law » ; Cohen, « From fragmentation to constitutionalization ».

<sup>32</sup> Voir, par exemple, Schabas, « Customary law or "judge-made" law: judicial creativity at the UN criminal tribunals ».

<sup>33</sup> Voir, par exemple, D'Aspremont, « Théorie des sources » ; Meron, « The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law ». Meron note également qu'« il est difficile d'observer une pratique des États positive et concrète en ce qui concerne le respect des règles de nature essentiellement prohibitive – comme le sont en général les règles du droit humanitaire – dans la mesure où le respect de ces règles tient davantage au fait que les États s'interdisent de les violer qu'au fait qu'ils accomplissent à cette fin des actes positifs » (*The Making of International Criminal Justice. A View from the Bench: Selected Speeches*), p. 32.

<sup>34</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 132, par. 73 (« aux fins de la présente affaire, la pratique la plus pertinente réside dans les décisions rendues par les juridictions internes [...] ») ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Duško Tadić alias « Dule »*, affaire n° IT-94-1-AR72, chambre d'appel, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 99 [« Avant de relever certains des principes et règles du droit coutumier qui sont apparus dans la communauté internationale pour régler la guerre civile, il convient d'élever une mise en garde sur le processus d'adoption des lois dans le domaine du droit des conflits armés. Quand on s'efforce d'évaluer la pratique des États en vue d'établir l'existence d'une règle coutumière ou d'un principe général, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de préciser le comportement effectif des troupes sur le terrain dans le but d'établir si elles respectent ou ignorent en fait certaines normes de conduite. Cet examen est considérablement compliqué par le fait que non seulement l'accès au théâtre des opérations militaires est normalement refusé aux observateurs indépendants (souvent même au CICR) mais aussi parce que les renseignements sur la conduite effective des hostilités sont dissimulés par les parties au conflit ; pis encore, il est souvent recouru à la désinformation dans le but de tromper l'ennemi ainsi que l'opinion publique et les gouvernements étrangers. Lorsqu'on évalue la formation de règles coutumières ou de principes généraux, il convient par conséquent d'être conscient que, du fait du caractère intrinsèque de ce domaine, on doit s'appuyer essentiellement sur des éléments comme les déclarations officielles des États, les manuels militaires et les décisions judiciaires »].

<sup>35</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 324, à la page 394, déclaration de M. le juge Greenwood, par. 8. Voir aussi *Annuaire... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 186, par. 251, et le rapport de synthèse mis au point par le Président du Groupe d'étude, « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », A/CN.4/L.682 et Add.1 et rectificatif [disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session ; le texte définitif de ce document sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1<sup>re</sup> partie)], par. 33 et 34.

20. Au cours du premier débat tenu au sein de la Commission, on a également soulevé la question de savoir si l'approche à adopter en matière de formation et d'identification du droit international coutumier devait dépendre des destinataires<sup>36</sup>. Il faut rappeler à cet égard que la question du «point de vue d'observation» a également été examinée au début de l'étude de l'Association de droit international<sup>37</sup>. Selon le Rapporteur spécial, l'approche retenue aux fins de l'identification du droit doit être la même pour tous : dégager une compréhension commune et globale du sujet est justement ce à quoi les travaux tendent.

21. Il s'agira pour la Commission d'envisager les questions générales de méthodologie concernant l'identification des règles du droit international coutumier, comme celle de l'intérêt relatif qu'il convient d'accorder, d'une part, à l'examen empirique de la pratique des États et, de l'autre, au raisonnement par déduction. Si certaines considérations pratiques peuvent faire obstacle au respect de la méthodologie, particulièrement dans un monde qui compte près de 200 États (ainsi que d'autres acteurs internationaux), il ne s'agit pas là d'un problème nouveau. Il convient également de rappeler les difficultés inhérentes au sujet également dit, notamment celles tenant à la nature véritable du droit international coutumier en tant que droit non écrit, et les controverses idéologiques et doctrinales qui l'accompagnent souvent<sup>38</sup>.

22. Le présent sujet intéresse les processus de formation des règles du droit international coutumier et les éléments qui permettent d'identifier comme telles lesdites règles. La définition du contenu de règles spécifiques n'entre pas dans son champ<sup>39</sup>. Le propos est de fournir des orientations concernant les moyens d'identifier en contexte une règle du droit international coutumier et non pas de recenser toutes les règles ayant le statut de règle du droit international coutumier<sup>40</sup>. Le propos n'est pas non plus d'examiner la place du droit international coutumier au sein du corps de droit que les cours et tribunaux sont tenus d'appliquer, ou les dispositions et procédures spéciales susceptibles de permettre, à différents échelons internes, d'identifier des règles du droit international coutumier (encore que celles-là devront être prises en considération lors de l'examen des décisions des juridictions nationales).

<sup>36</sup> *Annuaire... 2012*, vol. I, 3148<sup>e</sup> séance, 24 juillet 2012, déclaration de M. Murase, p. 145, par. 18 et suiv.

<sup>37</sup> Déclaration de Londres (voir *supra* la note 30), p. 716, par. 7, note 11 ; appendice au premier rapport du Rapporteur, «Formation of International Law and the Observational Standpoint» («Formation du droit international et point de vue d'observation») [1986], Association de droit international, *Report of the Sixty-Third Conference held at Warsaw, August 21st to August 27th, 1988*, p. 941.

<sup>38</sup> Voir également la Déclaration de Londres (voir *supra* la note 30), par. 2.

<sup>39</sup> Voir la distinction établie entre règles primaires et règles secondaires, qui est d'une particulière importance dans les travaux de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

<sup>40</sup> En tout état de cause, il ne faut jamais perdre de vue que «le processus de formation du droit coutumier est un processus continu : il ne s'interrompt pas à l'apparition de la règle» : Mendelson, «The formation of customary international law», p. 188 ; voir également Wolfe, «Some persistent controversies regarding customary international law», p. 15 («établir l'existence de coutumes internationales et expliciter les règles de droit qu'elles renferment sont des opérations susceptibles d'être répétées en diverses occasions ; une telle identification n'est jamais définitive»).

23. On peut tirer de là une première conclusion quant à la délimitation du sujet du projet de conclusions (sous réserve des changements que la Commission est susceptible d'apporter à son intitulé)<sup>41</sup> :

« 1. *Délimitation du sujet.*

«Le présent projet de conclusions porte sur la formation et l'identification des règles du droit international coutumier.»

**B. La question du *ius cogens***

24. Dans les débats qui se sont tenus en 2012 au sein de la Commission et de la Sixième Commission, la question a été soulevée de savoir si le présent sujet s'étendait également à la formation et à l'identification des normes impératives du droit international général (*ius cogens*)<sup>42</sup>.

25. Est règle du *ius cogens* toute norme juridique «acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère<sup>43</sup>». Si l'existence d'une catégorie «supérieure» de règles au sein du droit international n'est plus vraiment contestée<sup>44</sup>, le contenu de ces règles, ainsi que les éléments permettant d'attester leur existence n'en suscitent pas moins de nombreuses controverses doctrinales<sup>45</sup>. Il importe particulièrement de souligner ici qu'une «aura de mystère<sup>46</sup>» continue d'entourer la source des règles du *ius cogens* : pour certains praticiens du droit international,

<sup>41</sup> Voir *supra* les notes 3 et 4.

<sup>42</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969), art. 53 et 64. La définition de la Convention de Vienne est d'application générale : voir le paragraphe 5 du commentaire relatif au projet d'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, p. 90 et 91, cité dans le paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, *Annuaire... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 75.

<sup>43</sup> Convention de Vienne de 1969, art. 53 ; voir également Daillier, Forteau et Pellet, *Droit international public*, p. 220 à 229, et Frowein, «*Ius cogens*», p. 443.

<sup>44</sup> Voir par exemple les conclusions des analyses et des débats menés au sein du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la «Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», présidé par M. Martti Koskenniemi : rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session, 1<sup>er</sup> mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006, document A/CN.4/L.702 (reprographié) ; voir également les renvois au *ius cogens* dans les arrêts de la Cour internationale de Justice, par exemple : *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* [République démocratique du Congo c. Rwanda], compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 6, à la page 52 ; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, aux pages 140 à 142, par. 92 à 97 ; *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 422, à la page 457, par. 99. Voir enfin Frowein, «*Ius cogens*», par. 5 : «On peut donc ainsi affirmer que l'existence du *ius cogens* en droit international public est reconnue aujourd'hui par la pratique les États, le droit des traités (tel qu'il est codifié) et la théorie du droit.»

<sup>45</sup> Voir par exemple D'Amato, «It's a bird, it's a plane, it's *ius cogens*» ; Kawasaki, «A brief note on the legal effects of *ius cogens* in international law» ; Charlesworth, «Law-making and sources», p. 191 ; Tavernier, «L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?», p. 1 et 19 ; Kadelbach, «*Ius cogens*, obligations *erga omnes* and other rules – the identification of fundamental norms», p. 28 ; Villiger, *Customary International Law and Treaties. A Manual of the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, p. 7.

<sup>46</sup> «Human rights and the magic of *ius cogens*», p. 493.

ces règles forment une catégorie particulière du droit international coutumier<sup>47</sup>, tandis que d'autres contestent l'idée même que ces règles puissent découler de la coutume<sup>48</sup>; d'autres encore estiment que le droit international n'est que l'une des sources possibles du *jus cogens*<sup>49</sup>. On a pu soutenir enfin que la façon dont on envisageait les rapports entre le *jus cogens* et le droit international coutumier dépendait essentiellement de la conception que l'on avait de celui-ci<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Voir par exemple De Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, p. 45 à 48; Reuter, *Introduction au droit des traités*, p. 139 et 140; Mendelson, «The formation of customary international law», p. 181; Kaczorowska, *Public International Law*, p. 28; Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 7 et 8; Baker, «Customary international law in the 21st century: old challenges and new debates», p. 177; D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 132; Cassese, «For an enhanced role of *jus cogens*», p. 164; Meron, «On a hierarchy of international human rights», p. 13 à 21; McNair, *Law of Treaties*, p. 213 à 215; Paust, «The reality of *jus cogens*», p. 82; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 594; Onuf et Birney, «Peremptory norms of international law: their source, function and future», p. 191; Orrego Vicuña, «Customary international law in a global community: tailor made?», p. 36 et 37; Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, p. 243 à 260; lors de la soixante-quatrième session de la Commission, M. Mathias Forteau a déclaré également que «[l]es règles du *jus cogens* sont nécessairement des règles coutumières» (*Annuaire... 2012*, vol. I, 3150<sup>e</sup> séance, 26 juillet 2012, p. 170).

<sup>48</sup> Voir par exemple O'Connell, «*Jus cogens*: international law's higher ethical norms», p. 83; Janis, «The nature of *jus cogens*», p. 360 et 361; Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 164; Vidmar, «Norm conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system?», p. 26; Domb, «*Jus cogens* and human rights», p. 106. Lors de la soixante-quatrième session de la Commission, M. Sean D. Murphy a déclaré, à propos du *jus cogens*, qu'«il constitue non pas le produit de l'une quelconque des sources du droit international mais plutôt un facteur de limitation de ces sources»; M. Dire D. Tladi a indiqué quant à lui que «[l]e droit international coutumier et le droit des traités reposent tous deux sur une théorie du consentement de l'État, alors que le *jus cogens* repose [...] sur autre chose» (*Annuaire... 2012*, vol. I, 3148<sup>e</sup> séance, 24 juillet 2012, p. 147 et 148).

<sup>49</sup> Voir par exemple Akehurst, «The hierarchy of the sources of international law», p. 282 à 284; Tunkin, «*Jus cogens* in contemporary international law», p. 116; Shaw, *International Law*, p. 127; Bradley et Gulati, «Withdrawing from international custom», p. 212; Nieto-Navia, «International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law», p. 613 et 614; Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, p. 58; Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, p. 126.

<sup>50</sup> Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 163 et 164 («quant à savoir si le droit international coutumier joue ou non

26. Il y a des arguments aussi bien pour inscrire la question du *jus cogens* dans l'examen du présent sujet que pour l'en exclure. Pour les uns, les règles du droit international coutumier peuvent être regardées comme des règles du *jus cogens* ou comme des règles à même d'évoluer en règles du *jus cogens*, les deux notions étant susceptibles par ailleurs d'être apparentées par des éléments constitutifs communs. Pour les autres, la notion de *jus cogens* «comporte [...] ses propres difficultés sur les plans de l'identification, de la formation et de la classification qui n'entrent pas dans le champ du [présent] sujet<sup>51</sup>». Les membres de la Commission et les représentants de la Sixième Commission qui ont abordé la question en 2012 ont, dans leur majorité, jugé préférable de ne pas envisager le *jus cogens* à l'occasion du présent sujet.

27. Essentiellement par pragmatisme, afin de ne pas rendre plus complexe une question qui l'est déjà<sup>52</sup>, le Rapporteur spécial estime préférable de ne pas traiter du *jus cogens* dans le cadre du présent sujet. Toutefois, ainsi que des membres de la Commission l'ont fait observer, cela n'interdit pas de se reporter de temps à autre, dans tels ou tels contextes précis, aux règles du *jus cogens*.

un rôle important dans l'établissement du *jus cogens*, cela dépend de la conception du droit international coutumier sur laquelle l'on raisonne. Ceux qui défendent une conception souple de la coutume sont les plus susceptibles de considérer le droit international coutumier comme une source typique du *jus cogens* car, à leurs yeux, ce droit produit des règles de droit international général qui s'imposent à tous les États de la planète [...]. Ceux, au contraire, qui partent d'une conception plus rigide de la coutume aboutissent généralement à la conclusion inverse: ils soutiennent que, du fait des changements que la structure actuelle de la société internationale apporte au processus de formation du droit international, il n'existe plus guère de règles coutumières du droit international obligeant l'ensemble des États de la communauté internationale et que l'on ne saurait s'attendre de plus à ce qu'il en existe beaucoup d'autres à l'avenir».

<sup>51</sup> *Annuaire... 2012*, vol. I, 3148<sup>e</sup> séance, 24 juillet 2012, déclaration de M. Murphy, p. 147.

<sup>52</sup> M. Tladi, par exemple, a dit douter que la Commission «parvienne à s'accorder sur divers aspects du *jus cogens*» (voir *ibid.*, p. 149); pour M. Ki Gab Park, examiner la question du *jus cogens* pourrait dans le contexte revenir à ouvrir une «boîte de Pandore» (*ibid.*, 3152<sup>e</sup> séance, 30 juillet 2012, p. 183). Voir également la proposition faite en 1993 par M. Andreas J. Jacovides dans laquelle il suggérait que la Commission s'empare du sujet [*Annuaire... 1993*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/454, p. 230 à 245].

## CHAPITRE II

### Le droit international coutumier comme source du droit international public

#### A. Le droit international coutumier dans ses rapports avec les autres sources énumérées à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice

28. Le droit international public est le droit<sup>53</sup>, et le droit international coutumier en est l'une des principales sources<sup>54</sup>. Dans ce contexte, «source» s'entend d'une

source officielle<sup>55</sup>, «d'où les règles du droit international tirent leur caractère de droit<sup>56</sup>».

renvoie essentiellement à des règles dont le caractère est délibérément non contraignant – n'est pas le droit (voir, par exemple, Thürer, «Soft law»; Lowe, *International Law*, p. 95 à 97; Shaw, *International Law*, p. 117 à 119; et Murphy, *Principles of International Law*, p. 111 à 123). Le «droit souple» peut néanmoins concourir à la formation du droit international coutumier; il en sera question dans des rapports ultérieurs.

<sup>53</sup> Les sources formelles du droit international sont les processus par lesquels les règles de droit international acquièrent leur validité juridique, tandis que les sources matérielles peuvent s'entendre des origines politiques, sociologiques, économiques, morales ou religieuses des règles juridiques: Pellet, «Article 38», p. 774, par. 111.

<sup>56</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 2.

<sup>53</sup> On trouvera un examen récent de la question dans Mégret, «International law as law».

<sup>54</sup> Pour que le droit international fasse autorité, il importe d'établir clairement la distinction entre droit et non-droit et entre règles juridiques et principes et normes non juridiques. Le «droit souple» (*soft law*) – expression mal définie, parfois qualifiée de passe-partout, qui

29. Le paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, dont l'énumération des sources du droit international fait largement autorité<sup>57</sup>, se lit comme suit :

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

a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ;

b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ;

c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;

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.

30. Le paragraphe 1 *b* de l'Article 38 est identique au paragraphe 2 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, lequel avait été rédigé pour le Conseil de la Société des Nations par un comité consultatif de juristes, en 1920<sup>58</sup>. Le baron Descamps, qui présidait ce comité, avait initialement proposé le libellé suivant :

2. La coutume internationale, comme attestation d'une pratique commune des nations, acceptée par elles comme loi<sup>59</sup>.

Il existe quelques comptes rendus des débats tenus sur cette disposition au comité consultatif, ou bien au Conseil ou à l'Assemblée de la Société des Nations. Dans le projet Root-Phillimore, la disposition se lisait ainsi : « La coutume internationale comme attestation d'une pratique commune des nations acceptée par elles comme loi<sup>60</sup>. » Toutefois, le libellé retenu par le comité de rédaction est le suivant : « la coutume internationale, attestation d'une pratique commune, acceptée comme loi<sup>61</sup>. » Soumis à la Société des Nations, ce libellé a été adopté moyennant de simples modifications de forme<sup>62</sup>. Il ne semble pas avoir

<sup>57</sup> Pellet, « Article 38 », p. 813 à 832. Il n'est pas nécessaire aux présentes fins de débattre de la question de savoir si la liste dressée au paragraphe 1 de l'article 38 (rédigé en 1920) demeure complète : voir Wolfrum, « Sources of international law », par. 10.

<sup>58</sup> La question avait été abordée à plusieurs reprises auparavant. En particulier, l'article 7 de la Convention XII de 1907 relative à l'établissement d'une cour internationale des prises, adoptée le 18 octobre 1907 mais jamais ratifiée, prévoit que, à défaut des stipulations d'une convention en vigueur, la Cour applique les « règles de droit international », à condition qu'elles soient « généralement reconnues » : voir Pellet, « Article 38 », p. 736 et 737, par. 11 à 13. Sur les travaux du comité consultatif de juristes, voir Spiermann, « "Who attempts too much does nothing well": the 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice » ; et Spiermann, « Historical introduction », p. 52 à 59, par. 6 à 22.

<sup>59</sup> Cour permanente de Justice internationale, Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, avec annexes*, La Haye, Van Langenhuisen Frères, 1920, 13<sup>e</sup> séance, annexe n° 3, p. 306. Un des membres du Comité, M. Root (États-Unis), a proposé un texte presque identique, où le terme *recognized* (commune) précédait le terme *practice* (ibid., 15<sup>e</sup> séance, annexe n° 1, p. 344). Le baron Descamps a dit du droit international coutumier qu'il s'agissait d'une « [f]orme d'ailleurs naturelle, et éminemment respectable, puisqu'elle n'est que l'expression des conventions juridiques et des besoins sociaux des nations, s'affirmant dans leur commune et constante manière d'agir » (ibid., 14<sup>e</sup> séance, annexe n° 1, p. 322).

<sup>60</sup> Ibid., 24<sup>e</sup> séance, p. 548.

<sup>61</sup> Ibid., 25<sup>e</sup> séance, p. 567, annexe n° 2, art. 31.

<sup>62</sup> Ibid., 32<sup>e</sup> séance, p. 680. Tel qu'adopté en première lecture par le Comité consultatif de juristes, l'alinéa modifié se lisait comme suit :

fait l'objet de débat durant l'établissement et l'adoption du Statut de la Cour internationale de Justice en 1944-1945<sup>63</sup>.

31. On dit souvent du paragraphe 1 *b* de l'Article 38 qu'il est « mal rédigé<sup>64</sup> ». On n'en a pas moins fait valoir, d'une part, que « la formation d'une règle du droit international coutumier reposait sur deux éléments essentiels, qui étaient élégamment et succinctement exprimés à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>65</sup> », et, d'autre part, que « l'Article 38 ne saurait être considéré comme un simple guide, ne jouant qu'un rôle technique à la Cour, mais bien plutôt, malgré ses imperfections, comme l'énonciation des modes de formation du droit<sup>66</sup> ».

32. Le paragraphe 1 de l'Article 38 a fréquemment été mentionné ou reproduit dans des instruments ultérieurs<sup>67</sup>.

« les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». La modification n'a pas été conservée dans le texte soumis à la Société des Nations.

<sup>63</sup> Pour l'historique de la négociation du paragraphe 1 *b* de l'Article 38, voir Haggemacher, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », p. 19 à 32 ; Pellet, « Article 38 », p. 738 à 745, par. 17 à 48 ; et Kearney, « Sources of law and the International Court of Justice ». Revenant sur cette négociation en 1950, M. Hudson fait observer que les auteurs du Statut n'avaient pas une idée claire de ce qui constituait la coutume internationale (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. I, 40<sup>e</sup> séance, 6 juin 1950, p. 6, par. 45).

<sup>64</sup> Voir, par exemple, Kunz, « The nature of customary international law », p. 664 ; et Wolfke, « Some persistent controversies regarding customary international law ». Selon Villiger, « il est notoire que cette disposition est erronée en ceci que la Cour, faute de pouvoir appliquer une coutume, ne peut appliquer que le droit coutumier ; le paragraphe 1 *b* de l'Article 38 renverse l'ordre logique des choses car c'est la pratique générale acceptée comme loi qui atteste d'une règle coutumière » (Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 15).

<sup>65</sup> Bederman, *The Spirit of International Law*, p. 9 et 33 ; voir également Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, p. 116 (« En tant que tel, l'Article 38 du Statut de la [Cour internationale de Justice] qualifie dûment la coutume internationale en l'invoquant comme "preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit" »).

<sup>66</sup> Sur, *International Law, Power, Security and Justice: Essays on International Law and Relations*, p. 166 ; voir également Jennings, « The identification of international law ».

<sup>67</sup> Pellet, « Article 38 », p. 745 à 747, par. 49 à 54 ; article 28 de l'Acte général d'arbitrage (Règlement pacifique des différends internationaux) [et article 28 de l'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux] ; article 33 du Règlement facultatif de la Cour permanente d'arbitrage pour l'arbitrage des différends entre deux États. Référence est parfois faite à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice : par exemple, aux articles 74 et 83 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Une formulation différente est utilisée dans d'autres instruments : par exemple, le paragraphe 1 *b* de l'article 21 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (« les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés ») ; le paragraphe 1 de l'article 20 du Protocole de la Cour de justice de l'Union africaine, qui reprend en l'étoffant la formulation de la Cour internationale de Justice : le paragraphe 1 *c* de l'article 20 du Protocole est identique au paragraphe 1 *b* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Pour l'utilisation du paragraphe 1 de l'Article 38 dans l'œuvre de la Commission, voir l'article 12 du projet de convention sur la procédure arbitrale de 1953 [*Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, document A/2456, p. 210 (en français, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquième session du 1<sup>er</sup> juin au 14 août 1953, *Documents officiels de l'Assemblée générale, huitième session, Supplément n° 9* [A/2456], p. 10)] et l'article 10 du projet de 1958 relatif au modèle de règles sur la procédure arbitrale (*Annuaire... 1958*, vol. II, document A/3859, p. 87 et 88) [qui commencent tous les deux par cette importante réserve : « À défaut d'accord entre les parties sur le droit à appliquer »].

Même si sa formulation ne s'applique qu'à la Cour internationale de Justice<sup>68</sup>, les sources qui y sont définies sont généralement considérées comme valables pour les autres juridictions internationales, sous réserve de toutes règles expressément énoncées dans les statuts respectifs de ces dernières<sup>69</sup>.

33. Il est utile, aux fins du sujet considéré, d'examiner la relation entre le droit international coutumier et les autres sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, même le propos du présent sujet n'est pas d'envisager ces sources en tant que telles.

34. Les rapports entre droit international coutumier et droit conventionnel constituent un volet important du sujet<sup>70</sup>, qui devra être examiné dans des rapports ultérieurs. Bref, l'interaction de ces deux sources «mêlées» du droit international peut être très pertinente aux fins du présent sujet, car il est communément admis que les traités peuvent traduire les règles préexistantes du droit international coutumier; faire naître de nouvelles règles et attester de leur existence; ou bien, par les négociations qui les accompagnent, contribuer à cristalliser de nouvelles règles du droit international coutumier<sup>71</sup>. Ces rapports sont particulièrement intéressants eu égard au fait que «le droit international coutumier contemporain, même s'il n'est pas écrit, se caractérise de plus en plus par le rapport étroit qu'il entretient avec les conventions écrites<sup>72</sup>». Il faut également garder à l'esprit que le droit international coutumier a une «existence propre», même lorsqu'un traité contient une règle identique<sup>73</sup>.

35. Certains font parfois valoir que les traités sont désormais une source plus importante du droit international que le droit international coutumier<sup>74</sup>. Les généralisations de ce type ne sont ni particulièrement édifiantes ni nécessairement exactes. Même dans les domaines où il existe des traités de codification largement acceptés, les règles du

droit international coutumier continuent de régir les questions non visées par les traités<sup>75</sup> et de s'appliquer dans les relations avec et entre les non-parties à un traité<sup>76</sup>. Elles peuvent également combler les éventuelles lacunes des traités, et concourir à leur interprétation<sup>77</sup>. Une juridiction internationale peut par ailleurs décider qu'il lui est loisible d'appliquer le droit international coutumier lorsque tel ou tel traité n'est pas applicable en raison des limites fixées à sa compétence<sup>78</sup>.

36. La distinction entre droit international coutumier et «principes généraux du droit<sup>79</sup>» est tout aussi importante, mais pas toujours nette dans la jurisprudence ou la doctrine<sup>80</sup>. Le paragraphe 1 c de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice cite «les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées»

<sup>75</sup> Voir, par exemple, le dernier alinéa du préambule de la Convention de Vienne de 1969 ainsi que son article 4 (Non-rétroactivité de la présente Convention). La clause de Martens est l'un des premiers exemples de l'importance qui continue d'être attachée au droit international coutumier malgré l'existence d'un traité: Von Bernstorff, «Martens Clause». Dans le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), l'expression «usages établis entre nations civilisées» a été remplacée par l'expression «usages établis», également utilisée dans des instruments plus récents: Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, cinquième alinéa du préambule; et Convention sur les armes à sous-munitions, onzième alinéa du préambule.

<sup>76</sup> Par exemple, la Convention de Vienne de 1969 n'est directement applicable que dans les relations entre les États qui y sont parties. Les règles du droit international coutumier concernant le droit des traités s'appliquent dans les relations entre les États non parties à la Convention de Vienne, et entre un État partie à cette dernière et un État non partie: voir Vierdag, «The law governing treaty relations between parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties and States not party to the Convention», p. 779.

<sup>77</sup> Convention de Vienne de 1969, art. 31, par. 3 c; conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», conclusions 17 à 20 [*Annuaire... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 188 et 189, par. 251]. Voir également Tribunal des différends irano-américains, *Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, 14 juillet 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 15 (1987-II), p. 222, par. 112; Baxter, «Treaties and custom», p. 103 («Les traités continueront de grandement influencer le contenu du droit international général. Même si tous les États doivent expressément accepter les obligations des traités de codification, le droit international coutumier ne devra pas moins être pris en considération dans l'interprétation de ces instruments, et les traités donneront à leur tour naissance à un nouveau droit international coutumier résultant de l'application des accords»).

<sup>78</sup> Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* [note 73 *supra*], p. 92 à 97, par. 172 à 182. La Cour conclut «qu'il lui appartient d'exercer la compétence que lui confère la déclaration d'acceptation faite par les États-Unis en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, afin de se prononcer sur les demandes du Nicaragua fondées sur le droit international coutumier, et cela bien que les différends "résultant" des chartes des Nations Unies et de l'Organisation des États américains échappent à sa juridiction» (ibid., p. 97, par. 182).

<sup>79</sup> Gaja, «General principles of law»; Pellet, «Article 38», p. 832 à 841, par. 250 à 269.

<sup>80</sup> Sur les différentes acceptations des termes «principes généraux du droit», voir, par exemple, Schachter, *International Law in Theory and Practice*, p. 50 à 55; voir également Schlütter, *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, p. 71 à 86. On trouvera un appel à une plus grande clarté dans Simma et Alston, «The sources of human rights law: custom, *ius cogens*, and general principles»; Petersen, «Customary law without custom? Rules, principles, and the role of State practice in international norm creation».

<sup>68</sup> Forteau, «The diversity of applicable law before international tribunals as a source of forum shopping and fragmentation of international law: an assessment», p. 420 et 421.

<sup>69</sup> Voir plus loin les paragraphes 66 à 85. Selon Thirlway, «il est communément admis que les sources définies à l'Article 38 valent également pour d'autres juridictions internationales» («Unacknowledged legislators: some preliminary reflections on the limits of judicial law-making», p. 313). Au sujet des «autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec [la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer]», qui sont visées à l'article 293 de cette dernière, le même auteur indique qu'en l'absence de définition c'est l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice qui constitue la norme admise (ibid., p. 314, note 9).

<sup>70</sup> Mémoire du Secrétariat (voir *supra* la note 8), par. 37 à 40.

<sup>71</sup> Voir de façon générale Schachter, «Entangled treaty and custom»; Jia, «The relations between treaties and custom»; Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*, p. 84; Gamble, Jr., «The treaty/custom dichotomy: an overview»; Wolfke, «Treaties and custom: aspects of interrelation»; Scott et Carr, «Multi-lateral treaties and the formation of customary international law»; Villiger, *Customary International Law and Treaties*; et Baxter, «Treaties and custom».

<sup>72</sup> Treves, «Customary international law», p. 938, par. 2.

<sup>73</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, aux pages 94 à 96, par. 177 et 178.

<sup>74</sup> «Au cours des dernières décennies, les traités ont supplanté le droit international coutumier comme principale source du droit international [...]»: Dörr et Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, p. 11.

comme source du droit international distincte du droit international coutumier. Dans la jurisprudence et la doctrine, ces principes sont parfois considérés non seulement comme les principes généraux communs aux divers systèmes de droit interne mais aussi comme les principes généraux du droit international. La Cour internationale de Justice peut elle-même appliquer les principes généraux du droit international à défaut des critères du droit international coutumier. Comme l'a dit un autre auteur,

[I]e renvoi relativement fréquent de la [Cour internationale de Justice] aux principes qui ne sont pas consacrés par les systèmes de droit interne s'explique, en partie du moins, par la définition étroite du droit international coutumier donnée à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour. Si la coutume devait être considérée, ainsi qu'il est fait dans cette disposition, «comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit», faute d'une pratique suffisante plusieurs règles du droit international ne dérivant pas de traités ne cadreraient pas avec la définition. D'où la référence aux principes ou principes généraux<sup>81</sup>.

Même s'il est difficile, dans l'abstrait, de distinguer le droit international coutumier des principes généraux, quel qu'en soit le champ d'application, il demeure important de déterminer les règles qui doivent de par leur nature être ancrées dans la pratique effective des États<sup>82</sup>.

37. Il faut également distinguer le droit international coutumier de la conduite d'acteurs internationaux ne produisant pas un droit ou des obligations juridiques ou ne portant pas de tels effets juridiques. Les actes internationaux n'ont pas tous une importance juridique : les actes de bienveillance et de courtoisie, ou le simple usage, même s'ils obéissent à la tradition, ne relèvent ainsi pas du droit coutumier international ni du présent sujet<sup>83</sup>.

38. Il n'est peut-être pas nécessaire, du moins à ce stade, d'envisager la question de la nature des règles régissant la formation et la détermination des règles du droit international coutumier, par exemple la question de savoir si ces règles font elles-mêmes partie du droit international coutumier<sup>84</sup>. Comme tout système juridique, cependant, le droit international public doit renfermer des règles qui permettent de dégager les sources du droit. Celles-ci peuvent être recensées aux présentes fins en examinant en particulier la façon dont les États et les tribunaux s'y prennent pour définir le droit.

## B. Terminologie

39. La terminologie est importante. Les termes «droit international coutumier» ou «règles du droit international coutumier»<sup>85</sup> semblent les expressions les plus courantes

<sup>81</sup> Gaja, «General principles of law», p. 374, par. 18.

<sup>82</sup> Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 37.

<sup>83</sup> Tunkin, «Remarks on the juridical nature of customary norms of international law», p. 419 et 422; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 23 et 24.

<sup>84</sup> Voir le débat sur la nature de certaines règles du droit des traités, en particulier le principe *pacta sunt servanda*. Sinclair (*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 2 et 3) renvoie dans ce contexte aux «arguments doctrinaux» dont l'examen «oblige à entrer dans des considérations quelque peu métaphysiques». Voir également Kammerhofer, «Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems», p. 538 à 542.

<sup>85</sup> Convention de Vienne de 1969, huitième alinéa du préambule. L'article 38 de la Convention de Vienne parle de «règle coutumière de

pour qualifier la source du droit international qui intéresse le présent sujet<sup>86</sup>. On trouve parfois l'expression «droit international coutumier général», employée d'ordinaire pour distinguer celui-ci du droit international coutumier «spécial» ou «régional»<sup>87</sup>. Les termes «droit international coutumier universel» peuvent avoir un sens analogue.

40. On trouve également l'expression «droit coutumier international», qui semble toutefois indiquer une sous-catégorie du «droit coutumier», et établir par conséquent un lien trompeur entre le droit international coutumier et le droit coutumier que l'on retrouve dans certains systèmes de droit interne.

41. On appelle communément le droit international coutumier «coutume internationale» ou «coutume», ce qui, selon le contexte, peut aussi induire en erreur<sup>88</sup>. Ces termes peuvent être confondus avec l'élément objectif de la formation du droit international coutumier (la pratique), l'«usage» et la «pratique» étant d'autres termes apparentés souvent utilisés comme s'ils étaient interchangeables<sup>89</sup>.

droit international». Dans le présent rapport, le terme «règles» s'entend également des «principes». Ainsi que la Chambre de la Cour internationale de Justice l'a exprimé (en matière de délimitations maritimes), «[q]uant à l'association des termes "règles" et "principes", il ne s'agit, de l'avis de la Chambre, que d'une expression double pour énoncer la même idée, car on entend manifestement par principes des principes de droit, donc aussi des règles du droit international pour lesquelles l'appellation de principes peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fondamental» (*Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246, aux pages 288 à 290, par. 79); selon Gaja, «quand bien même la distinction entre principes et règles n'a pas été explicitée dans des décisions judiciaires ou arbitrales, l'emploi du terme principes dénote le caractère général de la norme considérée» («General principles of law», p. 376, par. 31).

<sup>86</sup> Plus ancienne que «droit international», l'expression «droit des nations» n'est aucunement tombée en désuétude: Janis, «International law?»; Janis, *America and the Law of Nations 1776-1939*, chap. 1 («Blackstone and Bentham: The Law of Nations and International Law»); Clapham, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, p. xiii et xiv. D'aucuns considèrent que «le droit des nations» est l'expression la plus appropriée vu le nombre grandissant des protagonistes, par exemple dans Daillier, Forteau et Pellet, *Droit international public*, p. 43 à 50. Dans ses *Commentaries on the Laws of England (1765-1769)*, Blackstone emploie les termes «droit des nations» au sens de ce qui est largement considéré aujourd'hui comme le droit international autre que les traités. Ainsi, dans le *First Judiciary Act of 1789*, chap. 20, par. 9, 1 Stat. 73 (1789), le Congrès des États-Unis a adopté une disposition qui vise les violations du «droit des nations ou d'un traité des États-Unis» (*The Public Statutes at Large of the United States of America*, vol. I, Boston, Little and Brown, 1848). Dans ce sens, l'expression «droit des nations» est synonyme de ce qu'il est désormais convenu d'appeler le droit international coutumier, et non le droit international général. Comme l'indique la note liminaire au *Restatement (Third) of U.S. Foreign Relations Law (1987)*, par. 111, les termes «droit des nations» sont employés pour décrire les règles et obligations coutumières qui régissent la conduite entre les États et certains aspects de la conduite de l'État à l'égard des particuliers [*Restatement of the Law Third*, vol. I, St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987, p. 40].

<sup>87</sup> Les termes employés dans le droit interne des différents États pour évoquer le droit international coutumier sont très variés.

<sup>88</sup> Il faut rappeler cependant que l'expression «coutume internationale» figure au paragraphe 1 *b* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

<sup>89</sup> Voir également Tunkin, «Remarks on the juridical nature of customary norms of international law», p. 422 [distinction entre *usage* et *custom* («usage» et «coutume»), d'une part, et *customary norm of international law* («norme coutumière du droit international»), d'autre part]; Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», p. 2 [qui évoque «l'incohérence notoire de l'emploi des termes relatifs au droit international coutumier» et demande que la

42. Bien que couramment usités<sup>90</sup>, les termes «droit international général» méritent quelque explication<sup>91</sup>. La Cour internationale de Justice, comme la Commission du droit international, les a employés dans divers contextes et avec divers sens<sup>92</sup>. Leur emploi au seul sens de droit international coutumier peut prêter à confusion. Ils sont parfois utilisés dans une plus large acception, en tant que droit international coutumier associé aux principes généraux du droit et/ou aux instruments internationaux largement acceptés. Or, il est souhaitable de préciser le sens attaché à ces termes chaque fois que le contexte ne permet pas de le dégager nettement.

distinction soit faite entre *international custom* («coutume internationale»), d'une part, et *practice, habit et usage* («pratique», «coutume» et «usage») d'autre part]; et Ochoa, «The individual and customary international law formation», p. 125 à 129.

<sup>90</sup> Voir, par exemple, les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969 (*Jus cogens*).

<sup>91</sup> Buzzini, «La “généralité” du droit international général: réflexions sur la polysémie d'un concept»; Buzzini, *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume: essai de conceptualisation d'une réalité aux contours fluctuants*; Tomuschat, «What is “general international law”?»; et Wolfrum, «General international law (principles, rules, and standards)».

<sup>92</sup> Mémoire du Secrétariat (voir *supra* la note 8), chap. II, sect. C. Comme indiqué dans l'étude de la fragmentation du droit international [document A/CN.4/L.682 et Add.1 et rectificatif, disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session; le texte définitif de ce document sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), par. 493], «[i]l n'existe toutefois aucune définition autorisée ou uniforme de cette notion. Celle-ci englobe au moins le droit coutumier général ainsi que les “principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées” du paragraphe 1 c de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Mais elle pourrait aussi renvoyer aux principes du droit international proprement dit et à la technique des analogies avec les droits internes, en particulier les principes de la procédure judiciaire (*audiatur et altera pars, in dubio mitius*, l'estoppel, etc.)».

43. L'utilisation exacte et cohérente de la terminologie par les praticiens comme par les théoriciens pourrait aider à préciser le traitement accordé au droit international coutumier en tant que source du droit. Le Rapporteur spécial propose d'utiliser les termes «droit international coutumier» et «règles du droit international coutumier».

44. Les différents usages dans les différentes langues peuvent faire obstacle à l'utilisation cohérente des termes. Un lexique concis de termes pertinents, dans les six langues officielles de l'Organisation, à mettre au point dans la suite des travaux sur le sujet, pourrait être utile. Outre les expressions «droit international coutumier» et «règles du droit international coutumier», il pourrait comprendre les formules «pratique des États», «pratique», «usage» et «*opinio juris sive necessitatis*».

45. La conclusion ci-après est proposée quant aux termes employés, qui seront définis dans la suite des travaux sur le sujet.

## «2. Termes employés.

«Aux fins du présent projet de conclusions :

«a) “droit international coutumier” et “règles du droit international coutumier” s'entendent des règles du droit international visées à l'alinéa b du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ;

«b) [“pratique des États” ou “pratique”...];

«c) [“*opinio juris*” ou “*opinio juris sive necessitatis*”...];

«d) [...]»

## CHAPITRE III

### Les divers documents à consulter

46. Ce chapitre est consacré à l'exposé de documents nombreux et variés que la Commission aura sans doute à consulter dans le cours de ses travaux sur le présent sujet pour pouvoir en dégager des conclusions quant au processus de formation et d'identification des règles du droit international coutumier. Il ne s'agit pas, à ce stade, de proposer de telles conclusions. Ce sera pour plus tard.

47. Les documents présentés ci-après se rangent dans les catégories suivantes : ceux qui témoignent de l'attitude des États et autres acteurs intergouvernementaux, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales, les travaux d'autres organismes, telle l'Association de droit international, les vues des publicistes, en particulier sur la conception générale de la formation et l'identification du droit international coutumier.

#### A. La démarche des États et des autres acteurs intergouvernementaux

48. En dehors des affaires portées devant les juridictions internes (voir les paragraphes 83 à 85 ci-après), il

semble n'exister qu'assez peu de documents librement accessibles qui traitent directement de l'attitude des États à l'égard de la formation et l'identification du droit international coutumier. Cela étant, leur démarche peut être dégagée par petites touches de leurs déclarations sur des questions particulières, ainsi que des conclusions présentées devant les cours ou tribunaux.

49. Le Rapporteur spécial continue de rechercher des matériaux rendant compte de l'approche des États. À ce jour, la demande que la Commission leur a adressée dans son rapport de 2012 et que l'on trouvera plus haut au paragraphe 4 n'a guère suscité de réactions<sup>93</sup>.

50. L'attitude des États à l'égard de la formation et l'identification du droit international coutumier est perceptible dans leurs conclusions devant les juridictions internationales, encore qu'en pareils cas, il ne faut pas l'oublier, celles-ci se présentent sur le mode du plaidoyer<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> *Annuaire... 2012*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 13, par. 29.

<sup>94</sup> Dupuy, «La pratique de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales».

Dans ces conclusions, les États adoptent régulièrement la double démarche, en argumentant à la fois sur la pratique des États et sur l'*opinio juris*, mais aussi en adoptant à l'occasion une démarche différente<sup>95</sup>. Ils produisent souvent un grand nombre d'éléments de preuve de la pratique des États.

51. D'autre part, les États procèdent entre eux à des échanges de vues sur les règles du droit international coutumier, souvent de manière confidentielle, ce qui leur donne sans aucun doute l'occasion de réfléchir aussi aux modes d'apparition et d'identification de ces règles<sup>96</sup>. Cela peut se produire aux réunions périodiques des conseillers juridiques des organisations internationales, telles celles du système des Nations Unies ou les organisations régionales, de groupes plus restreints ou dans le cadre bilatéral.

52. On peut trouver des indications de la démarche des États dans les réactions des différents gouvernements aux efforts de codification (au premier rang desquels ceux de la Commission). Le débat suscité par l'étude intitulée *Droit humanitaire international coutumier* du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), parue en 2005 (par. 92 *infra*), par exemple, aura éclairé d'un jour rare l'attitude de certains États à l'égard du processus de formation et d'identification des règles du droit international coutumier, dans le domaine particulier des lois de la guerre. Réagissant pour la première fois officiellement à cette étude à l'échelon gouvernemental, les États-Unis d'Amérique ont déclaré : « On admet généralement que le droit international coutumier découle de la pratique générale et constante que les États suivent parce qu'ils ont le sentiment qu'elle correspond à une obligation juridique, tenue pour *opinio juris* », et ont souligné que les preuves de l'existence de ce droit « doivent en tout état de cause avoir trait à la pratique des États »<sup>97</sup>. À son tour, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a dit que la formation du droit international coutumier « exige[ait] » une « pratique générale acceptée par les États comme étant le droit » et que « [d]ans l'ensemble, l'identification d'une règle de droit international coutumier [était] un processus rigoureux »<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> Voir, à titre d'exemple récent, les conclusions de la Belgique en l'affaire *Belgique c. Sénégal*, notamment son complément de réponse à l'un des juges, M. Greenwood, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, questions posées aux parties par des membres de la Cour au terme de l'audience tenue le 16 mars 2012 : compilation des réponses orales et écrites et des observations écrites sur lesdites réponses, 16 mars 2012-4 avril 2012, p. 24 et 25, par. 6 et 8 (CR 2012/5).

<sup>96</sup> Voir Déclaration de Londres (note 30 *supra*), p. 716, par. 6, note 8 : « Pour une bonne part, cela [la manière dont les États s'y prennent pour identifier le droit] se déroule à titre confidentiel et sous le sceau du secret officiel, de sorte qu'il n'a pas toujours été possible de citer les sources et les autorités » ; Bethlehem, « The secret life of international law », p. 34 (évoquant « tout un corps de pratiques de spécialistes qui est en majeure partie totalement invisible pour le monde extérieur »).

<sup>97</sup> Bellinger et Haynes, « A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law* », p. 443 et 444.

<sup>98</sup> Conseiller juridique du Bureau des affaires extérieures et du Commonwealth, déclaration à la Réunion des comités nationaux du droit humanitaire international des États membres du Commonwealth, Nairobi, 20 juillet 2005, Kaikobad, « United Kingdom materials on international law 2005 », p. 694 et 695. Voir aussi les Lignes directrices de l'Union européenne mises à jour concernant la promotion du droit international humanitaire qui définissent le droit international

53. La démarche des autres acteurs intergouvernementaux, et en particulier d'organisations internationales comme l'Organisation des Nations Unies, peut aussi se révéler très utile pour l'étude de la pratique en ce qui concerne la formation et l'identification du droit international coutumier<sup>99</sup>. Le rapport du Groupe de travail sur les détentions arbitraires au Conseil des droits de l'homme en offre deux exemples récents, en évoquant « une pratique étatique quasiment universelle », assortie de l'*opinio juris* comme preuve de la « nature coutumière de [...] l'interdiction de la détention arbitraire »<sup>100</sup>, de même que celui de la Commission d'enquête du Secrétaire général sur l'incident de la flottille survenu le 31 mai 2010 affirmant que « [l]a coutume a force de loi et [qu']elle lie les États lorsqu'elle correspond à leur pratique générale et que ces derniers ont reconnu cette pratique générale comme étant devenue le droit (ce qui est connu comme la condition de l'*opinio juris*) »<sup>101</sup>.

## B. Jurisprudence de la Cour internationale de Justice

54. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice et de la Cour permanente de Justice internationale, sa devancière, sera très importante pour les travaux de la Commission sur le présent sujet. En ce qui concerne le droit international coutumier, la Cour a pour fonction primordiale d'identifier et d'appliquer les règles coutumières dans la mesure nécessaire pour statuer sur les affaires portées devant elle<sup>102</sup>. Ses arrêts (y compris les opinions individuelles et les opinions dissidentes) ont beaucoup éclairé l'attitude générale vis-à-vis de la formation et de l'identification du droit international coutumier (lorsque « [c]e qui "est" devient ce qui "doit être" »)<sup>103</sup>, notamment sur certains aspects particuliers de ces processus.

55. Il est utile d'examiner l'application fréquente que fait la Cour internationale de Justice du paragraphe 1 *b* de l'Article 38 de son Statut, en vertu duquel elle « exerc[e] la fonction parfaitement normale qui est la sienne et qui consiste à apprécier les divers éléments relatifs à la pratique des États et à l'*opinio juris*, invoqu[és] [...] pour établir la

coutumier comme une source du droit international qui « découle de la pratique des États à laquelle ceux-ci reconnaissent un caractère contraignant » (*Journal officiel de l'Union européenne*, C 303, 15 décembre 2009, p. 13, par. 7).

<sup>99</sup> Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales : l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier* ; et Vanhamme, « Formation and enhancement of customary international law: the European Union's contribution ».

<sup>100</sup> A/HRC/22/44, par. 43.

<sup>101</sup> Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident (Rapport de la Commission d'enquête du Secrétaire général sur l'incident de la flottille du 31 mai 2010), appendice I : The applicable international legal principles, p. 76, par. 3.

<sup>102</sup> Il n'appartient pas à la Cour de développer le droit, encore qu'à l'occasion elle puisse être amenée à le faire en vue d'éviter de prononcer un *non liquet*. La question distincte du rôle des juridictions internationales dans la formation du droit international coutumier sera traitée dans un rapport ultérieur ; pour un article récent sur cette question, voir Thirlway, « Unacknowledged legislators: some preliminary reflections on the limits of judicial lawmaking ».

<sup>103</sup> *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (fond), arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, à la page 82 (opinion dissidente de M. Armand-Ugon).

formation d'une règle de droit coutumier<sup>104</sup>», pour prendre une vue d'ensemble de la manière dont la Cour aborde la question. Comme l'indiquent les arrêts mentionnés ci-après, celle-ci a clairement et constamment dit – à l'instar de sa devancière – que le droit international coutumier procède de la pratique des États assortie de l'*opinio juris*.

56. De son côté, dans l'affaire du *Lotus*, la Cour permanente de Justice internationale avait dit que le droit international procédait de «la volonté [des États] manifestée dans des conventions» ou «dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit»<sup>105</sup>. Elle avait insisté sur la distinction à faire entre les deux éléments constitutifs du droit international coutumier, en soulignant que leur double présence était nécessaire pour fonder la constatation de l'existence de ce droit,

[m]ême si la rareté des décisions judiciaires que l'on peut trouver dans les recueils de jurisprudence était une preuve suffisante du fait invoqué [...], il en résulterait simplement que les États se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire; or, c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale<sup>106</sup>.

57. C'est dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* que l'on trouve l'énoncé classique de la part de la Cour internationale de Justice sur les processus de formation et d'identification des règles du droit international coutumier :

Bien que le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier à partir d'une règle purement conventionnelle à l'origine, il demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu.

[...] L'élément essentiel à cet égard – il semble nécessaire de le souligner – est que, même si pareille attitude avait été beaucoup plus fréquente de la part des États non parties à la Convention, ces actes, même considérés globalement, ne suffiraient pas en eux-mêmes à constituer l'*opinio juris* car, pour parvenir à ce résultat, deux conditions doivent être remplies. Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*. Les États intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique<sup>107</sup>.

58. La Cour a confirmé cette position en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, où elle a dit que pour voir quelles étaient

en l'espèce les règles du droit international coutumier applicables elle «[devait] examiner la pratique et l'*opinio juris* des États<sup>108</sup>» et que

comme elle l'a rappelé dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, pour qu'une nouvelle règle coutumière fasse son apparition, les actes correspondants doivent non seulement «représenter une pratique constante», mais en outre se rattacher à une *opinio juris sive necessitatis*. Ou bien les États agissant de la sorte ou bien d'autres États en mesure de réagir doivent s'être comportés d'une façon qui témoigne «de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité d'une pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*»<sup>109</sup>.

59. Dans son arrêt *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, la Cour internationale de Justice a dit de «la pratique effective suivie par les États» qu'elle était destinée à «traduire ou créer des règles de droit coutumier»<sup>110</sup>. Dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, une Chambre de la Cour a observé que le droit international coutumier «comprend en réalité un ensemble restreint de normes propres à assurer la coexistence et la coopération vitale des membres de la communauté internationale, ensemble auquel s'ajoute une série de règles coutumières dont la présence dans l'*opinio juris* des États se prouve par voie d'induction en partant de l'analyse d'une pratique suffisamment étoffée et convaincante, et non pas par voie de déduction en partant d'idées préconstituées a priori»<sup>111</sup>.

60. Lorsque, dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice en sera à l'examen du droit international coutumier, elle dira d'emblée: «Ainsi que la Cour l'a déclaré, la substance du droit international coutumier doit «être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États» [*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 29, par. 27)].»<sup>112</sup> Plus loin dans cet avis, elle relèvera qu'il existe des règles coutumières qui «se sont développées, de par la pratique des États [...]»<sup>113</sup>.

61. L'affaire la plus récente dans laquelle la Cour s'arrête sur sa démarche fondamentale est *Allemagne c. Italie*, où elle dit ce qui suit :

La Cour doit donc, conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'Article 38 de son Statut, déterminer l'existence d'une «coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit» [...]. Elle appliquera pour ce faire les critères, qu'elle a maintes fois énoncés, permettant d'identifier une règle de droit

<sup>108</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* [voir *supra* la note 73], p. 97, par. 183.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 108 et 109, par. 207.

<sup>110</sup> *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1982*, p. 18, à la page 46, par. 43.

<sup>111</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 246, à la page 299, par. 111. La Cour ne devait pas évoquer ces catégories à distinguer du droit international coutumier dans sa jurisprudence ultérieure. Treves a suggéré que, dans cet énoncé, «la Cour semblerait donc distinguer des règles normales en la matière une catégorie de règles de droit coutumier pour lesquelles il n'est pas nécessaire de rechercher les éléments objectif et subjectif» («Customary international law», p. 941, par. 19).

<sup>112</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 253, par. 64.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 256, par. 75.

<sup>104</sup> *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, à la page 367, par. 112 (opinion dissidente commune de MM. Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et Sir Humphrey Waldock).

<sup>105</sup> *Affaire du «Lotus» (France c. Turquie)*, arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, *C.P.J.I. série A n° 10*, p. 18.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>107</sup> *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, aux pages 43 et 44, par. 74 et 77.

international coutumier. Ainsi qu'elle l'a clairement indiqué dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, une « pratique effective » assortie d'une *opinio juris* est en particulier requise [...]. La Cour a en outre relevé ce qui suit :

« [i]l est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États, 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 » [*Plateau continental (Jamahiriya libyenne/Malte)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 29 et 30, par. 27]<sup>114</sup>.

62. Au risque de schématiser, on peut dire qu'il y a deux grandes méthodes d'identification de règles particulières du droit international coutumier dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Dans certaines affaires, celle-ci juge qu'une règle du droit international coutumier existe (ou n'existe pas) sans analyse détaillée préalable<sup>115</sup>. Cela peut sans doute s'expliquer parce que la question est considérée comme évidente (par exemple, parce qu'elle repose sur une constatation antérieure de la Cour<sup>116</sup>, ou sur ce que la Cour considère comme étant incontestablement le droit). On peut trouver un certain nombre d'exemples dans son arrêt du 19 novembre 2012 en l'affaire *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*<sup>117</sup>.

<sup>114</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, aux pages 122 et 123, par. 55.

<sup>115</sup> C'est ce que Meron qualifie d'« approche plus détendue du droit international coutumier », par rapport à la « méthode classique » consistant à analyser dans le détail les éléments qui peuvent l'identifier : Meron, *The Making of International Criminal Justice*, p. 31.

<sup>116</sup> Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 112 *supra*), p. 245, par. 41 ; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, à la page 38, par. 46 ; Meron (voir note précédente, p. 31) [« la [Cour internationale de Justice] et les autres juridictions internationales s'en remettent de plus en plus aux précédents plutôt que de se livrer chaque fois à une analyse détaillée de la nature coutumière des mêmes principes en chaque espèce »] ; Boas, *Public International Law*, p. 84 à 86 et 91 à 93. On peut se demander (et la Commission aussi, dans le cadre du présent sujet) jusqu'à quel point le fait que l'existence d'une règle de droit international coutumier a été établie par un tribunal particulier à une certaine date (remontant parfois à des décennies) signifie que ce tribunal ou d'autres pourront à l'avenir se contenter de s'appuyer sur cette constatation ; voir aussi *supra* la note 40. Pour l'opinion selon laquelle « il y a violation indirecte de la coutume lorsqu'un tribunal international invoque et applique le droit international coutumier, proclamé auparavant par un autre tribunal, sans se livrer à un examen serré de ce sur quoi cette proclamation se fonde », voir Chigara, « The International Tribunal for the Law of the Sea and customary international law », p. 451.

<sup>117</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 624, à la page 645, par. 37 (« L'argument du Nicaragua selon lequel [la formation QS 32] ne peut être considérée comme une île au sens du droit international coutumier, parce qu'elle est composée de débris coralliens, est dépourvu de fondement. [...] Le fait que QS 32 soit minuscule n'a aucune importance du point de vue juridique, le droit international ne fixant pas de dimension minimale pour qu'une formation maritime puisse être considérée comme une île ») ; *ibid.*, 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 ») ; *ibid.*, p. 673, par. 138 (« Les Parties s'accordent [...] sur le fait que plusieurs des dispositions les plus importantes de la CNUDM reflètent le droit international coutumier. Elles reconnaissent en particulier que les dispositions des articles 74 et 83, relatifs à la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental, ainsi que l'article 121, relatif au régime juridique des îles, sont à considérer comme déclaratoires du droit international coutumier ») ; *ibid.*, p. 674, par. 139 (« Dès lors, la Cour considère que le régime juridique des îles défini à l'article 121 de la CNUDM forme un tout indivisible et que chacune de ses dispositions fait partie (comme l'admettent la Colombie et le Nicaragua) du droit international coutumier ») ; *ibid.*, p. 690, par. 177 (« le droit international fixe de nos jours

Dans d'autres affaires, la Cour se livre à une analyse plus détaillée de la pratique des États et l'*opinio juris* pour établir l'existence ou l'inexistence d'une règle de droit international coutumier. Son arrêt du 3 février 2012 en l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)]*<sup>118</sup> offre un exemple de cette méthode. Ce sont tout particulièrement ces dernières affaires qui sont utiles pour illustrer sa manière d'aborder la formation et l'identification du droit international coutumier<sup>119</sup>.

63. Il est quantité d'affaires à l'occasion desquelles la Cour s'est intéressée à certains aspects précis du processus de formation et d'identification des règles du droit international coutumier, couvrant beaucoup de questions que le présent sujet soulève, au premier rang desquelles la nature des deux éléments constitutifs que sont la pratique des États et l'*opinio juris*, et les rapports entre les traités et le droit international coutumier. Sans apporter de réponses exhaustives, ces affaires offrent cependant d'utiles indications. La jurisprudence sera examinée en détail dans des rapports ultérieurs, lorsque certains aspects du sujet seront traités.

64. Les auteurs s'accordent très généralement à penser que la Cour internationale de Justice, au travers de sa jurisprudence, a revalorisé le rôle du droit international coutumier et clarifié quelques-uns de ses aspects<sup>120</sup>. En même temps, si l'on en croit certains commentateurs, la Cour n'aurait jusqu'ici fourni que peu d'indications sur le mode de formation d'une règle de droit international coutumier et la manière dont il convient d'en établir l'existence, étant « beaucoup plus encline à affirmer l'existence d'une règle coutumière qu'à la prouver<sup>121</sup> », et procédant

à 12 milles marins la largeur de la mer territoriale dont peut se prévaloir l'État côtier, et l'article 3 de la CNUDM reflète l'état actuel du droit international coutumier sur ce point ») ; *ibid.*, p. 693, par. 182 (« La Cour a considéré que cette disposition (l'article 13 de la CNUDM, aux hauts-fonds découvrants) reflétait le droit international coutumier (*Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 100, par. 201 ») »).

<sup>118</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)]* (voir *supra* la note 114), p. 122, par. 55.

<sup>119</sup> Voir aussi le recours à la jurisprudence pour déterminer s'il existe une règle du droit international coutumier : récemment, par exemple, la Cour internationale de Justice s'est référée au « droit international coutumier tel qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour, du Tribunal international du droit de la mer (ci-après le "TIDM") et de juridictions arbitrales internationales » : *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)* [note 117 *supra*], p. 666, par. 114. Selon un auteur, la Cour aurait encore recours à une autre méthode pour prononcer l'existence d'une règle coutumière, la reconnaissance implicite, en vertu de laquelle « [elle] considère une pratique étatique ou une disposition conventionnelle comme si elles relevaient de la coutume, mais sans se prononcer expressément sur son caractère » (voir Álvarez-Jiménez, « Methods for the identification of customary international law in the International Court of Justice's jurisprudence: 2000-2009 », p. 698 à 703).

<sup>120</sup> Voir, par exemple, Danilenko, *Law-Making in the International Community*, p. 80 ; Cassese, « General round-up », p. 166.

<sup>121</sup> Pellet, « Shaping the future of international law: the role of the World Court in law-making », p. 1076 (évoquant « une alchimie mystérieuse et empirique par laquelle la Cour est amenée à "découvrir" une règle avant de l'appliquer dans une espèce concrète »). Voir aussi Charney, « Universal international law », p. 537 et 538 ; Kelly, « The twilight of customary international law », p. 469 ; Skubiszewski, « Elements of custom and the Hague Court », p. 853 ; Treves, « Customary international law », p. 942, par. 21 ; Geiger, « Customary international law in the jurisprudence of the International Court of Justice: a critical appraisal », p. 692 ; Bishop, « General course of public international law », p. 220 ; D'Amato, « Trashing customary international law », p. 101 ; Scott et Carr, « The International Court of Justice and the treaty/

finalement en suivant une démarche assez souple<sup>122</sup>. On a pu en outre observer que la Cour n'a pas toujours été d'une constance absolue dans la terminologie qu'elle emploie en matière de droit international coutumier, ni pour distinguer celui-ci des principes généraux du droit<sup>123</sup>.

custom dichotomy», p. 353; Meron, *The Making of International Criminal Justice*, p. 30; Ferrer Lloret, «La insoportable levedad des derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte internacional de justicia: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado» (L'insoutenable légèreté du droit international coutumier dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice: l'affaire des immunités juridictionnelles de l'Etat); Hagemann, «Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtsprechung des internationalen Gerichtshofes» (La coutume comme source du droit des gens dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice).

<sup>122</sup> Jiménez de Aréchaga, «Custom», p. 2 et 3 («Personnellement, j'estime que l'apport le plus important de la Cour au développement progressif du droit international réside [...] dans la flexibilité des conceptions théoriques qu'elle a adoptées sur ce sujet des sources, en particulier pour ce qui concerne le droit international coutumier»); Benvenisti, «Customary international law as a judicial tool for promoting efficiency», p. 98 (suggérant que les membres de la Cour, «en leur qualité d'oracles de la "coutume mystique"», inventent parfois du droit international coutumier lorsque «sauter ainsi le pas produit des normes plus efficaces»); Orrego Vicuña, «Customary international law in a global community: tailor made?», p. 25 et 26 («La Cour internationale de Justice n'a pas constamment suivi la même démarche dans son traitement du droit coutumier [...] Dans la période récente, [...] il semblerait que, loin d'adhérer à une théorie déterminée, elle ait constaté l'existence d'une règle coutumière dans tous les cas où elle l'a jugé nécessaire ou commode pour identifier cette règle ou aller au-delà des règles conventionnelles»); MacGibbon, «Means for the identification of international law. General Assembly resolutions: custom, practice and mistaken identity», p. 21 («On peut difficilement échapper à l'impression que [...] la Cour, dans le domaine de la coutume internationale, en a brossé un tableau à larges touches généreuses»); Geiger, «Customary international law in the jurisprudence of the International Court of Justice», p. 674 («Les critères ouvertement proclamés par la Cour comme ceux qu'elle retient pour établir l'existence de certaines règles coutumières sont fort différents de la manière dont elle procède en réalité»); Baker, «Customary international law in the 21st century», p. 178 et 179 (disant que c'est la Cour qui, «dans un ensemble d'opinions neuves, voire révolutionnaires», a mis en place vers la fin des années 1960 et au début des années 1970 la base doctrinale d'«une révision des sources classiques du droit international coutumier, la pratique des États et l'*opinio juris*»); Müllerson, «On the nature and scope of customary international law», p. 353 (observant que c'est souvent l'exigence normative qui sous-tend la décision de la Cour de consacrer une règle de droit international coutumier); Yasuaki, «Is the International Court of Justice an emperor without clothes?», p. 16 («La Cour internationale de Justice a fait de la notion de droit international coutumier un usage extrêmement variable [qui] a brouillé la distinction entre la pratique des États et l'*opinio juris*»); Kirgis, Jr., «Custom on a sliding scale» (suggérant que l'importance de la norme ou du thème compte pour la Cour lorsqu'il s'agit de constater l'existence d'une règle coutumière; si elle est déstabilisante ou moralement déplaisante, c'est en effet une coutume d'interprétation restrictive qui est proclamée); Schlütter, *Developments in Customary International Law*, p. 168 («La jurisprudence de la Cour sur la coutume n'est pas toujours parfaitement cohérente et ne paraît pas toujours obéir à un principe général, comme le voudraient les différentes théories du droit international coutumier [...] la Cour n'a pas une seule et unique façon d'envisager la formation de ce droit»).

<sup>123</sup> Voir, par exemple, Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. xv à xvii, par. 8; Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, p. 393; Skubiszewski, «Elements of custom and the Hague Court», p. 812; Mendelson, «The International Court of Justice and the sources of international law», p. 64 (disant que «fort souvent, la Cour omet de spécifier de quelle source elle fait application [à moins que la règle en question ne tire sa validité directement d'un traité,] se bornant à affirmer que "telle ou telle règle [ou principe] est bien établie en droit international", ou employant quelque autre formule vague, sans préciser si ladite règle procède de la coutume, des "principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées", de quelque autre source ou de plusieurs sources à la fois»); Bodansky, «Prologue to a theory of non-treaty norms», p. 122 [«Même la Cour internationale de Justice (CIJ), dont le Statut distingue les principes généraux de la coutume, n'en fait pas toujours autant dans ses décisions»].

65. Le Président de la Cour internationale de Justice, parlant de la conception que la Cour a du droit international coutumier, a récemment fait la déclaration suivante :

[L]es auteurs ont raison d'appeler l'attention sur la pratique récente de la Cour qui consiste à recourir fréquemment à des énoncés généraux des règles, mais ils vont trop loin en voulant systématiser cette pratique. En réalité, la Cour n'a jamais abandonné l'idée, fermement ancrée dans la formulation du Statut, selon laquelle le droit international coutumier est la «pratique générale acceptée comme étant le droit», ce qui revient à dire, selon les termes d'une affaire récente, que «l'existence d'une règle de droit international coutumier suppose qu'il y ait une "pratique constante" en plus de l'*opinio juris*». Toutefois, dans la pratique, la Cour n'a jamais jugé nécessaire de faire une analyse de ce type pour chaque règle considérée comme coutumière dans une affaire donnée, utilisant plutôt les meilleurs éléments disponibles et ceux qui sont les plus pertinents pour déterminer s'il existe une telle règle coutumière. Quelquefois, cela suppose qu'elle examine directement, de son propre chef, les éléments matériels de la coutume, mais le plus souvent il lui suffit d'examiner les vues exprimées par les États et par des organes tels que la Commission du droit international sur la question de savoir si une règle de droit coutumier existe et sur son contenu, ou tout au moins d'avoir recours à des règles écrites claires qui lui servent de point de référence pour encadrer et orienter son examen des éléments matériels de la coutume<sup>124</sup>.

## C. La jurisprudence des autres cours et tribunaux

### 1. AUTRES COURS ET TRIBUNAUX INTERNATIONAUX

66. Les juridictions internationales dont la jurisprudence peut présenter quelque intérêt pour le sujet sont, notamment, le Tribunal international du droit de la mer, les juridictions pénales internationales et internationalisées; les organes de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC); les tribunaux d'arbitrage entre États; et d'autres juridictions ad hoc. La jurisprudence pertinente sera examinée dans les futurs rapports qui seront consacrés à des aspects particuliers de la formation et de l'identification du droit international coutumier. Pour le moment, quelques exemples sont donnés pour illustrer l'éventail des juridictions concernées, l'approche générale qu'elles ont adoptée et la richesse des arguments invoqués<sup>125</sup>. Une chose est certaine: quel que soit le contexte dans lequel ces autres juridictions travaillent, elles s'appuient généralement sur l'approche et la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, notamment sur le rôle constitutif attribué aux deux éléments que sont la pratique des États et l'*opinio juris*.

67. Le Tribunal international du droit de la mer, qui applique, outre les dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, «les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci<sup>126</sup>», n'a eu que rarement recours au droit international coutumier. Pour déterminer si une règle relève du droit international coutumier, le Tribunal s'est essentiellement appuyé sur les déclarations de la Cour internationale

<sup>124</sup> Tomka, «Custom and the International Court of Justice», p. 197 et 198.

<sup>125</sup> Les affaires citées ont été sélectionnées en raison de l'éclairage qu'elles apportent sur la formation et l'identification du droit international coutumier. Cette sélection n'implique pas une approbation des arguments avancés.

<sup>126</sup> Art. 293, par. 1. Le Tribunal a aussi déterminé qu'un certain nombre d'articles de la Convention faisaient implicitement référence aux règles de droit international coutumier; voir, par exemple, *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, *TIDM Recueil 2012*, vol. 12, p. 4, à la page 55, par. 183.

de Justice<sup>127</sup>. Il a aussi fait référence aux conclusions d'autres cours et tribunaux internationaux<sup>128</sup> et aux travaux de la Commission du droit international<sup>129</sup>. Dans un cas, le Tribunal s'est appuyé sur «un nombre croissant de traités et autres instruments internationaux», constatant l'émergence d'«un mouvement qui tend à incorporer [le principe de précaution] dans le droit international coutumier»<sup>130</sup>. Le Tribunal a également relevé la pertinence de la pratique des États et de la jurisprudence pour déterminer l'existence d'une «règle générale» applicable ou interpréter un concept juridique ou une règle de droit<sup>131</sup>.

68. Les tribunaux pénaux internationaux spéciaux – pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda – ont souvent invoqué le droit international coutumier pour établir leur compétence<sup>132</sup>. Ce faisant, chacun a déclaré, comme il est indiqué ci-après, que la formation d'une règle de droit international coutumier reposait sur la pratique des États et l'*opinio juris*, et que l'identification d'une telle règle nécessitait généralement une étude pour déterminer si ces deux éléments étaient présents. Cette approche découlait, selon eux, de l'obligation qu'avaient les tribunaux de tenir dûment compte du principe de légalité (*nullum crimen sine lege*), selon lequel une déclaration de culpabilité peut être fondée sur le droit international coutumier à condition que l'on ait bien pris soin de déterminer que le principe de légalité était fermement ancré dans la coutume au moment de l'infraction, de telle sorte que l'auteur ait pu identifier la règle qu'il était censé respecter<sup>133</sup>. Certains auteurs ont toutefois estimé que le droit international coutumier avait un sens différent, dans le contexte du droit pénal international, de celui qu'il avait dans le contexte du droit international classique<sup>134</sup>, et que la jurisprudence

des tribunaux s'écartait souvent d'un type de coutume fondée sur la pratique étatique pour s'orienter vers une interprétation spécifiquement *humanitaire* du droit coutumier<sup>135</sup>. D'autres réfutent «l'argument selon lequel la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux a dégagé un nouveau type de coutume, ne nécessitant plus la pratique des États ni l'*opinio juris* pour se former<sup>136</sup>».

69. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a souvent eu recours au droit international coutumier pour identifier le droit international applicable aux crimes et procès dont il était saisi. Ce faisant, il a indiqué à plusieurs occasions que tant la pratique des États que l'*opinio juris* devaient être établies pour déterminer qu'un principe juridique pouvait être considéré comme relevant du droit international coutumier. Ainsi, dans *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović et consorts*, la Chambre d'appel a noté que «pour conclure qu'un principe faisait partie du droit international coutumier, elle [devait] être convaincue que la pratique des États reconnaissait ce principe parce qu'il fondait l'*opinio juris*<sup>137</sup>»; de même, dans *Le Procureur c. Delalić*, la Chambre de première instance a expressément fait référence à «l'existence d'un tel droit coutumier – pratique des États et *opinio juris*<sup>138</sup>». Ainsi, par exemple, dans *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, la Chambre d'appel a fait valoir que l'on «ne trouve pas trace, dans la pratique des États, de l'émergence, en droit international coutumier», d'une exigence selon laquelle il faudrait établir une intention discriminatoire dans les cas de violations des lois ou coutumes de la guerre<sup>139</sup>. Dans

<sup>127</sup> *Navire « SAIGA » (n° 2) [Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée]*, arrêt, *TIDM Recueil 1999*, vol. 3, p. 10, à la page 56, par. 133 et 134; *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1<sup>er</sup> février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10, aux pages 28, par. 57; 51, par. 147 et 148; 56, par. 169; et 57, par. 178.

<sup>128</sup> *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1<sup>er</sup> février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10, à la page 28, par. 57 [faisant référence à la sentence arbitrale sur la *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau* et à l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)], à la page 57, par. 178 (faisant référence à la sentence arbitrale concernant le *Rainbow Warrior*), et à la page 62, par. 194 (faisant référence à la Cour permanente de Justice internationale).

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 56, par. 169; p. 58, par. 178; p. 59, par. 182; p. 62, par. 194; et p. 66, par. 210; *Navire « SAIGA » (n° 2) [Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée]*, arrêt, *TIDM Recueil 1999*, vol. 3, p. 10, à la page 65, par. 171.

<sup>130</sup> *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1<sup>er</sup> février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10, à la page 47, par. 135.

<sup>131</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, *TIDM Recueil 2012*, p. 4, à la page 46, par. 147, et à la page 47, par. 150; *Navire « SAIGA » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 1997*, p. 16, aux pages 29 et 30, par. 57.

<sup>132</sup> En ce qui concerne le droit international coutumier comme source de droit dans les procédures pénales internationales en général, voir, par exemple, Akande «Sources of international criminal law», p. 49 à 51; et Cryer *et al.*, *An Introduction to Criminal Law and Procedure*, p. 11. Lorsqu'on étudie la jurisprudence des cours et tribunaux pénaux internationaux – qu'il s'agisse de la Cour pénale internationale ou des tribunaux spéciaux –, il faut avoir à l'esprit qu'il est rare que les États soient directement parties.

<sup>133</sup> Meron, «Revival of customary humanitarian law», p. 821.

<sup>134</sup> Voir Schabas, «Customary law or “judge-made” law», p. 101; voir aussi Baker, «Customary international law in the 21st century»,

p. 175 et 184 à 186; Van den Herik, «Using custom to reconceptualize crimes against humanity»; Stahn et Van den Herik, «“Fragmentation”, diversification and “3D” legal pluralism: international criminal law as the jack-in-the-box?», p. 63; Van Schaack, «*Crimen sine lege*: judicial lawmaking at the intersection of law and morals», p. 165; et Bantekas, «Reflections on some sources and methods of international criminal and humanitarian law».

<sup>135</sup> Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, p. 18.

<sup>136</sup> Boas, *Public International Law*, p. 90.

<sup>137</sup> *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović et consorts*, affaire n° IT-01-47-AR72, Chambre d'appel, décision relative à l'exception d'incompétence (responsabilité d'un supérieur hiérarchique) du 16 juillet 2003, par. 12, disponible à l'adresse suivante: [www.icty.org](http://www.icty.org).

<sup>138</sup> *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias «Pavo», Hazim Delić, Esad Landžo alias «Zenga»*, affaire n° IT-96-21-T, Chambre de première instance, jugement du 16 novembre 1998, *Recueils judiciaires 1998*, p. 1181, par. 302. Voir aussi, par exemple, la déclaration faite par le juge Shahabuddeen dans le cadre de l'arrêt de la Chambre d'appel dans *Le Procureur c. Anto Furundžija*, dans laquelle il déclare que «lorsque la question porte sur l'émergence, en droit international coutumier, d'une norme [...], il est nécessaire d'examiner l'évolution du droit international coutumier sur ce point, cet examen devant naturellement respecter les principes régulant cette évolution»; dans ce contexte, Shahabuddeen évoque «une étude comparative en vue de prouver qu'une nouvelle norme coutumière s'est dégagée à travers la constatation d'une concordance générale de la pratique étatique» et indique par la suite qu'une telle recherche doit être «systématique» (affaire n° IT-95-17/1-A, Chambre d'appel, arrêt du 21 juillet 2000, *Recueils judiciaires 2000*, vol. 2, p. 2129, 2131 et 2133, par. 257, 258 et 262). On trouve un autre exemple dans l'opinion individuelle présentée conjointement par Madame le juge McDonald et Monsieur le juge Vohrah dans *Le Procureur c. Drazen Erdemović*: «La Cour internationale de [J]ustice a réitéré, de bonne source, dans l'affaire du *Plateau continental*, que pour qu'une règle entre dans le domaine du droit international coutumier, il faut que la pratique des États ait été fréquente et uniforme, étayée par l'*opinio juris sive necessitatis*» (affaire n° IT-96-22-A, Chambre d'appel, arrêt du 7 octobre 1997, *Recueils judiciaires 1997*, vol. 2, p. 1701, par. 49).

<sup>139</sup> *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, affaire n° IT-95-14/1-A, Chambre d'appel, arrêt du 24 mars 2000, *Recueils judiciaires 2000*, vol. 1, p. 1145, par. 23.

*Le Procureur c. Duško Tadić*, la Chambre d'appel a estimé que « lorsque l'on examine de près la pratique pertinente, on constate que le droit international coutumier n'exige pas d'intention discriminatoire pour tous les crimes contre l'humanité<sup>140</sup> ».

70. Parfois, cependant, les Chambres du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie se sont montrées disposées à reconnaître qu'une règle de droit international coutumier avait émergé même lorsque les deux éléments (en particulier la pratique des États) n'étaient pas fermement établis. Dans *Le Procureur c. Zoran Kupreškić*, la Chambre de première instance a explicitement déclaré que

les principes du droit international humanitaire peuvent, par processus coutumier, naître de la pression des exigences de l'humanité ou de celles de la conscience publique, même lorsque la pratique des États est rare ou contradictoire. L'autre élément, l'*opinio necessitatis*, qui se cristallise sous l'effet des impératifs de l'humanité ou de la conscience publique, pourrait bien se révéler être l'élément décisif annonciateur de l'émergence d'une règle ou d'un principe général du droit humanitaire<sup>141</sup>.

Dans d'autres cas, les Chambres n'ont pas toujours mené une analyse approfondie de la pratique des États et de l'*opinio juris* (ni fait de distinction entre les deux)<sup>142</sup>, ou se sont contentées de citer des décisions antérieures du Tribunal<sup>143</sup>.

71. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a également eu recours au droit international coutumier à plusieurs occasions. Ainsi, tant le Tribunal que les parties ont reconnu que, selon les termes de la Chambre d'appel dans *André Rwamakuba v. The Prosecutor*, « les normes de droit international coutumier se caractérisent par l'existence des deux éléments familiers que sont la

pratique des États et l'*opinio juris*<sup>144</sup> ». Dans une autre référence explicite, le juge Shahabuddeen, évoquant le concept de participation à une entreprise criminelle commune dans l'opinion individuelle qu'il a formulée dans *Sylvestre Gacumbitsi c. Le Procureur* (Chambre d'appel), a estimé qu'« [é]tant donné que plusieurs États souscrivent à [une théorie] alors que plusieurs autres accordent leur préférence à l'autre, il se peut que la pratique étatique et l'*opinio juris* requis pour que l'une ou l'autre d'entre elles soit intégrée dans le droit international coutumier fassent tout simplement défaut<sup>145</sup> ». Le juge Meron, dans son opinion partiellement dissidente dans *Ferdinand Nahimana et al. c. Le Procureur* (Chambre d'appel), estime que lorsqu'un « consensus entre États ne s'est pas cristallisé, il n'y a à l'évidence pas de norme de droit international coutumier<sup>146</sup> ». Lorsqu'il a évoqué les éléments permettant d'établir l'existence ou non d'une règle de droit international coutumier, le Tribunal n'a généralement pas précisé si tel ou tel élément constituait une preuve de la pratique des États ou de l'*opinio juris* (ou des deux)<sup>147</sup>.

72. Dans certains cas, le Tribunal pénal international pour le Rwanda s'est abstenu de faire une analyse approfondie pour déterminer qu'une norme de droit international coutumier avait émergé, ou s'est appuyé sur des études et déclarations d'autres institutions judiciaires. Ainsi, dans *Nahimana et al. c. Le Procureur*, la Chambre d'appel, énonçant la position selon laquelle l'incitation directe et publique à commettre le génocide n'est punissable que dans la mesure où un tel crime a été perpétré, s'est contentée de faire référence à un exposé explicatif qui figure dans

<sup>144</sup> *André Rwamakuba v. The Prosecutor*, affaire n° ICTR-98-44-AR72.4, décision sur l'appel interlocutoire relatif à l'application de la notion d'entreprise criminelle commune au crime de génocide, Chambre d'appel, arrêt du 22 octobre 2004, par. 14.

<sup>145</sup> *Sylvestre Gacumbitsi c. Le Procureur*, affaire n° ICTR-2001-64-A, Chambre d'appel, arrêt du 7 juillet 2006, opinion individuelle du juge Shahabuddeen, par. 51.

<sup>146</sup> *Ferdinand Nahimana et al. c. Le Procureur*, affaire n° ICTR-99-52-A, 28 novembre 2007, opinion partiellement dissidente du juge Meron, par. 5 à 8 (en anglais). Faisant référence « au nombre et à l'importance des réserves formulées [à l'égard des dispositions pertinentes sur lesquelles s'est appuyée la chambre de première instance], montrant que d'importants désaccords persistent dans la communauté internationale sur la question de savoir si les discours de haine doivent ou non être interdits », le juge Meron a conclu qu'aucun « principe établi » ne sous-tendait ces dispositions, estimant que l'histoire de la rédaction de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, de même que le jugement en première instance de l'affaire *Kordić* par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie étayaient cette position.

<sup>147</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Simon Bikindi*, affaire n° ICTR-01-72-T, Chambre de première instance, jugement du 2 décembre 2008, par. 379; *Le Procureur c. Élizaphan Ntakirutimana et Gérard Ntakirutimana*, affaires n°s ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, Chambre d'appel, arrêt du 13 décembre 2004, par. 518 et 519; *André Rwamakuba v. The Prosecutor* (note 144 *supra*), par. 14. On trouve un autre exemple dans *Le Procureur c. Nahimana et al.* (Chambre de première instance), dans lequel la Chambre a considéré qu'« [a]u regard de principes bien établis en droit interne et international ainsi que de la jurisprudence dans l'affaire *Streichler* (1946) et dans de nombreuses affaires portées devant la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales depuis lors, [...] le discours de haine qui exprime une discrimination ethnique ou autre viole la règle de droit international coutumier qui interdit la discrimination » (affaire n° ICTR-99-52-T, Chambre de première instance, jugement du 3 décembre 2003, *Recueil des ordonnances, décisions, jugements et arrêts 2003*, vol. 1, p. 1115, par. 1076). Voir aussi Schabas, « Customary law or "judge-made" law », par. 84 et 85.

<sup>140</sup> *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, par. 288; voir également par. 287 et 289 à 292. Voir aussi *Le Procureur c. Mladen Naletilić, alias « Tuta », et Vinko Martinović, alias « Štela »*, affaire n° IT-98-34-A, Chambre d'appel, arrêt du 3 mai 2006, opinion individuelle et partiellement dissidente du juge Schomburg, par. 15; *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, affaire n° IT-95-14/2-A, Chambre d'appel, arrêt du 17 décembre 2004, par. 66; *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vuković*, affaires n°s IT-96-23 et IT-96-23/1-A, Chambre d'appel, arrêt du 12 juin 2002, par. 98 (note 114); *Le Procureur c. Stanislav Galić*, affaire n° IT-98-29-A, Chambre d'appel, arrêt du 30 novembre 2006, par. 86 à 98, et opinion individuelle et partiellement dissidente du juge Schomburg, par. 7 à 21.

<sup>141</sup> *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et al.*, affaire n° IT-95-16-T, Chambre de première instance, jugement du 14 janvier 2000, *Recueils judiciaires 2000*, vol. 2, p. 1741, par. 527. Voir aussi Zahar, « Civilizing civil war: writing morality as law at the ICTY ».

<sup>142</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, par. 109 (note 129) et par. 303; *Le Procureur c. Zejnil Delalić Zdravko Mucić alias « Pavo », Hazim Delić, Esad Landžo alias « Zenga »*, affaire n° IT-96-21-T, Chambre de première instance, jugement du 16 novembre 1998, par. 452 à 454; *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, affaire n° IT-95-14/2-A, Chambre d'appel, arrêt du 17 décembre 2004, par. 52 à 54; voir aussi *Le Procureur c. Stanislav Galić*, affaire n° IT-98-29-A, Chambre d'appel, arrêt du 30 novembre 2006, opinion individuelle du juge Shahabuddeen, par. 5.

<sup>143</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Mladen Naletilić, alias « Tuta », et Vinko Martinović, alias « Štela »*, affaire n° IT-98-34-T, Chambre de première instance, jugement du 31 mars 2003, par. 228, 250 et 336; *Le Procureur c. Tihomir Blaskić*, affaire n° IT-95-14-A, Chambre d'appel, arrêt du 29 juillet 2004, par. 145 à 148 et par. 157; *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vuković*, affaires n°s IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, Chambre de première instance, jugement du 22 février 2001, par. 466 à 486.

le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la Commission du droit international<sup>148</sup> pour considérer que «cette position ne reflète pas le droit international coutumier sur cette question<sup>149</sup>»; et dans *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, la Chambre de première instance a déclaré que «[l]a Convention sur le génocide est incontestablement considérée comme faisant partie du droit international coutumier, comme en témoigne l'avis consultatif rendu en 1951 par la Cour internationale de Justice sur les *Réserves à la Convention sur le génocide* et comme l'a d'ailleurs rappelé le Secrétaire général des Nations Unies dans son rapport sur la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie<sup>150</sup>».

73. En ce qui concerne les juridictions internationalisées, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, dans l'affaire *Norman*, a déclaré que la «formation de la coutume requiert à la fois la pratique des États et la conscience d'une obligation préexistante (*opinio juris*)», reprenant une formule empruntée selon laquelle «sans l'usage qui la concrétise, la conscience d'une obligation n'est que rhétorique. À l'inverse, sans *opinio juris*, la pratique des États n'est qu'habitude»<sup>151</sup>. En décidant que l'interdiction du recrutement d'enfants dans des forces armées était devenue une norme de droit international coutumier, le Tribunal a évoqué le nombre d'États dont la législation interdit l'enrôlement d'enfants [«presque tous les États [...] [...] depuis longtemps»], déclarant que, compte tenu du nombre considérable d'États qui étaient parties aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (185) ou avaient ratifié le Protocole additionnel aux Conventions de Genève

<sup>148</sup> *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 17, par. 50.

<sup>149</sup> *Ferdinand Nahimana et al. c. Le Procureur* (voir *supra* la note 146), par. 678, note 1614; voir aussi l'opinion partiellement dissidente du juge Shahabuddeen, qui, évoquant dans cette affaire la définition du crime de persécution figurant dans le jugement d'un tribunal militaire des États-Unis, a déclaré ceci: «C'est ce qui s'est passé dans un tribunal tenu immédiatement après la fin de la Seconde Guerre mondiale. En conséquence, comme c'est l'usage, l'affaire peut être considérée comme reflétant le droit international coutumier» (par. 13).

<sup>150</sup> *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, Chambre de première instance, jugement du 2 septembre 1998, *Recueil des ordonnances, décisions, jugements et arrêts 1998*, p. 297, par. 495; voir aussi *Le Procureur c. Juvénal Kajelijeli*, affaire dans laquelle le jugement *Tadić* a été cité à l'appui d'une «étude de la pratique internationale en la matière» concernant la conformité au droit international coutumier de la proposition selon laquelle une attaque doit être *widespread or systematic* («généralisée ou systématique») [affaire n° ICTR-98-44A-T, Chambre de première instance, jugement du 1<sup>er</sup> décembre 2003, *ibid.*, 2003, vol. I, p. 2121, par. 869 et note 1076]; et les termes employés par le juge Güney dans son opinion partiellement dissidente dans l'affaire *Sylvestre Gacumbitsi c. Le Procureur* (note 145 *supra*), qui a déclaré ceci: «[J]e suis préoccupé par le fait qu'en l'espèce, la majorité n'ait avancé aucun argument propre à démontrer que l'une quelconque de ces formes de commission est reconnue en droit international coutumier. De fait, je relève qu'elle n'a procédé à aucune analyse du droit international coutumier à l'effet d'établir que la «commission» peut s'étendre à des actes autres que la perpétration d'un crime par l'auteur lui-même ou la participation à une entreprise criminelle commune» (par. 6). Voir aussi *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana* (affaire n° ICTR-95-1-A, Chambre d'appel, arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2001, *ibid.*, 2001, vol. 2), où la Chambre d'appel, citant l'arrêt *Čelebeći*, a rappelé que «le principe du droit à un procès équitable fait partie du droit international coutumier» et est consacré dans «plusieurs instruments internationaux, notamment l'article 3 commun aux Conventions de Genève» (*ibid.*, p. 2171, par. 51).

<sup>151</sup> *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), arrêt du 31 mai 2004, par. 17; la citation est extraite de Swaine, «Rational custom», p. 567 et 568.

du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) [133]<sup>152</sup> et la Convention relative aux droits de l'enfant («tous les États sauf six»), il fallait considérer que les dispositions de ces instruments étaient largement acceptées comme normes de droit international coutumier (en ce qui concerne la dernière, «presque dès son entrée en vigueur»)<sup>153</sup>. Le Tribunal a considéré que «[l]orsqu'on examine la formation du droit international coutumier, «le nombre d'États prenant part à la pratique est un critère plus important [...] que la durée de la pratique»<sup>154</sup>». Il a par ailleurs déclaré que «[l]e droit coutumier, comme son nom l'indique, émane de la coutume. Or, la coutume prend du temps à se développer<sup>155</sup>».

74. Dans *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*<sup>156</sup>, la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, pour se prononcer sur le fait que l'interdiction du pillage, telle qu'elle ressort du droit international coutumier, n'inclut pas l'interdiction de la destruction sans motif non justifiée par les exigences militaires, a fait référence à l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, dans lequel la Cour a estimé que la pratique des États devait demeurer «fréquente et pratiquement uniforme» et s'être manifestée de manière à établir une *opinio juris*<sup>157</sup>. Le Tribunal a ensuite procédé à une analyse des différents éléments selon ce critère, sans toutefois indiquer clairement quels étaient, parmi les éléments mentionnés, ceux qui relevaient de la «pratique des États». Pour déclarer que l'interdiction du pillage et de la destruction sans motif ne justifient pas les exigences militaires «existait dans le droit international coutumier applicable aux conflits armés internes au moment des faits incriminés dans l'affaire», le Tribunal s'est appuyé sur une décision de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Hadžihasanović*<sup>158</sup>.

75. Dans une décision de 2010 portant sur le statut de l'entreprise criminelle commune dans le droit international coutumier, la Chambre préliminaire des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, faisant tout d'abord référence à l'Article 38,

<sup>152</sup> *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (voir *supra* la note 151), par. 18.

<sup>153</sup> *Ibid.*, par. 19.

<sup>154</sup> *Ibid.*, par. 49, citant Akehurst, «Custom as a source of international law», p. 16, et ajoutant la phrase du même auteur selon laquelle «le nombre d'États nécessaire pour créer une norme de droit coutumier varie en fonction du nombre d'États ayant des pratiques contraires à cette norme, et que même une pratique suivie par un très petit nombre d'États peut donner naissance à une norme de droit coutumier s'il n'existe pas de pratique contraire» (p. 18).

<sup>155</sup> *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (voir *supra* la note 151), par. 50. Voir aussi l'opinion dissidente du juge Robertson, p. 14 à 19.

<sup>156</sup> *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, affaire n° SCSL-04-14-A, arrêt du 28 mai 2008.

<sup>157</sup> *Ibid.*, par. 405. Voir aussi *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 43, par. 74.

<sup>158</sup> *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa* (voir *supra* la note 156), par. 390. Voir également Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović et Amir Kubura*, affaire n° IT-01-47-AR73.3, Chambre d'appel, décision relative à l'appel interlocutoire conjoint interjeté par la défense contre la décision de la Chambre de première instance relative aux demandes d'acquittement introduites en vertu de l'article 98 *bis* du règlement, arrêt du 11 mars 2005, par. 30 et 38.

paragraphe 1, du Statut de la Cour internationale de Justice puis aux affaires des *Pêcheries*<sup>159</sup> et du *Plateau continental de la mer du Nord*, a fait la déclaration suivante :

La Chambre préliminaire rappelle qu'une juridiction qui est appelée à considérer l'état du droit international coutumier pour déterminer l'existence de tel crime ou de telle forme de responsabilité doit vérifier l'existence et la nature « commune, uniforme et concordante » de la pratique ou de l'*opinio juris* des États en la matière. Cela signifie que ce que les États font et disent représente le droit. Une abondante pratique ne suffit pas, habituellement, à présumer de l'existence d'une *opinio juris* : « Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit ».<sup>160</sup>

La Chambre s'est ensuite appuyée sur des instruments internationaux, des affaires internationales et des textes faisant autorité pour déterminer que certaines catégories d'entreprise criminelle commune « étaient des formes reconnues par le droit international coutumier au moment des faits incriminés dans l'affaire 002 ». En ce qui concerne la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, la Chambre préliminaire a noté qu'il n'existait pas d'éléments « suffis[ants] [pour] établir que cette troisième catégorie relevait d'une pratique de d'une *opinio juris* constantes des États [pour pouvoir conclure que cette pratique était reconnue comme norme de droit international coutumier] au moment des faits concernés par le dossier n° 002 »<sup>161</sup>. La Chambre de première instance a « souscrit fondamentalement » à cette constatation<sup>162</sup> et, ayant procédé à sa propre analyse des affaires internationales, a estimé que les « co-procureurs [n'étaient] pas parvenus à établir que la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune faisait partie du droit international coutumier entre 1975 et 1979 »<sup>163</sup>.

76. Le Tribunal spécial pour le Liban, constatant qu'« une règle coutumière s'est développée dans la communauté internationale en matière de terrorisme », a estimé que, pour affirmer qu'une telle règle existe, il fallait « démontrer que la pratique exigée et l'*opinio juris seu necessitatis* sont réunies, à savoir l'opinion juridique selon laquelle il est nécessaire et de fait obligatoire de juger et de punir les auteurs d'actes de terrorisme »<sup>164</sup>. En invoquant la « notion de coutume internationale, telle qu'exposée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Plateau*

*continental*<sup>165</sup> », le Tribunal a, en introduction de son analyse des éléments pertinents, déclaré ce qui suit : « Comme on le verra, un certain nombre de traités, de résolutions des Nations Unies, et de pratiques législatives et judiciaires étatiques manifestent la formation d'une *opinio juris* générale au sein de la communauté internationale, suivie par une pratique conforme à cette *opinio*, dont il résulte qu'une règle coutumière de droit international relative au crime international de terrorisme, au moins *en temps de paix*, s'est effectivement dégagée »<sup>166</sup>. Il a ajouté que « pour établir au-delà de tout doute l'existence d'une règle coutumière de droit international[,] [i]l convient notamment d'examiner le comportement des États, prenant la forme d'accords relatifs à des traités internationaux dont la portée va au-delà de l'objet qu'ils visent à atteindre, de résolutions adoptées par d'importantes instances intergouvernementales comme l'Organisation des Nations Unies, et se traduisant également par la mise en œuvre par les États de lois nationales spécifiques et de décisions rendues par les tribunaux nationaux »<sup>167</sup>. Après avoir procédé à un examen détaillé de ces « éléments », le Tribunal a conclu qu'on pouvait dire « qu'il existe une pratique constante concernant la répression des actes de terrorisme, tels que communément définis, à tout le moins quand ces actes sont commis en temps de paix ; en outre, cette pratique fournit la preuve que les États ont la conviction que la répression du terrorisme répond à une nécessité sociale (*opinio necessitatis*), et est en conséquence rendue obligatoire par l'existence d'une règle qui l'exige (*opinio juris*) »<sup>168</sup>.

77. Les organes de règlement des différends de l'OMC ont eu, de temps à autre, à se pencher sur la question de l'identification de règles du droit international coutumier<sup>169</sup>. Les affaires dans lesquelles cela s'est produit montrent que, pour déterminer si une certaine règle de droit international coutumier s'était formée, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel accordaient une importance fondamentale aux éléments classiques de la coutume que sont la pratique étatique et l'*opinio juris*, même s'ils ont généralement évité de procéder à leur propre analyse de ces éléments.

<sup>165</sup> Ibid., par. 102.

<sup>166</sup> Ibid., par. 85.

<sup>167</sup> Ibid., par. 87.

<sup>168</sup> Ibid., par. 102.

<sup>169</sup> L'examen de la mesure dans laquelle les organes de règlement des différends de l'OMC peuvent appliquer les règles de la coutume internationale dépasse le cadre de la présente étude. On pourra se reporter à cet égard au rapport du Groupe spécial, *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163/R, 1<sup>er</sup> mai 2000, par. 7.96 (où le Groupe dit : « En d'autres termes, dans la mesure où il n'y a pas de conflit ni d'incompatibilité, ni d'expression dans un accord visé de l'OMC donnant à entendre qu'il en va autrement, nous estimons que les règles coutumières du droit international s'appliquent au traité de l'OMC et au processus d'élaboration des traités à l'OMC »); voir également Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, p. 13 à 21; Pauwelyn, « The role of public international law in the WTO: how far can we go? », p. 542 et 543; Mohd Zin et Kazi, « The role of customary international law in the World Trade Organization (WTO) disputes settlement mechanism », p. 245 à 248; Lindroos et Mehling, « Dispelling the chimera of "self-contained regimes": international law and the WTO », p. 869 à 873; Palmeter et Mavroidis, « The WTO legal system: sources of law »; et observations de Joel P. Trachtman sur les commentaires de Joost Pauwelyn, « The jurisdiction of the World Trade Organization is limited to trade », *The American Society of International Law, Proceedings of the 98th Annual Meeting*, Washington, 2004, p. 139 à 142.

<sup>159</sup> *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, C.I.J. Recueil 1951, p. 116.

<sup>160</sup> Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, dossier n° 002/19-09-2007-CETC-CP/BCJI (CP38), décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010, par. 53.

<sup>161</sup> Ibid., par. 77; ici, la Chambre préliminaire a examiné les éléments sur lesquels le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'était fondé dans l'arrêt *Tadić* et a estimé qu'ils « ne constitu[ient] pas une assise suffisamment solide pour conclure à l'existence de l'entreprise criminelle commune élargie en droit international coutumier à l'époque des faits intéressants le dossier n° 002 » (par. 83). Voir également les paragraphes 75 et 76 ainsi que les paragraphes 78 à 82.

<sup>162</sup> Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, dossier n° 002/19-09-2007/ECCC/TC, décision relative à l'applicabilité de la théorie de l'entreprise criminelle commune devant les CETC, 12 septembre 2011, par. 29.

<sup>163</sup> Ibid., par. 38.

<sup>164</sup> Tribunal spécial pour le Liban, affaire n° STL-11-01/1, décision préjudicielle sur le droit applicable: terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, Chambre d'appel, 16 février 2011, par. 102 et 104.

a) Dans l'affaire *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, l'Organe d'appel s'est appuyé sur des arrêts de la Cour internationale de Justice, de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ainsi que sur la doctrine des internationalistes, pour affirmer que la «règle générale d'interprétation» énoncée dans la Convention de Vienne de 1969 était «devenue une règle du droit international coutumier ou général»<sup>170</sup>. Dans l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, l'Organe d'appel s'est contenté de déclarer qu'il «ne fait aucun doute que l'article 32 de la Convention de Vienne, qui traite du rôle des moyens complémentaires d'interprétation, [...] est également devenu une » règle du droit international coutumier ou général, tout en citant abondamment la jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans la note correspondante<sup>171</sup>.

b) Dans l'affaire *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, l'Organe d'appel s'est penché sur la question de savoir si le principe de précaution était devenu «un principe général du droit international coutumier» (avant de finalement décider qu'il était superflu qu'il prenne position en la matière) et relevé que le «statut du principe de précaution dans le droit international continue de faire l'objet de débats parmi les universitaires, les professionnels du droit, les hommes de loi et les juges». Dans la note correspondante, il a cité une série d'auteurs défendant ou réfutant l'idée selon laquelle la pratique des États était suffisamment développée pour donner naissance à une règle de droit international coutumier. Il a également fait observer que la Cour internationale de Justice n'avait pas estimé que ce principe faisait partie des normes qui devaient être prises en considération<sup>172</sup>.

c) Dans l'affaire *Corée – Mesures affectant les marchés publics* (dont l'Organe d'appel n'a pas été saisie), le Groupe spécial a expliqué, au sujet de l'article 48 de la Convention de Vienne de 1969, que la notion d'erreur relative à un traité «est apparue dans le droit international coutumier par le biais de la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de Justice» avant d'être codifiée par la Convention et que «[p]uisque cet article est tiré en grande partie de la jurisprudence des juridictions pertinentes, la [Cour permanente de Justice internationale] et la [Cour internationale de Justice], il n'est guère douteux qu'il représente actuellement le droit international coutumier»<sup>173</sup>. Dans une note, le Groupe a également déclaré que l'article 65 de la Convention «ne semble pas faire partie des dispositions de la Convention de Vienne qui appartiennent maintenant au droit international coutumier», se contentant toutefois en guise d'explication de citer une affaire de la

Cour européenne de justice, dans laquelle celle-ci a fait également une déclaration très succincte<sup>174</sup>.

78. Dans d'autres affaires, les organes de l'OMC se sont prononcés sur l'existence de règles de droit international coutumier sans toutefois donner d'explications ou citer de références à cet effet. Ainsi, dans l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, l'Organe d'appel a indiqué que, «en droit international coutumier ou suivant la pratique des tribunaux internationaux, [il] ne [voit] rien qui empêche un Membre de l'OMC de déterminer la composition de sa délégation dans la procédure de l'Organe d'appel»<sup>175</sup>.

79. La jurisprudence des tribunaux arbitraux interétatiques, des tribunaux arbitraux constitués en application de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, des tribunaux ad hoc, comme le Tribunal des différends irano-américains ou la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie, et des tribunaux arbitraux chargés de juger des affaires d'investissement<sup>176</sup>, devra également être examinée aux fins de l'étude du présent sujet.

## 2. JURIDICTIONS RÉGIONALES

80. Il arrive aussi assez souvent que des juridictions régionales soient amenées à se prononcer sur l'existence d'une règle de droit international coutumier, en particulier en rapport avec l'interprétation et l'application des traités qu'elles sont chargées de faire respecter.

81. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en 2009 sur l'interprétation de l'article 55 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a notamment dû se prononcer sur la question de savoir si le droit de nommer des juges ad hoc dans les affaires contentieuses introduites par une requête individuelle avait acquis le statut de norme coutumière. Partant de la définition de la coutume internationale donnée à l'Article 38, paragraphe 1 b, du Statut de la Cour internationale de Justice, la Cour s'est fondée sur plusieurs affaires de la Cour internationale de Justice et la doctrine de publicistes pour déclarer ceci :

À cet égard, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice ainsi que la doctrine internationale ont indiqué que cette source de droit se composait de deux éléments : un élément objectif, qui est l'existence d'une pratique généralisée, constante et uniforme des États (*usus* ou *diuturnitas*), et un élément subjectif, qui est la conviction qu'ont les États que ladite pratique constitue une norme juridique (*opinio juris sive necessitatis*)<sup>177</sup>.

<sup>170</sup> Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996, p. 18 et 19.

<sup>171</sup> Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, p. 12 et note 17.

<sup>172</sup> Rapport de l'Organe d'appel, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998, par. 123.

<sup>173</sup> Rapport du Groupe spécial, *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163/R, 1<sup>er</sup> mai 2000, par. 7.123 ; voir également le paragraphe 7.126.

<sup>174</sup> Ibid., par. 7.126, note 769 (où il cite *A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz*, affaire C-162/96, arrêt du 16 juin 1998, *Recueil de jurisprudence* 1998, p. I-3655, à la page I-3708, par. 59).

<sup>175</sup> Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997, par. 10 (où il se réfère à une décision antérieure datée du 15 juillet 1997).

<sup>176</sup> Voir également Cai, «International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law» ; et Milano, «The investment arbitration between Italy and Cuba: the application of customary international law under scrutiny».

<sup>177</sup> Article 55 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, avis consultatif OC-20/09 du 29 septembre 2009, Série A n° 20, p. 54 et 55, par. 48.

82. Il est également arrivé que la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme appliquent des règles de droit international coutumier<sup>178</sup>. Ainsi, dans la décision sur la recevabilité qu'elle a rendue dans l'affaire *Van Anraat c. Pays-Bas*, la Cour européenne des droits de l'homme a, après avoir longuement cité les affaires *Plateau continental de la mer du Nord* et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*<sup>179</sup>, déclaré ceci :

Il est possible qu'une disposition conventionnelle devienne du droit coutumier international, pour autant qu'elle possède un caractère fondamentalement normatif qui lui permette, tout au moins potentiellement, de donner naissance à une règle de droit générale, qu'elle s'appuie sur une pratique étatique abondante et qu'il soit avéré que cette pratique est considérée comme obligatoire et imposée par une règle de droit (*opinio juris sive necessitatis*)<sup>180</sup>.

### 3. JURIDICTIONS INTERNES

83. Le Rapporteur spécial continue d'interroger l'approche suivie par les juridictions internes pour identifier des règles de droit coutumier international, et tente de recueillir des informations sur ce sujet, en particulier en prévision de son deuxième rapport, qu'il mettra en chantier début 2014. L'abondante doctrine sur le sujet fournit de précieuses informations<sup>181</sup>.

84. De nombreux enseignements peuvent certainement être tirés de la manière dont les juridictions internes procèdent, mais il convient de garder à l'esprit que chacune d'entre elles opère dans les limites de son propre ordre (constitutionnel) interne et que l'application qu'elle peut faire du droit international coutumier est déterminée par le droit interne. En outre, les juges ne sont pas forcément des spécialistes du droit international public, et n'ont peut-être même pas reçu de formation en la matière, et peuvent être enclins à suivre la position de leur État quant à la reconnaissance de telle ou telle règle de droit international coutumier, sans compter qu'ils peuvent hésiter (peut-être à bon escient) à faire œuvre de développement du droit<sup>182</sup>.

<sup>178</sup> Voir les interventions du juge Malenovský, de la Cour de justice de l'Union européenne, dans «Le juge et la coutume internationale: perspective de l'Union européenne et de la Cour de justice», et du juge Ziemele, de la Cour européenne des droits de l'homme, dans «Customary international law in the case law of the European Court of Human Rights – The method».

<sup>179</sup> *Van Anraat v. The Netherlands*, n° 65389/09, décision sur la recevabilité, 6 juillet 2010, par. 35 et 36 et 87 à 92.

<sup>180</sup> *Ibid.*, par. 88.

<sup>181</sup> Voir, par exemple, Stirn, Président de la section du contentieux du Conseil d'État (France), «La place de la coutume internationale en droit public français», et Paulus, juge à la Cour constitutionnelle fédérale (Allemagne), «The judge and international custom» [voir également *Non-State Actors and International Law*, 4 (2004)]; et Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*.

<sup>182</sup> Lord Hoffman, dans ses conclusions devant la Chambre des lords dans les affaires *Jones et Mitchell*, s'est appuyé sur des commentaires de l'arrêt *Ferrini* de la Cour suprême italienne, laissant entendre que celle-ci avait «fait primer les valeurs incarnées par l'interdiction de la torture sur les valeurs et les règles de l'immunité de l'État», et déclaré que, «si cette affaire avait porté sur le droit interne, cette position aurait probablement été qualifiée de “militante” par certains alors qu'elle rentrait parfaitement dans le cadre de la fonction judiciaire, mais [que] la même approche ne pouvait être suivie en droit international puisque celui-ci reposait sur le commun accord des pays et [qu']il n'appartenait donc pas à une juridiction interne de “développer” le droit international en adoptant, de manière unilatérale, une version de ce droit qui, aussi souhaitable, prospective et empreinte de valeurs qu'elle soit, ne serait

85. Il est utile à ce stade de se référer à un certain nombre de décisions notoires qui ont trait au sujet considéré. L'examen de ces décisions montre que, d'une manière générale, les juridictions internes<sup>183</sup> suivent la méthode employée par la Cour internationale de Justice.

a) Les juridictions du Royaume-Uni ont cherché à identifier des règles de droit international coutumier à de nombreuses reprises. Elles ont généralement eu tendance à suivre la méthode de la Cour internationale de Justice, mais se sont rarement étendues sur la question dans leurs décisions<sup>184</sup>. Dans une affaire récente, un juge de la Haute Cour (suivant en cela la position du Gouvernement) a considéré que l'interdiction de la torture était une règle de *jus cogens* et cité à cet effet l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, sans toutefois pouvoir établir l'existence d'une règle de droit international coutumier interdisant l'application en droit interne d'une règle de prescription aux actions civiles<sup>185</sup>. Pour parvenir à cette conclusion, le juge McCombe s'est appuyé sur une décision qu'il avait rendue antérieurement dans la même affaire, où il avait déclaré que, «[p]our établir l'existence d'une règle de droit international coutumier (comme celle dont le requérant affirmait l'existence), il conv[enait] de prouver que la pratique étatique pertinente était “fréquente et pratiquement uniforme” (*Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la page 44, par. 74 et 77)»<sup>186</sup>. Dans l'affaire *R. c. Jones (Margaret)*, la Chambre des lords a considéré qu'à la fin du XX<sup>e</sup> siècle l'agression était devenue un crime de droit international coutumier et, pour parvenir à cette conclusion, Lord Bingham s'est fondé sur toute une série de documents qu'il estimait être des «sources clefs»<sup>187</sup>, comme des projets de traités, des résolutions d'organisations internationales, les travaux de la Commission du droit international, l'arrêt de 1986 relatif aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* de la Cour internationale de Justice et la doctrine de Brownlie<sup>188</sup>.

tout simplement pas acceptée par les autres États]» [*Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya; Mitchell and others v. Al-Dali and others and Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya* (2006) UKHL 26, par. 63]. À l'inverse, d'autres ont estimé que les juges internes avaient un rôle important à jouer dans le développement du droit international coutumier (Roberts, «Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law»).

<sup>183</sup> Wildhaber et Breitenmoser, «The relationship between customary international law and municipal law in Western European Countries», p. 163.

<sup>184</sup> Par exemple, dans une affaire portant sur les règles du droit international coutumier applicables aux missions spéciales, la cour divisionnaire s'est bornée à noter que les parties s'étaient mises d'accord pour que, «conformément à la coutume internationale, M. Khurts Bat bénéficie de l'inviolabilité de sa personne et d'une immunité de juridiction, pour autant que le Royaume-Uni donne son consentement préalable, lorsqu'il se rendrait en mission spéciale dans ce dernier pays pour le compte de la Mongolie»: *Khurts Bat v. The Investigating Judge of the German Federal Court*, (2011) EWHC 2029 (Admin); All ER (D) 293; ILR, vol. 147 (2012), par. 22.

<sup>185</sup> *Mutua and others v. The Foreign and Commonwealth Office*, [2012] EWHC 2678 (QB), par. 154 à 159.

<sup>186</sup> *Mutua and others v. The Foreign and Commonwealth Office*, [2011] EWHC 1913 (QB), par. 87.

<sup>187</sup> [2006] UKHL 16; [2007] 1 AC 136, par. 13.

<sup>188</sup> *Ibid.*, par. 13 à 19. Voir également *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport*, [2004] UKHL 55, par. 23 (Lord Bingham); *Binyan Mohamed* [2009] 1 W.L.R. 2579, p. 164 (Lord Bingham).

b) Dans l'affaire *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor* (2010), la Cour suprême de Singapour a déclaré que la pratique étatique n'était pas suffisamment abondante et uniforme pour soutenir l'assertion selon laquelle la peine de mort automatique était une peine inhumaine au regard du droit international coutumier actuel<sup>189</sup>. Citant le Statut de la Cour internationale de Justice et plusieurs arrêts de la Cour pour déterminer les règles de l'identification du droit international coutumier, la Cour a expliqué qu'une règle n'acquiescerait le statut de coutume internationale que lorsqu'on était en présence d'une pratique abondante et quasiment uniforme de tous les États fondée sur l'*opinio juris*<sup>190</sup>. Elle a également expliqué que les décisions judiciaires et la doctrine pouvaient servir de « moyens subsidiaires pour établir l'existence d'une coutume internationale<sup>191</sup> ».

c) Dans l'affaire *Winicjusz v. Federal Republic of Germany*, la Cour suprême polonaise a été amenée à se demander si le droit international coutumier prévoyait une dérogation à l'immunité de l'État pour des faits dommageables commis par des forces armées sur le territoire de l'État du for. Elle a expliqué que l'existence d'une règle de droit international coutumier devait être établie sur la base de l'Article 38, paragraphe 1 b, du Statut de la Cour internationale de Justice, ce qui voulait dire que deux conditions devaient être réunies,

1) la répétition généralisée par les États des mêmes comportements durant un laps de temps donné (pratique étatique) et 2) le sentiment que ce comportement était dicté par une obligation juridique (*opinio juris*). [...] un certain nombre d'instruments juridiques pertinents peuvent être utilisés pour établir l'existence d'une telle règle, au nombre desquels la Convention européenne sur l'immunité des États (la « Convention de Bâle »), les conventions des Nations Unies, la jurisprudence des juridictions internationales, les décisions des juridictions internes, le droit étranger et la doctrine<sup>192</sup>.

S'appuyant sur un nombre considérable d'informations, la Cour a finalement déclaré qu'une règle de droit international coutumier introduisant une dérogation à l'immunité des États en cas de violation grave des droits de l'homme (y compris en période de conflit armé) n'avait pas encore vu le jour car « cette pratique était loin d'être universelle<sup>193</sup> », mais que, au vu de la pratique de certains États, il se pouvait qu'une nouvelle dérogation de ce type soit en cours de formation.

d) Dans l'affaire *Kaunda and others v. President of the Republic of South Africa and others* (2004), la Cour constitutionnelle sud-africaine s'est appuyée sur

<sup>189</sup> *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, ILR, vol. 43, p. 418, par. 98. Citant abondamment une étude détaillée sur la peine de mort dans le monde, la Cour a expliqué que « même si la plupart des États de la communauté internationale n'impos[ai]ent pas la peine de mort automatique pour trafic de drogues, cela ne [voulait] pas dire que l'interdiction de la peine de mort automatique [était] une règle de droit international coutumier car le fait qu'une majorité d'États suive une règle particulière ne [voulait] pas dire qu'on [était] en présence d'une pratique abondante et quasiment uniforme suivie par tous les États » (p. 417, par. 96).

<sup>190</sup> Ibid., p. 418, par. 98.

<sup>191</sup> Ibid., p. 417, par. 97.

<sup>192</sup> *Winicjusz v. Federal Republic of Germany*, Cour suprême (chambre civile), affaire n° CSK 465/09, 29 octobre 2010; voir également *Polish Yearbook of International Law*, vol. 30 (2010), p. 299 à 303.

<sup>193</sup> Ibid., p. 303.

un rapport de la Commission du droit international pour affirmer que, d'après la pratique généralisée des États, la protection diplomatique n'avait pas le statut de droit de l'homme et qu'il n'existait donc pas de règle de ce type en droit international coutumier<sup>194</sup>. Le juge Ngcobo a précisé, dans une opinion individuelle, ce qui suit :

148. L'une des plus grandes ironies du droit international coutumier est qu'il émane de la pratique des États, mais qu'il arrive que les États refusent de reconnaître l'existence d'une règle de droit international coutumier au motif qu'une certaine pratique n'est pas suffisamment développée pour donner naissance à une telle règle et empêchent ainsi cette pratique d'accéder au statut de coutume internationale.

149. La pratique consistant à obliger un État à offrir sa protection diplomatique à l'un de ses nationaux lésés ou risquant de l'être par le fait d'un État étranger, si ce national en fait la demande, est la victime de cette ironie. De nombreux pays ont inscrit cette obligation dans leur constitution, mais le fait de conférer à cette pratique le caractère de règle du droit international coutumier continue de rencontrer une certaine résistance. Cette question relève désormais du développement progressif du droit international<sup>195</sup>.

e) L'affaire *Paquete Habana* (1900) continue d'être la référence dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis pour savoir quelles sont les sources sur lesquelles elle se fonde pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier. Pour parvenir à la conclusion qu'« un usage séculaire des nations civilisées, qui voulait que les bateaux de pêche côtière, ainsi que leur cargaison et leur équipage, ne puissent être capturés comme prise de guerre puisqu'ils avaient pour vocation de capturer et ramener du poisson frais, avait progressivement donné naissance à une règle de droit international », la Cour a analysé « l'origine historique de la règle, depuis les sources les plus anciennes, et en a retracé toute l'évolution, avec les retours en arrière occasionnels, pour finalement décréter qu'elle avait abouti à sa forme définitive<sup>196</sup>. Elle a, pour ce faire, passé en revue les actes des gouvernements (décrets, traités ou jugements) ainsi que « la doctrine et les travaux de juristes, qui, grâce à des années de labeur, de recherches et d'expérience, s'étaient familiarisés avec les sujets sur lesquels ils écrivaient [...] et pouvaient donc former une opinion fiable sur l'état du droit<sup>197</sup> », et s'est finalement prononcée à l'issue de l'« examen de la jurisprudence et de la doctrine en la matière<sup>198</sup> ».

f) En 2007, la Cour suprême salvadorienne a abordé la question de la formation du droit international coutumier dans une affaire portant sur la constitutionnalité d'un article du Code de travail salvadorien au regard du droit à un salaire minimum. Dans le cadre de son examen de la valeur juridique d'une déclaration internationale par rapport à un traité international, la Cour a relevé ceci :

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

<sup>194</sup> *Kaunda and others v. President of the Republic of South Africa and others*, affaire n° CCT 34/04, 4 août 2004, ILR, vol. 136, p. 462 et 463, par. 25 à 29.

<sup>195</sup> Ibid., p. 496.

<sup>196</sup> *Paquete Habana*, *United States Reports*, vol. 175 (1900), p. 686.

<sup>197</sup> Ibid., p. 700.

<sup>198</sup> Ibid., p. 708.

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]<sup>199</sup>.

g) Dans l'affaire *Margellos and Others v. Federal Republic of Germany* (2002), la Cour suprême grecque s'est référée à l'Article 38, paragraphe 1, du Statut de la Cour internationale de Justice et a déclaré ce qui suit :

Pour établir l'existence de telles règles [c'est-à-dire des règles de droit international généralement acceptées], il est nécessaire d'établir l'existence d'une pratique généralisée montrant que les membres de la communauté internationale [sic] avaient accepté que la règle en question avait acquis un caractère obligatoire<sup>200</sup>.

Elle a également fait remarquer que

pour établir l'existence d'une telle règle, il convenait de se fonder sur les sources pertinentes, telles que les conventions internationales, les actes et correspondances des organisations internationales, les décisions des juridictions internationales et nationales, les textes de loi des États, la correspondance diplomatique, la doctrine des organisations internationales et des États et les textes codifiés des organisations internationales et des commissions et instituts du droit international. Ces données devaient être examinées individuellement et dans leur totalité<sup>201</sup>.

Au vu de toutes les informations que lui avait communiquées l'Institut hellénique de droit international et étranger, des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour internationale de Justice, des instruments internationaux, tels que les textes produits par la Commission, de la jurisprudence des tribunaux internes, de la législation des États et de la doctrine, la Cour a estimé que, à l'époque, l'état de développement du droit international faisait que l'État allemand jouissait d'une immunité de juridiction pour les faits dommageables commis par des forces armées allemandes (en l'espèce, ceux qui auraient été commis dans un village grec en 1944)<sup>202</sup>.

h) Dans l'affaire *Argentine Necessity* (2007), la Cour constitutionnelle fédérale allemande a été amenée à se prononcer sur la question de savoir s'il existait une « règle générale de droit international<sup>203</sup> » qui permette à un État d'invoquer l'état de nécessité décrété en raison d'une impossibilité de payer pour refuser temporairement de faire droit aux demandes de paiement introduites par des particuliers sur le fondement du droit privé. Elle a commencé par rappeler qu'une règle n'avait la qualité de coutume internationale ou de principe général du droit que lorsqu'il en était ainsi d'après le droit international, qui seul pouvait préciser quelles étaient les caractéristiques

d'une source de droit international<sup>204</sup>. Elle a ensuite expliqué ce qui suit :

L'invocation de l'état de nécessité est admise en droit international coutumier dans les rapports juridiques exclusivement régis par le droit international, mais rien ne prouve l'existence d'une pratique étatique fondée sur l'*opinio juris sive necessitatis* qui permette d'étendre la justification de l'état de nécessité aux rapports régis par le droit privé impliquant des créanciers privés<sup>205</sup>.

Pour étayer ses deux propositions, la Cour s'est appuyée sur des documents juridiques internes et internationaux, du type travaux de la Commission sur la responsabilité de l'État (en particulier le projet d'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite<sup>206</sup>, considérant qu'il s'agissait du droit international coutumier applicable d'après la doctrine et l'avis des cours et tribunaux internationaux<sup>207</sup>), arrêts de la Cour internationale de Justice et d'autres tribunaux internationaux, jurisprudence des juridictions internes et doctrine<sup>208</sup>. La Cour a montré que l'existence d'une pratique étatique suffisamment uniforme devait être établie afin de conclure à l'existence d'une norme de droit international coutumier<sup>209</sup>.

#### D. Travaux d'autres organes

86. Comme la Commission du droit international, l'Association de droit international et l'Institut de droit international, tous deux créés en 1887, se sont penchés sur la formation du droit international coutumier dans le cadre de leurs travaux. Et, comme elle, ils n'ont que rarement été amenés à s'attaquer directement aux problèmes soulevés par cette question (l'Association ayant toutefois mené des travaux sur ce sujet de 1984 à 1986 et en 2000, ainsi qu'il est exposé aux paragraphes 89 à 91 plus bas).

87. Aux termes de ses Statuts, l'Institut a pour but de « favoriser le progrès du droit international<sup>210</sup> ». Entre autres sujets, il s'est récemment penché sur les problèmes découlant d'une succession de conventions de codification, notamment au regard des relations entre droit

<sup>204</sup> Ibid., p. 10.

<sup>205</sup> Ibid.

<sup>206</sup> *Annuaire... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76.

<sup>207</sup> *Argentine Necessity*, affaire n° 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, 8 mai 2007, ILR, vol. 138, p. 11.

<sup>208</sup> Ibid. Pour parvenir à la conclusion que l'analyse de la jurisprudence interne sur la question de l'état de nécessité n'était pas concluante car les décisions étaient trop divergentes pour affirmer que l'invocation de l'état de nécessité dans les rapports régis par le droit privé était consacrée par la coutume (p. 17), la Cour s'est fondée sur un rapport d'expert examinant la pratique des juridictions nationales sur la question au lieu de mener sa propre analyse.

<sup>209</sup> Ibid. On retrouve une référence à la centralité de la pratique étatique dans l'opinion dissidente du juge Lubbe-Wolff [où il fait référence aux preuves de la pratique étatique, sur laquelle se fonde la validité de l'état de nécessité en droit coutumier (p. 26)].

<sup>210</sup> Institut de droit international, voir l'*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. I (1877), p. 1, et le site Web de l'Institut : [www.idi-iil.org](http://www.idi-iil.org). L'article 1 des Statuts de l'Institut dispose notamment que l'Institut a pour but de « favoriser le progrès du droit international : a) en travaillant à formuler les principes généraux de la science de manière à répondre à la conscience juridique du monde civilisé ; b) en donnant son concours à toute tentative sérieuse de codification graduelle et progressive du droit international ; c) en poursuivant la consécration officielle des principes qui auront été reconnus comme étant en harmonie avec les besoins des sociétés modernes [...] ».

<sup>199</sup> Cour suprême, affaire n° 26-2006 (12 mars 2007), p. 14 et 15 (partie VI.2.A).

<sup>200</sup> *Margellos and Others v. Federal Republic of Germany*, arrêt n° 6/2002, 17 septembre 2002, ILR, vol. 129, p. 528, par. 9 (l'expression « communauté internationale » n'est pas une traduction fidèle de l'original ; la traduction exacte devrait être « ordre juridique international »).

<sup>201</sup> Ibid.

<sup>202</sup> Ibid., p. 529 à 533, par. 12 à 15. Dans le dispositif, la Cour a estimé qu'il existait une règle de droit international généralement acceptée qui voulait qu'un État étranger ne puisse être poursuivi devant les juridictions d'un autre État pour réparation d'un préjudice causé dans l'État du for à la commission duquel les forces armées de l'État défendant auraient participé, d'une manière ou d'une autre, que ce soit en temps de guerre ou de paix (p. 533).

<sup>203</sup> *Argentine Necessity*, affaire n° 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, 8 mai 2007, ILR, vol. 138, p. 1. L'expression « règles générales du droit international » est une expression utilisée à l'article 25 de la Loi fondamentale de la République fédérale allemande ; elle englobe le droit international coutumier et les principes généraux de droit.

conventionnel et droit coutumier. Sa conclusion 2 (« Effet des dispositions de codification ») est libellée comme suit :

Une convention de codification peut contenir des dispositions (ci-après dénommées « dispositions de codification ») qui sont déclaratoires d'une coutume internationale, ou qui servent à cristalliser des règles de droit coutumier, ou qui peuvent contribuer à la création de nouvelles règles de droit coutumier conformément aux critères dégagés par la Cour internationale de Justice<sup>211</sup>.

88. L'Institut s'est également penché sur l'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels<sup>212</sup>. Les conclusions qu'il a formulées concernant « [la] fonction ou [la] vocation normative » des résolutions de l'Assemblée générale sont d'un grand intérêt au regard du présent sujet.

89. Les travaux menés par l'Association de droit international en 1984-1985 et en 2000 ont abouti à l'adoption, en 2000, de la Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général (assortie de commentaires)<sup>213</sup>. Cette déclaration, qui comporte 33 principes assortis de commentaires, a suscité dès le départ aussi bien l'enthousiasme que la critique<sup>214</sup>.

90. Le Comité de l'Association chargé d'examiner la question de la formation du droit international coutumier général, composé de membres éminents, a d'abord été présidé par M. Zemanek (Autriche) puis, à partir de 1993, par M. Mendelson (Royaume-Uni), qui en avait précédemment été le Rapporteur. Le premier rapport du Rapporteur, publié en 1986, dressait une liste de questions qui restent toujours d'actualité, proposait une approche de la question des modes de formation de la coutume et contenait un appendice consacré à la formation du droit international sous l'angle empirique<sup>215</sup>. Le deuxième rapport, publié en 1988, contenait un appendice consacré à la terminologie, et notamment à la définition de l'expression « droit international coutumier général »<sup>216</sup>. Les troisième et quatrième rapports traitaient respectivement de l'élément subjectif et de l'élément objectif du droit international coutumier<sup>217</sup>.

<sup>211</sup> Ibid., vol. 66-II (session de Lisbonne, 1995), p. 436, « Problèmes découlant d'une succession de conventions de codification du droit international sur un même sujet », résolution adoptée le 1<sup>er</sup> septembre 1995; voir aussi les conclusions 10, 12 et 13, p. 440 et 442, et les rapports de la Première Commission (Rapporteur: Sir Ian Sinclair).

<sup>212</sup> Ibid., vol. 62-II (session du Caire, 1987), p. 65, « L'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative », résolution adoptée le 17 septembre 1987; voir aussi ibid., vol. 61-I (session d'Helsinki, 1985), les rapports de la Treizième Commission (Rapporteur: Krzysztof Skubiszewski), p. 29.

<sup>213</sup> Déclaration de Londres (voir *supra* la note 30); voir *Report of the Sixty-Ninth Conference, 2000*, p. 39 et 712 à 777. Pour le débat en plénière, voir ibid., p. 922 à 926.

<sup>214</sup> Voir le compte rendu des travaux menés par le Comité à sa séance de travail du 28 juillet 2000, ibid., p. 778 à 790.

<sup>215</sup> Appendice au premier rapport du Rapporteur, « Formation of International Law and the Observational Standpoint » (« Formation du droit international et point de vue d'observation »), Association de droit international, *Report of the Sixty-Third Conference held at Warsaw, August 21st to August 27th, 1988*, p. 936.

<sup>216</sup> Ibid., p. 949. Voir aussi le débat qui s'est déroulé pendant la séance de travail du Comité du 26 août 1988, où de nombreux participants ont donné leur avis sur l'opportunité d'inclure le terme « général » dans le titre de la question (p. 960).

<sup>217</sup> Troisième rapport d'étape du Comité, *Report of the Sixty-Seventh Conference held at Helsinki, Finland, 12 to 17 August 1996*,

91. Dans son rapport final, le Comité commence par reconnaître les « difficultés inhérentes à l'établissement de règles en la matière ». Il énonce ensuite 33 principes (dont certains sont divisés en sous-principes), lesquels, avec les commentaires dont ils sont assortis, constituent la Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général<sup>218</sup>. Cette déclaration est divisée en cinq parties: I. Définitions; II. Élément objectif (pratique des États); III. Élément subjectif; IV. Rôle des traités dans la formation du droit coutumier international; et V. Rôle des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et des conférences internationales dans la formation du droit international coutumier. Y sont examinés les sujets suivants: terminologie; types d'actes qui constituent la pratique des États; définition de l'« État » au regard du concept de la pratique des États; pratique des organisations intergouvernementales; densité de la pratique; élément subjectif (*opinio juris*); rôle des traités et rôle des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et des conférences internationales. Le Rapporteur spécial évoquera au besoin dans de futurs rapports les principes et commentaires figurant dans la Déclaration et les observations qu'ils ont suscitées.

92. Le projet du CICR sur le droit international humanitaire coutumier entrepris en 1995 a abouti, près de dix ans plus tard et à l'issue de recherches approfondies et de maintes consultations, à la publication de l'étude intitulée *Droit humanitaire international coutumier*<sup>219</sup>. Comme l'a expliqué un des auteurs, « [p]our établir l'existence d'une règle de droit international coutumier, [on] a recouru à une méthode classique, définie par la Cour internationale de Justice, en particulier dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* », méthode qui a consisté à sélectionner et à recenser la pratique des États avant de l'envisager à l'aune de l'*opinio juris*<sup>220</sup>. Cette étude a donné lieu à de nombreux débats<sup>221</sup> et sa publication a suscité de vives réactions de la part tant des praticiens<sup>222</sup>

Londres, 1996, p. 623 à 646; quatrième rapport d'étape du Comité, *Report of the Sixty-Eighth Conference held in Taipei, 24-30 May 1998*, Londres, 1998, p. 321 à 335. Les cinquième et sixième rapports d'étape ont été incorporés au rapport final (*Report of the Sixty-Ninth Conference held in London, 25-29th July 2000*, Londres, 2000, p. 712).

<sup>218</sup> Voir *supra* le paragraphe 7 et la note 9.

<sup>219</sup> Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1: Règles, et vol. 2 (en anglais seulement): *Practice*. Voir également *supra* le paragraphe 52.

<sup>220</sup> Henckaerts, « Étude sur le droit international humanitaire coutumier: une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », p. 293; voir aussi l'introduction de l'étude.

<sup>221</sup> Wilmshurst et Breau, *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*; Maybee et Chakka, *Custom as a Source of International Humanitarian Law: Proceedings of a Conference to Mark the Publication of the ICRC Study*; Tavernier et Henckaerts, *Droit international humanitaire coutumier: enjeux et défis contemporains*.

<sup>222</sup> Voir, par exemple, Meron, « Revival of customary humanitarian law », p. 833 et 834; Aldrich, « Customary international humanitarian law: an interpretation on behalf of the International Committee of the Red Cross »; Dinstein, « The ICRC customary international humanitarian law study »; Bothe, « Customary international humanitarian law: some reflections on the ICRC study »; MacLaren et Schwendimann, « An exercise in the development of international law: the new ICRC study on customary international humanitarian law »; Cryer, « Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the international criminal tribunals on the ICRC customary law study »; Fleck, « Die IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie: polarisierend oder konsensbildend? ».

que des États<sup>223</sup>, certains lui reprochant de ne pas avoir identifié la coutume suivant la méthode annoncée<sup>224</sup>. Elle a été vigoureusement défendue par ses auteurs<sup>225</sup>. Dans le cadre d'un partenariat avec la Croix-Rouge du Royaume-Uni, le CICR continue d'actualiser sa base de données sur la pratique de quelque 90 États<sup>226</sup>.

93. Le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* de 1987<sup>227</sup> de l'American Law Institute établit une distinction entre « Sources de droit international » (section 102) et « Preuve du droit international » (section 103). La section 102, paragraphe 2, porte que

[l]e droit international coutumier découle de la pratique générale et constante que suivent les États par conviction d'exécuter une obligation juridique.

Les commentaires *b*, *c*, *d* et *e* de la section 102 contiennent une brève explication des propositions de base pertinentes, de même que les *reporters' notes* 2 à 5.

### E. Doctrine

94. La formation et la preuve du droit international coutumier ont fait l'objet de nombreux articles et de monographies consacrées à la question dans son ensemble ou à certains de ses aspects<sup>228</sup>. De surcroît, tous les ouvrages généraux sur le droit international public traitent du sujet, fût-ce brièvement. L'objet de la présente section du rapport est simplement de souligner la variété et la richesse de la doctrine dans ce domaine, sans exprimer d'opinion sur les théories avancées.

95. Il est intéressant de noter que, depuis l'époque des auteurs classiques comme Suarez et Grotius, différentes thèses ont été proposées au regard de la formation et de

l'identification des règles de droit international coutumier. On parle parfois de la thèse « classique » et de la thèse « moderne », qui sont souvent considérées comme étant diamétralement opposées.

96. Selon la thèse classique, résultant de l'Article 38, paragraphe 1 *b*, du Statut de la Cour internationale de Justice, la formation d'une règle de droit international coutumier requiert deux éléments : *a*) la pratique générale des États ; et *b*) l'acceptation de cette pratique comme étant le droit. Le premier élément, parfois appelé élément « objectif » (ou « matériel »), a trait à une pratique cohérente, uniforme et constante de la part des États ; le second, dit « subjectif » (ou « psychologique »), également appelé *opinio juris sive necessitatis* (« opinion de droit ou de nécessité »), a trait aux motifs qui ont inspiré le comportement des États<sup>229</sup>. Selon cette thèse, dite courant de l'orthodoxie du droit international coutumier<sup>230</sup>, l'un et l'autre éléments

<sup>229</sup> Voir, par exemple, Thirlway, « The sources of international law », p. 102 [« Selon la doctrine classique, la simple existence d'une pratique internationale constante à tel ou tel égard ne suffit pas en soi à créer une règle de droit coutumier ; un autre élément est nécessaire. Au sens du droit international classique, les règles de droit international coutumier sont issues de la combinaison de deux éléments : une pratique établie, généralisée et cohérente de la part des États, et un élément psychologique appelé *opinio juris sive necessitatis* (opinion de droit ou de nécessité), ou simplement *opinio juris* »]; Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942: A Treatise*, p. 609 (« Les éléments nécessaires sont une pratique cohérente et récurrente de plusieurs États dans le domaine des relations internationales ; la conviction que la pratique a force de loi ; et la non-contestation de la pratique par d'autres États »); Guzman, *How International Law Works*, p. 184 (« La définition classique du droit international coutumier est strictement doctrinaire, en ce sens qu'une norme donnée est considérée comme une règle de droit international coutumier dès lors qu'elle satisfait à deux conditions. La version la plus couramment citée de cette définition est celle qui figure à l'Article 38 du Statut de la [Cour internationale de Justice] »); Conforti et A. Labella, *An Introduction to International Law*, p. 31 ; Sur, *International Law, Power, Security and Justice*, p. 174 ; Von Glahn et Taulbee, *Law Among Nations*, p. 54 et 55 ; Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, p. 55 ; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 23 ; Bederman, « Acquiescence, objection and the death of customary international law », p. 44 ; Stern, « Custom at the heart of international law », p. 91 ; Boyle et Chinikin, *The Making of International Law*, p. 41.

<sup>230</sup> Voyiakis, « Customary international law and the place of normative considerations », p. 169 ; voir aussi, par exemple, Danilenko, *Law-Making in the International Community*, p. 81 (« Bien que de nombreux aspects de la formation du droit international coutumier soient toujours sujets à controverse, il est presque unanimement admis que tout processus légitime doit réunir deux éléments fondamentaux : la pratique et l'acceptation que cette pratique fait loi »); Iwasawa, *International Law, Human Rights, and Japanese Law: The Impact of International Law on Japanese Law*, p. 35 (« Selon l'opinion dominante en droit international, les tribunaux japonais considèrent que la pratique générale des États et l'*opinio juris* sont les deux éléments constitutifs d'une règle de droit international coutumier »); Bernhardt, « Custom and treaty in the law of the sea », p. 265 (« D'après certains auteurs juridiques, seule la pratique compte, tandis que d'autres font valoir que le droit peut être créé "instantanément", en l'absence de pratique. Mais l'opinion prépondérante est néanmoins que la pratique et l'*opinio juris* sont les deux éléments fondamentaux du droit international coutumier »); Bradley et Gulati, « Withdrawing from international custom », p. 209 (« Selon la définition standard, le droit international coutumier découle de la pratique que les nations observent parce qu'elles lui prêtent un caractère juridiquement contraignant. Ainsi le droit international coutumier se compose de deux éléments. [...] C'est la définition conventionnelle »); Simma et Alston, « The sources of human rights law », p. 98 (où l'approche classique est qualifiée de « concept établi »); Treves, « Customary international law », p. 939, par. 8 (où l'approche classique est qualifiée d'« opinion prépondérante »); Kolb, « Selected problems in the theory of customary international law », p. 123 (« L'opinion dominante fait reposer la coutume sur deux éléments, la relation et le jeu entre ceux-ci étant seuls susceptibles de varier »).

<sup>223</sup> Voir *supra* les paragraphes 48 à 53.

<sup>224</sup> Voir, par exemple, *supra* les notes 100 et 101.

<sup>225</sup> Henckaerts, « Customary international humanitarian law: a rejoinder to judge Aldrich »; « The ICRC customary international humanitarian law study: a rejoinder to professor Dinstein »; « Customary international humanitarian law: a response to US comments ».

<sup>226</sup> Voir [www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/Home](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/Home).

<sup>227</sup> *Restatement of the Law Third. The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, St. Paul (Minnesota), American Law Institute, 1987. Voir Massey, « How the American Law Institute influences customary law: the reasonableness requirement of the restatement of foreign relations law ».

<sup>228</sup> La Bibliothèque de l'Office des Nations Unies à Genève a établi sur le sujet une bibliographie fort utile, disponible (en anglais seulement) à l'adresse suivante: <http://libraryresources.unog.ch/legal/ILC>. Le Rapporteur spécial a l'intention d'établir une bibliographie en s'appuyant sur celle qui figure à l'annexe A du rapport de 2011 de la Commission [Annuaire... 2011, vol. II (2<sup>e</sup> partie)], qui sera revue et augmentée au fur et à mesure que la question avance. Entre autres publications contenant des bibliographies exhaustives, on citera : Dailier, Forteau et Pellet, *Droit international public*, p. 353 à 379 ; Diez de Velasco Vallejo, *Instituciones de derecho internacional público*, p. 136 à 149 ; Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 57 à 63 ; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, p. 23 à 30 ; Shaw, *International Law*, p. 72 à 92 ; Kuznetsov et Tuzmukhamedov, *International Law: A Russian Introduction*, p. 70 à 79 ; Cassese, *International Law*, p. 153 à 169 ; Von Glahn et Taulbee, *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, p. 53 à 61 ; Sur, *International Law, Power, Security and Justice*, p. 165 à 177 ; Conforti et Labella, *An Introduction to International Law*, p. 31 à 51 ; Murphy, *Principles of International Law*, p. 92 à 101 ; Verhoeven, *Droit international public*, p. 318 à 346 ; Alland, *Droit international public*, p. 268 à 297 ; Dupuy et Kerrat, *Droit international public*, p. 360 à 372 ; Carreau et Marrella, *Droit international*, p. 301 à 324 ; Combacau et Sur, *Droit international public*, p. 54 à 75.

sont indispensables, mais il semblerait que la pratique des États prime dans la mesure où la coutume commence à se former lorsque des actes deviennent une pratique établie, pratique dont les États peuvent ensuite devenir convaincus qu'elle a force obligatoire<sup>231</sup>. En d'autres termes, « il faut interroger ce que les États font dans leurs relations les uns vis-à-vis des autres, essayer d'en cerner les raisons et, en particulier, de déterminer s'ils se sentent l'obligation de procéder de telle ou telle manière<sup>232</sup> ». De fait, cette thèse est fidèle à la conception classique selon laquelle la formation du droit coutumier est un processus empirique, décentralisé et inductif<sup>233</sup>; au niveau international, le droit international coutumier se détermine par un raisonnement inductif<sup>234</sup> à la fois centré sur les États<sup>235</sup> et affranchi de

toutes considérations normatives indépendantes. D'aucuns estiment que donner force de loi aux seuls comportements et attentes qui sont largement acceptés au sein de la communauté internationale garantit la stabilité, la fiabilité et la légitimité du droit international coutumier<sup>236</sup>.

97. Certains critiques, cependant, ont contesté cette approche « classique » au motif qu'elle serait incohérente sur le plan de la doctrine et grevée de « mystères internes »<sup>237</sup> qui la rendrait difficile, voire impossible à appliquer dans la pratique<sup>238</sup>. D'autres ont fait valoir que le droit international coutumier ainsi conçu était non seulement « trop lent à se développer pour suivre l'évolution des relations entre États qu'il prétendait encadrer »<sup>239</sup>,

<sup>231</sup> Schachter, « New custom: power, *opinio juris* and contrary practice », p. 531 (où est décrite « l'opinion généralement acceptée que la pratique et l'*opinio juris* sont liées »). Voir aussi, par exemple, Simma et Alston, « The sources of human rights law », p. 88 (« Classiquement, dans la conception du droit international coutumier, l'accent était clairement mis sur l'élément matériel, ou objectif, des deux éléments constitutifs de la coutume, à savoir la pratique des États [...], qui primait l'*opinio juris*; les actions comptaient plus que les paroles »); Fitzmaurice, « The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-54: general principles and sources of law », p. 68 [« On estime que c'est un bon principe que de considérer que, en définitive, seules les actions des États constituent une pratique, de même que seule la pratique ("constante et uniforme", comme l'a dit la Cour) fait naître un usage ou une coutume et devient ainsi une règle de droit international »]; Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 16 (« La pratique des États est la base du droit coutumier »); Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 26 (« La formulation du Statut de la Cour internationale de Justice met l'accent sur le fait que le fondement de cette source de droit international est la pratique des États »); D'Amato, « Trashing customary international law », p. 102; Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. 53; Akehurst, « Custom as a source of international law », p. 53; Tunkin, « Remarks on the juridical nature of customary norms of international law », p. 421; Roberts, « Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation », p. 758; Danilenko, « The theory of international customary law », p. 19 et 20; Petersen, « Customary law without custom? », p. 278. Mais voir Kunz, « The nature of customary international law », p. 665 (« La coutume internationale est donc un moyen de créer des normes de droit international général. C'est le droit international qui détermine quelles conditions doivent être réunies pour que la coutume donne naissance à des normes de droit international général valides. Ces conditions sont au nombre de deux, à savoir l'usage et l'*opinio juris*, et elles ont une importance égale. Cette thèse est admise par la grande majorité des auteurs et se vérifie dans la pratique des États et des tribunaux internationaux »).

<sup>232</sup> Clapham, *Brierly's Law of Nations*, p. 57.

<sup>233</sup> Voir, par exemple, Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, p. 34 (« Le processus de formation du droit coutumier est informel, inorganisé, non délibéré, et même en partie involontaire et fortuit [...] il est lent et sans structure »); Ted Stein dans le chapitre « Custom and treaties » de Cassese et Weiler, *Change and Stability in International Law-Making*, p. 12 (selon qui, classiquement, les règles du droit international découlent d'un processus « non écrit [...] inconscient [...] progressif » et « se construisent pierre par pierre à la faveur d'échanges bilatéraux, sans être coulées dans les procédures de quelque instance »); D'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law*, p. 162 (« L'opinion classique veut que les règles de droit international coutumier se dégagent d'un processus de cristallisation par le bas qui nécessite un comportement cohérent et constant de la part d'un grand nombre d'États, lesquels doivent en outre être convaincus que ce processus cadre avec une prescription du droit international »).

<sup>234</sup> Voir, par exemple, Condorelli, « Customary international law: the yesterday, today, and tomorrow of general international law », p. 148 (« Ces formules, judiciaires malgré leur caractère approximatif et indicatif, ont essentiellement pour objet d'expliquer le sens du terme "induction", qui désigne le fait de recueillir des éléments à partir desquels il est possible de prouver l'impact social des règles en question »).

<sup>235</sup> Voir, par exemple, Thirlway, *International Customary Law and Codification. An examination of the continuing role of custom in the present period of codification of international law*, p. 58 (« Pour déterminer la pratique, il faut essentiellement établir ce que les États ont fait, ou se sont abstenus de faire, dans le domaine international »);

Benson, « François Génys's doctrine of customary law », p. 268 (« La coutume est désormais consubstantielle au processus de sa formation, lequel est expliqué du point de vue entièrement interne et indépendant des États, qui créent et reconnaissent ses règles comme ayant force de loi »); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, p. 16 et 17 (« Ces pratiques doivent être attribuables à des États, la pratique des organisations internationales ou des praticiens ne saurait donc être prise en compte »); Baker, « Legal recursivity and international law: rethinking the customary element », p. 5 (« On a dit du droit international coutumier qu'il dépendait du consentement des États-nations, c'est pourquoi, du moins dans l'acception classique qui nous intéresse ici, il est axé sur les États »); Weisburd, « Customary international law: the problem of treaties », p. 5.

<sup>236</sup> Voir, par exemple, De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, p. 197 (« Ce qui fait le prix de la coutume internationale et constitue sa supériorité sur les situations conventionnelles, malgré l'imprécision inhérente à son mode d'expression, c'est que, reposant sur une pratique spontanée, elle traduit une communauté de droit profondément ressentie. De là, la densité de ses règles et leur stabilité »); Simma et Alston, « The sources of human rights law », p. 88 et 89 (« Les règles de droit coutumier fermement établies par voie d'un raisonnement inductif basé sur les actions plutôt que sur les paroles [...] ont toujours présenté des avantages certains. Elles sont stables et solides; elles ont été soigneusement élaborées à partir d'interactions réelles et tangibles entre les États; et elles permettent de faire des prévisions raisonnablement fiables quant au comportement futur des États »); Thirlway, « The sources of international law », p. 76 (« La coutume [...] se développe lentement – quoique pas toujours aussi lentement qu'avant – mais elle est secrétée par la pratique réelle des États et traduit donc fidèlement les différents intérêts en présence et les intentions bien arrêtées »); Bederman, *Custom As a Source of Law*, p. 162.

<sup>237</sup> Jennings, « The identification of international law », p. 4 à 6.

<sup>238</sup> Voir par exemple Henkin, *International Law: Politics and Values*, p. 29 (« La définition est plus facile à énoncer qu'à interpréter ou à appliquer, et elle continue de soulever des questions difficiles, les unes d'ordre "opérationnel" et les autres d'ordre "conceptuel-jurisprudentiel" »); Goldsmith et Posner, « Notes toward a theory of customary international law », p. 53 (« La définition habituelle du droit international coutumier [...] soulève toujours les mêmes questions, qui restent en grande partie sans réponse »); Byers, *Custom, Power, and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, p. 130 et 131 (« La conception classique d'un droit international coutumier composé de deux parties fait problème en ce qu'elle offre cet apparent paradoxe chronologique que des États qui créent de nouvelles règles coutumières doivent s'être d'abord convaincus que ces règles existaient déjà, et que leur pratique est par conséquent conforme au droit »); Guzman et Meyer, « Customary international law in the 21st century », p. 199 (« Les critiques classiques du droit international coutumier ont fait valoir que la définition de ce droit est "circulaire", que les règles coutumières sont vagues et donc difficiles à appliquer, et que nous n'avons pas de critères qui nous permettent de juger si les deux conditions d'une règle de droit international coutumier sont remplies »); Kolb, « Selected problems in the theory of customary international law », p. 137 à 141; et D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, p. 7 à 10, et p. 73 et 74.

<sup>239</sup> Fenwick, « The sources of international law », p. 397. Voir aussi, par exemple, Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 115 (« Le droit international coutumier est tout simplement trop lent pour offrir rapidement les règles requises dans les nouveaux domaines que le droit international doit couvrir aujourd'hui »); De Visscher, « Reflections on the present prospects of international adjudication », p. 472 (« On ne saurait nier que le développement classique

mais encore fondamentalement impropre à ce faire<sup>240</sup>. On a également soutenu que la doctrine «classique» entraîne un grave déficit démocratique<sup>241</sup>, que son caractère posi-

de la coutume n'est guère adapté au rythme actuel des relations internationales»; Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 124 et 125 (où l'auteur, au sujet de l'approche classique, écrit que «le droit coutumier est souvent trop lourd à manier ou simplement incommode à des moments où doivent être créées d'urgence des normes générales de droit international»); et Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, p. 121 à 124.

<sup>240</sup> Voir par exemple Reisman, «The cult of custom in the late 20th century» [où l'auteur soutient que la coutume est «un anachronisme et un atavisme»] (p. 133), pose la question de savoir, «puisqu'une législation téléologique s'est révélée un moyen si important de clarifier et d'appliquer des politiques dans une civilisation industrielle et scientifique comme la nôtre, comment nous pourrions nous en passer dans une civilisation mondiale qui est bien plus complexe et diverse» (p. 134), et conclut que «les processus coutumiers de formation du droit sont incapables de résoudre les énormes problèmes auxquels fait face le monde» (p. 142 et 143)]; McGinnis, «The comparative disadvantage of customary international law», p. 11 et 12 (où l'auteur soutient que le droit international coutumier «est mal équipé, du fait de sa conception, pour promouvoir les intérêts des populations», parce qu'il est créé par des nations plutôt que par des hommes, et qu'il n'est guère «en position de produire des règles efficaces même pour les nations» en raison de l'hétérogénéité des nations qui composent la communauté internationale); Estreicher, «Rethinking the binding effect of customary international law», p. 9, 11 et 14 (où l'auteur soutient que, «d'un point de vue purement fonctionnel, la cause du droit international coutumier est difficile à défendre dans un monde westphalien», et que les inconvénients du droit international coutumier du fait de son développement trop lent pèsent plus lourd que ses avantages); Fenwick, «The sources of international law», p. 398 («Un autre défaut de la coutume comme source de droit international est son incapacité à réorganiser un système qui est vicié dans son ensemble, ou même à en réformer certaines parties dans un sens progressif et tourné vers l'avenir»); Kontorovich, «Inefficient customs in international law», p. 921 («Les règles coutumières internationales se développent dans un contexte privé des moyens qui permettent d'orienter le développement de normes collectives vers une plus grande efficacité»); Fon et Parisi, «International customary law and articulation theories: an economic analysis», p. 202 (où il est expliqué que les «résultats obtenus en faisant appel aux normes coutumières peuvent se révéler systématiquement inférieurs à ce que l'on pourrait obtenir par des normes strictement énoncées»); et Palmer, «New ways to make international environmental law», p. 266.

<sup>241</sup> Cet argument peut renvoyer à des aspects différents du processus démocratique dans des contextes différents (contexte international par opposition au contexte national, par exemple); voir Wheatley, *The Democratic Legitimacy of International Law*, p. 150 («La coutume crée des problèmes particuliers en termes de légitimité démocratique, puisqu'elle n'exige pas qu'un État particulier donne son consentement à l'émergence d'une nouvelle norme coutumière ou que la majorité des États ait participé à sa formation, ou encore que seuls des États démocratiques y aient participé, ou que la pratique des États soit en accord avec la volonté de leurs populations respectives. [...] De surcroît, comme les normes coutumières n'ont pas, par définition, de définition écrite faisant autorité, c'est souvent à des acteurs non étatiques tels que des juges, des universitaires, etc., qu'il revient d'identifier, d'interpréter et, par conséquent, d'"appliquer" ces normes coutumières, sans obligation de tenir compte de l'attitude de l'État contre qui elles sont invoquées»); Schachter, «New custom: power, *opinio juris* and contrary practice», p. 536 («C'est un fait historique que l'immense corpus du droit international coutumier a été constitué par un nombre remarquablement limité d'États»); Yasuaki, «Is the International Court of Justice an emperor without clothes?», p. 20; McGinnis, «The comparative disadvantage of customary international law», p. 8 («Le droit international coutumier a un problème évident, [...] c'est qu'il souffre par définition d'un déficit démocratique»); et Dodge, «Customary international law and the question of legitimacy», p. 26 (article centré sur le système juridique des États-Unis, mais peut-être pertinent pour d'autres systèmes quand l'auteur écrit: «Pour l'essentiel, cette critique au nom de la légitimité consiste en deux arguments interdépendants, à savoir que le pouvoir qu'ils ont d'appliquer le droit international coutumier confère aux juges fédéraux une trop grande liberté – notamment pour faire passer en contrebande dans le droit américain tout ce qu'"ils considèrent comme des normes de droit international" – et que le droit international coutumier n'a pas été constitué dans le cadre d'un système politique démocratique et responsable»).

tiviste ne permet pas de prendre les valeurs de la communauté internationale en compte dans l'identification du droit international coutumier, et, de surcroît, qu'elle risque de rendre le droit international coutumier indifférent aux droits de l'homme les plus fondamentaux<sup>242</sup>. Enfin, certains auteurs sont allés jusqu'à prétendre que la théorie «classique» est une pure fiction<sup>243</sup>.

98. C'est dans ce contexte que d'autres approches du droit coutumier international, parfois dites «modernes», ont cherché à réinterpréter les éléments constitutifs du droit international coutumier et, par conséquent, à repenser son rôle de source de droit international. Pour certains juristes, les déviations par rapport à la doctrine «classique» constituent une entreprise intellectuelle visant à «offrir à la coutume la théorie qui lui faisait défaut<sup>244</sup>», tandis que pour d'autres il s'agit d'un effort conscient pour «adapter notre conception de la formation du droit coutumier à l'urgence croissante des problèmes de fond que le droit international est appelé à régler<sup>245</sup>»; dans l'un

<sup>242</sup> Voir par exemple Klabbers, «The curious condition of custom», p. 34 («En ce qui concerne les prescriptions de caractère moral (en particulier dans le domaine des droits de l'homme), la notion classique de coutume n'est plus crédible»); Pellet, «"Droits-de-l'homme" et droit international», p. 171 et 172; Wouters et Ryngaert, «Impact on the process of the formation of customary international law», p. 129 et 130 («L'approche positiviste classique peut [...] entraîner de graves difficultés pour la défense et la promotion juridiques des droits de l'homme»); Charlesworth, «Law-making and sources», p. 192 («La coutume internationale dans sa forme classique donne la priorité comme source du droit au consentement de l'État plutôt qu'à des principes normatifs»); Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, p. 72 (où l'auteur écrit ceci, au sujet de l'approche classique de la formation du droit international coutumier: «Le fait que ce mode de formation soit archaïque a cependant des conséquences, puisque le droit coutumier est de portée limitée et ne peut être utilisé comme un instrument juridico-politique. De plus, comme le droit coutumier a pour fondement l'usage, il y a des limites aux types de normes qui peuvent être créées»); et Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, p. 41.

<sup>243</sup> Voir par exemple Dunbar, «The myth of customary international law», p. 8 («C'est un mythe que de considérer que la pratique universelle des États crée *ipso facto* du droit. Le droit ne peut être créé que par la voie législative ou par les décisions des tribunaux ou, dans le cas du droit international, par la voie conventionnelle»); Estreicher, «Rethinking the binding effect of customary international law», p. 8 (où l'auteur soutient que l'approche classique «est de toute évidence une fiction juridique. Le consentement tiré du silence est une forme douteuse de consentement»); et Kelly, «The twilight of customary international law» [«Le droit international coutumier postule que les nations, bien que ne s'accordant pas sur les valeurs, n'en peuvent pas moins accepter et par là même créer des normes juridiques contraignantes en l'absence d'un processus officiel de formalisation de l'acceptation. Ce postulat est douteux»] (p. 460). «Il n'y a pas de méthode qui permette de mesurer exactement l'attitude normative des États. Les moyens actuellement utilisés réduisent l'*opinio juris* à une pure fiction» (p. 469). «De plus, c'est l'idée même de fonder la formation de normes sur la pratique des États qui est suspecte» (p. 472)].

<sup>244</sup> Comme le dit D'Amato dans «Trashing customary international law», p. 101. Certains auteurs ont suggéré que c'est une application trop laxiste de la définition classique qui explique l'apparition «dans la doctrine spécialisée d'une définition nouvelle et moderne»: Chodosh, «Neither treaty nor custom: the emergence of declarative international law», p. 88; voir aussi Baker, «Legal recursivity and international law».

<sup>245</sup> Voyiakis, «A theory of customary international law», p. 6; voir aussi Orrego Vicuña, «Customary international law in a global community: tailor made?», p. 38 («On s'est bientôt rendu compte que si l'on pouvait donner au droit international coutumier un sens différent de son sens classique, il serait beaucoup plus facile d'atteindre les objectifs poursuivis»); et Roberts, «Traditional and modern approaches to customary international law», p. 766 («La coutume moderne traduit le désir de créer des normes internationales générales qui lient tous les États sur des questions morales importantes»).

et l'autre cas, on a suggéré de remplacer le modèle de formation de la coutume par addition de deux éléments par une théorie de l'élément unique, essentiellement en réduisant l'importance de l'un des deux éléments ou en le supprimant complètement. Plusieurs auteurs se sont prononcés pour une réduction du rôle de l'*opinio juris*, faisant valoir que, dans la plupart des cas, la pratique des États, à condition qu'elle soit générale et constante, suffit à elle seule à former le droit international coutumier<sup>246</sup>. D'autres, s'écartant encore plus de la conception ordinaire du droit coutumier, se sont prononcés pour une solution diamétralement opposée consistant à réduire au minimum le critère de la pratique des États et à privilégier plutôt l'élément *opinio juris*<sup>247</sup> tel qu'il ressort surtout des déclarations adoptées par des instances internationales<sup>248</sup>. Cette dernière approche, qui se trouve au cœur de la « coutume moderne » dans sa définition actuelle, en arrive finalement à transformer l'identification de « nouvelles règles de droit international coutumier » en un exercice normatif plutôt que strictement empirique. Mettant en œuvre une méthode déductive<sup>249</sup>, elle tente de faire du droit international cou-

<sup>246</sup> Voir encore D'Amato, « Customary international law: a reformulation », p. 1 (« Mes travaux étaient considérés comme radicaux par les autres juristes; avec le temps, cependant, j'en suis venu à conclure à contrecœur qu'ils n'étaient pas assez radicaux. Au lieu d'essayer de m'accommoder de la notion d'*opinio juris*, j'aurais dû la rejeter entièrement »); Kopelmanas, « Custom as a means of the creation of international law » [« La première de ces [deux] conditions [l'auteur se réfère aux éléments matériel et psychologique de la formation de la coutume] se trouve en vérité au fondement de la question que nous avons posée [à savoir quel est le processus particulier de développement qui produit la coutume] » (p. 129). « Nous examinerons en même temps la question de savoir si la coutume internationale naît exclusivement d'actes qui sont accomplis avec la conviction qu'ils sont prescrits par le droit. Il y a d'excellentes raisons d'en douter » (p. 130)]; Kelsen, « Théorie du droit international coutumier », p. 263 (dans un article où l'auteur défend une position à laquelle il a renoncé plus tard: « cette théorie selon laquelle les actes constituant la coutume doivent être exécutés dans l'intention d'accomplir une obligation juridique ou d'exercer un droit [...] est évidemment fausse »); Guggenheim, « Les deux éléments de la coutume en droit international », p. 280 (« il est impossible de prouver l'existence de cet élément [subjectif]. Il y a donc lieu de renoncer à l'élément subjectif »); et Mendelson, « The formation of customary international law », p. 289.

<sup>247</sup> Voir par exemple Cheng, « Epilogue », p. 223 (« L'essentiel est donc de reconnaître que l'usage ne peut servir qu'à identifier et non à constituer ce que l'on appelle communément le "droit international coutumier", quelque autre nom qu'on puisse lui donner »); Guzman, « Saving customary international law », p. 153 (« En fait, le droit international coutumier a pour condition l'*opinio juris* et non la pratique. [...] Une approche fondée sur un choix rationnel ne laisse par conséquent pas d'autre rôle à la pratique des États que celui de pierre de touche servant de révélateur à l'*opinio juris*. La pratique peut aider à répondre à la question de savoir si telle ou telle norme est considérée comme obligatoire, mais elle ne suffit pas à la rendre telle »); Bernhard, « Custom and treaty in the law of the sea », p. 266 (« J'admettrais même que, dans des circonstances exceptionnelles, aucune pratique n'est nécessaire si une règle voulant qu'un certain comportement soit obligatoire ou interdit a fait l'objet d'une approbation universelle. Dans cette mesure, j'admettrais la possibilité d'un "droit instantané" »); et Lepard, *Customary International Law*.

<sup>248</sup> Voir par exemple Cheng, « United Nations resolutions on outer space: "instant" international customary law? », p. 37 (« Il n'y a aucune raison qu'une *opinio juris communis* ne puisse se former en très peu de temps au sein de l'ensemble ou d'une partie des États Membres de l'Organisation des Nations Unies, avec pour résultat qu'une nouvelle règle de droit international coutumier prenne naissance parmi eux. Et il n'y a aucune raison pour qu'ils ne puissent pas "positiver" leur nouvelle *opinio juris* au moyen d'une résolution de l'Assemblée générale »); et Sohn, « "Generally accepted" international rules », p. 1074.

<sup>249</sup> Voir aussi Lukashuk, « Customary norms in contemporary international law », p. 493 (« Ce que ces normes ont en commun avec les normes coutumières classiques est le fait qu'elles soient non

tumier une source plus rapide et plus souple de droit international, capable de réaliser un « potentiel utopique » et de « compenser la rigidité du droit conventionnel »<sup>250</sup>, notamment dans les domaines du droit des droits de l'homme, du droit humanitaire et du droit de l'environnement<sup>251</sup>. En

écrites ainsi que l'*opinio juris*. Ce qui les en distingue est que, loin de confirmer une pratique existante, elles sont appelées à en lancer une. Par contraste avec les normes du premier type, elles attachent une plus grande importance à ce qui devrait être qu'à ce qui est »); Roberts, « Traditional and modern approaches to customary international law », p. 763 (« La coutume moderne va chercher ses normes principalement dans des déclarations abstraites d'*opinio juris* – partant de la théorie pour arriver à la pratique »); Kolb, « Selected problems in the theory of customary international law », p. 126 (« Cette coutume qui opère par déduction a donc quelque chose d'une coutume "contre-factuelle", notion en vérité très étrangère à la conception classique du droit coutumier »); et Simma et Alston, « The sources of human rights law », p. 89 (« Le processus de formation du droit coutumier est ainsi devenu un exercice de rhétorique autonome. L'approche aujourd'hui mise en œuvre est déductive »).

<sup>250</sup> Charlesworth, « The unbearable lightness of customary international law », p. 44. Voir aussi, par exemple, Scharf, « Seizing the "Grotian moment": accelerated formation of customary international law in times of fundamental change », p. 450, 467 et 468 (« Dans les périodes de profond changement – que ce soit du fait du progrès technique, de l'apparition de nouveaux types de crimes contre l'humanité ou de l'émergence de nouveaux moyens de faire la guerre ou de pratiquer le terrorisme – le droit international, pour ne pas se laisser dépasser par les événements, pourrait avoir besoin d'un droit international coutumier capable de se développer rapidement au rythme des résolutions de l'Assemblée générale pendant ces périodes de bouleversement. [...] le "moment grotien" réduit au minimum l'ampleur et la durée requises de la pratique des États, à condition que l'*opinio juris* s'exprime de façon particulièrement claire et large »); et Schachter, « New custom: power, *opinio juris* and contrary practice », p. 533 (où l'auteur voit dans le « nouveau droit international coutumier » la réponse à une demande émanant du « milieu international contemporain », et plus particulièrement d'« États ressentant le besoin de nouvelles normes juridiques qui, pour une raison ou pour une autre, ne pouvaient être entièrement obtenues par la voie des traités multilatéraux »).

<sup>251</sup> Voir par exemple Kammerhofer, « Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship », p. 147 (« Du fait de l'apparente incompatibilité entre les méthodes dites classiques ou orthodoxes de formation du droit international coutumier et les objectifs humanistes visés par des juristes militants, une partie influente des spécialistes du droit des droits de l'homme et du droit humanitaire a mis au point, au cours des dix dernières années, une nouvelle approche du droit international coutumier dans ces domaines du droit international »); Wouters et Ryngaert, « Impact on the process of the formation of customary international law » [« On soutient souvent, tout particulièrement chez les juristes spécialisés dans les droits de l'homme, que le mode de formation du droit coutumier dans les domaines des droits de l'homme et du droit international humanitaire est fondamentalement différent du mode classique de formation du droit coutumier en droit international public » (p. 111). « Les modes classiques de formation du droit basés sur le consentement des États et sur une pratique constante et uniforme des États peuvent être quelque peu assouplis "si les enjeux sont élevés" » (p. 129). « En d'autres termes, la pratique des États est invoquée de façon sélective pour justifier une norme coutumière qui n'est pas moralement neutre » (p. 130)]; Hunter, Salzman et Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, p. 312 et 313 [« À mesure que le nombre des traités internationaux, déclarations et résolutions énonçant les principes de la protection de l'environnement se multipliait au fil du temps, les auteurs ont commencé à débattre de la question de savoir si des règles coutumières étaient en train d'apparaître ou avaient déjà apparu au sein du droit international de l'environnement. [...] Ces normes coutumières actuelles et futures sont confrontées à une difficulté particulière lorsqu'on les rapporte aux critères habituels d'essai des normes coutumières (à savoir la pratique constante des États et l'existence d'une *opinio juris*). [...] Néanmoins, ces principes sont de plus en plus reconnus dans la jurisprudence et ailleurs comme faisant partie du droit coutumier, ce qui correspond peut-être à une évolution des conceptions de la formation du droit coutumier »]; Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law: The Precautionary Principle – International Environmental Law Between Exploitation and Protection*, p. 335; Bodansky, *The Art and Craft of International Environmental Law*, p. 191 à 204;

fait, « [u]ne telle valorisation de l'*opinio juris* intéresse au premier chef les partisans d'une expansion des règles du droit international coutumier. Dès lors qu'on peut ignorer ou affaiblir le critère de la pratique, on peut également chercher à ajouter toutes sortes de droits moraux à la liste des règles de droit international coutumier<sup>252</sup> ». Une telle « extension des concepts<sup>253</sup> », qu'on a pu célébrer comme la preuve d'une « nouvelle vitalité de la coutume<sup>254</sup> », a également encouragé certains auteurs à demander que le processus de formation du droit coutumier soit ouvert aux acteurs non étatiques, à savoir les organisations internationales et leurs institutions spécialisées<sup>255</sup>, ainsi qu'aux particuliers<sup>256</sup>.

Jennings, « Customary law and general principles of law as sources of space law », p. 151.

<sup>252</sup> Guzman, *How International Law Works*, p. 186. Voir aussi Simma et Alston, « The sources of human rights law », p. 83 (« La tentation est forte de faire appel au droit coutumier comme à une source formelle qui offre, de façon relativement directe, les réponses désirées. En particulier, dès lors que l'on peut interpréter ou approcher le droit coutumier d'une manière qui permette de fournir un ensemble relativement exhaustif de normes applicables à tous les États, le débat sur les sources du droit international des droits de l'homme pourra être conclu sans grande difficulté. Étant donné l'importance fondamentale que revêt la composante droits de l'homme d'un ordre mondial équitable, la tentation est forte, voire, pour certains, irrésistible, d'adapter ou de réinterpréter la notion de droit coutumier dans un sens qui garantisse qu'il fournira les "bonnes" réponses »); et Meron, « International law in the age of human rights », p. 377.

<sup>253</sup> Baker, « Legal recursivity and international law », p. 31 (où l'auteur emploie une expression « forgée par le politologue Giovanni Sartori pour décrire les distorsions qui en résultent lorsque l'on introduit des concepts établis de longue date dans des situations nouvelles sans les avoir préalablement adaptés comme il le faudrait »); Kolb, « Selected problems in the theory of customary international law », p. 123 (où il est question d'une « mollesse conceptuelle croissante »); Henkin, *International Law: Politics and Values*, p. 37 (« La création téléologique de la coutume est une innovation radicale, qui est d'ailleurs le reflet d'une conception radicale. Alors qu'autrefois le droit était créé par les traités et développé par la coutume, il y a aujourd'hui une certaine tendance à traiter la coutume comme un moyen, substitué aux traités, de légiférer directement. En utilisant le concept de coutume à cette fin, on est certes tributaire de sa définition classique, mais aujourd'hui dans cette définition la pratique désigne parfois des actes conçus pour créer la norme plutôt que pour la refléter »); et Seibert-Fohr, « Modern concepts of customary international law as a manifestation of a value-based international order », p. 273 (« La pertinence du droit international coutumier dépend en dernier ressort du degré de rigidité avec lequel sont appliqués les critères de formation de ce droit »).

<sup>254</sup> Cassese, « General round-up », p. 165; voir aussi Müllerson, « On the nature and scope of customary international law », p. 359.

<sup>255</sup> Voir par exemple Gunning, « Modernizing customary international law: the challenge of human rights », p. 212 et 213 (« En particulier, en mettant en question la portée des formulations classiques de la souveraineté nationale, cet article explorera la possibilité de permettre à des groupes transnationaux et non gouvernementaux de faire entendre légalement leur voix dans la création de la coutume »); Meijers, « On international customary law in The Netherlands » [« Comme la règle de droit conventionnel, la règle de droit international coutumier se forme en deux étapes. Pendant la première étape, les sujets de droit international de certains États, et parfois de certaines organisations internationales, élaborent la règle. Pendant la deuxième étape, la règle est transformée en règle de droit »] (p. 80). « [Ces] deux étapes [...] se chevauchent souvent » (p. 125)]; et Arajärvi, « From State-centrism to where? The formation of (customary) international law and non-State actors », p. 23 (« Les acteurs non étatiques participent à la formation du droit international, non seulement de façon indirecte par l'influence qu'ils exercent sur les États, mais encore en pesant directement sur le développement des règles coutumières par leurs propres actions et déclarations »).

<sup>256</sup> Voir par exemple Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, p. 342 et 346; Ochoa, « The individual and customary international law formation », p. 164; Bederman, *Custom As a Source of Law*, p. 162 et 163.

99. Les tentatives de « révision et de modernisation de la coutume<sup>257</sup> » ont également fait l'objet de farouches critiques, se voyant principalement reprocher que la notion de « coutume moderne » n'avait de fait rien à voir avec le droit international coutumier<sup>258</sup>. Les tenants de l'approche

<sup>257</sup> Voir Simma et Alston, « The sources of human rights law », p. 83.

<sup>258</sup> Voir, par exemple, Weil, « Towards relative normativity in international law? », p. 435 (« Il s'agit non d'une simple accélération du processus de formation de la coutume, mais d'une véritable révolution dans la théorie de la coutume »); Wolfke, « Some persistent controversies regarding customary international law », p. 2 [« Il faut tout d'abord souligner que, comme toute coutume, la coutume internationale est fondée sur la régularité du comportement. Il serait faux de dire que le droit international coutumier ne repose pas sur la "coutume" (*consuetudo*) dans le sens classique et littéral du terme »]; Jennings, « What is international law and how do we tell it when we see it », p. 11 (« Il est peut-être temps d'admettre tout bonnement qu'à l'heure actuelle les pierres de touche classiques de la coutume – la pratique et l'*opinio juris* – sont souvent non seulement insuffisantes mais aussi sans intérêt aux fins de l'identification de tout nouveau droit. La raison en est très simple : une grande partie de ce nouveau droit n'est nullement d'origine non coutumière et n'a même rien à voir avec la coutume. Il s'agit d'un droit récent, novateur, qui implique des décisions sur tel ou tel sujet et est fréquemment sujet à controverse. On a du mal à imaginer chose plus éloignée de la coutume dans l'acception ordinaire du terme »); Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 86 (« Droit coutumier et instantanéité sont des concepts inconciliables. En outre, c'est nuire au bon fonctionnement du droit international, mécanisme de direction et de réglementation, que d'affaiblir la portée de ses sources presque au point de l'anéantir »); Georges Abi-Saab dans la section « Discussion » du chapitre « Custom and Treaties » (dans Cassese et Weiler, *Change and Stability in International Law-Making*, p. 10) [« Nous nommons coutume différentes choses, nous conservons le même mot tout en élargissant le phénomène. [...] De fait, nous sommes en présence d'un vin nouveau, que nous nous obstinons à verser dans l'ancienne bouteille de la coutume. À un moment, il faudra bien tenir compte de ce changement qualitatif et admettre que nous ne parlons plus de la même source mais qu'il s'agit là d'un mode de formation du droit absolument inédit »]; Kelly, « The twilight of customary international law », p. 492 (« En redéfinissant la pratique des États et l'*opinio juris*, les théoriciens du "nouveau droit international coutumier" tentent de dégager un nouveau processus de formation du droit au lieu de recourir à la méthodologie du droit coutumier »); Kolb, « Selected problems in the theory of customary international law », p. 123 (« Il semble que le terme "coutume" est devenu trop restreint et propre à induire en erreur pour désigner toute une série de phénomènes de création moderne du droit dans la société internationale, lesquels sont regroupés sous ce terme uniquement faute d'un autre moyen reconnu – et nouveau – de faire le droit en dehors du droit conventionnel »); Kammerhofer, « Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship » [« La doctrine activiste fait violence à la loi pour promouvoir des objectifs qui ne revêtent pas la forme du droit international positif »] (p. 152). « Dans le climat actuel, la doctrine contemporaine du droit international tend à céder à la pression extérieure si bien que notre conception du droit international positif se trouve faussée sous l'influence d'éléments externes » (p. 157)]; Petersen, « Customary law without custom? » [« Par son concept même, la coutume exige une *consuetudo*, l'existence d'une pratique d'État »] (p. 282). « Il est difficile de se représenter le droit coutumier sans la coutume » (p. 284)]; Koskenniemi, « Introduction », p. xxi (« Dans la pratique, la "coutume" est devenue une catégorie générique dans laquelle sont placées pour ainsi dire toutes les normes juridiquement contraignantes non conventionnelles. La "coutume" semble avoir à la fois une origine plus légitime et une application plus concrète, même si la théorie classique de la naissance et de la preuve du droit coutumier ne permet pas d'appréhender les diverses normes dites "coutume" »); Weisburd, « Customary international law: the problem of treaties », p. 46 (« Ceux qui affirment que la pratique des États n'est pas pertinente du point de vue juridique disent de fait qu'il existe un moyen de créer le droit international plus facilement qu'en forgeant un réel consensus entre les États. Ce moyen n'existe pas et nous devons à la vérité de le reconnaître »); Charney, « Universal international law », p. 543 et 546 (où l'auteur dit que la récente « méthode plus structurée » de création du droit international « diffère sensiblement de l'interprétation classique du processus de création du droit coutumier, qui veut qu'il nécessite une pratique générale au fil du temps. Il serait donc peut-être plus juste de parler de droit international *général* »); et Cheng, « Custom: the future of general State practice in a divided world », p. 548.

«classique» ont également souligné qu'en promouvant une «nouvelle espèce» de droit international coutumier, on fragilisait l'autorité et la force de conviction de la coutume comme source du droit international<sup>259</sup> et celles du droit international dans son ensemble<sup>260</sup>. D'aucuns ont ajouté que les approches «non classiques» étaient en soi d'analyse incertaine<sup>261</sup> et qu'elles représentaient un «jeu douteux»<sup>262</sup> qui pâtissait d'un déficit démocratique tout aussi important<sup>263</sup>.

100. Si certains auteurs ont décrit les théories classiques et non classiques du droit international coutumier comme

<sup>259</sup> Voir, par exemple, Estreicher, «Rethinking the binding effect of customary international law», p. 15 («Le droit international coutumier devenant progressivement imposé à partir du sommet, inspiré par les publicistes, à forte saveur politique et pour ainsi dire instantané, la légitimité de son incorporation automatique [dans le droit national] devient particulièrement problématique»); D'Amato, «Trashing customary international law»; et Jennings, «The identification of international law», p. 6.

<sup>260</sup> Voir, par exemple, Chodosh, «Neither treaty nor custom: the emergence of declarative international law», p. 99; Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 107; Kelly, «The twilight of customary international law», p. 540; Weil, «Towards relative normativity in international law?», p. 441 («Cette relativisation de la normativité risque finalement d'empêcher le droit international de remplir la mission qui a toujours été la sienne»).

<sup>261</sup> Voir, par exemple, Postema, «Custom in international law: a normative practice account», p. 281 et 282.

<sup>262</sup> Simma et Alston, «The sources of human rights law», p. 107; voir également De Lupis, *The Concept of International Law* [«Dans cet ouvrage [...], la notion de "droit coutumier" est qualifiée de fiction nébuleuse» (préface)]. «On ne peut que s'étonner que tant d'auteurs en acceptent encore les contours flous et la teneur incertaine. En effet, hors du domaine des revendications territoriales, le droit coutumier n'a plus, aujourd'hui, ni fondement ni justification dans le droit international public moderne. Il est devenu le tapis sous lequel on glisse toute règle de droit non identifiée en se persuadant souvent ensuite que, comme le tapis la recouvre désormais, elle doit être valable en droit» (p. 116)].

<sup>263</sup> Voir, par exemple, Bederman, *Custom as a Source of Law*, p. 145 («Le grand défaut de la coutume moderne est qu'en faisant l'éloge de normes idéales en matière de comportement des États elle s'est détachée de la pratique réelle de ceux-ci. Si la légitimité et la transparence constituent d'importantes unités de mesure pour le droit international coutumier, la conception classique du droit international coutumier, même telle qu'imparfaitement appréhendée dans la formulation de l'article 38, paragraphe 1 b, devrait continuer à s'appliquer»); Orrego Vicuña, «Customary international law in a global community», p. 37 (où l'auteur fait valoir que le droit international coutumier «moderne» est un «nouvel autoritarisme s'exerçant par le non-droit»); Goldsmith et Posner, «Understanding the resemblance between modern and traditional customary international law», p. 667 (où les auteurs font valoir que le droit international coutumier moderne «est dépourvu du sceau du consentement des États. La teneur du nouveau droit international coutumier est vague. Celui-ci est en outre invoqué et appliqué de manière opportuniste»); Chodosh, «Neither treaty nor custom: the emergence of declarative international law», p. 104 et 105 (où l'auteur qualifie le processus de non démocratique puisqu'une minorité établit des règles pour la majorité); Estreicher, «Rethinking the binding effect of customary international law», p. 7 (où l'auteur décrit le droit international coutumier «moderne» comme étant l'effort déployé par les «publicistes hautement qualifiés des différentes nations» [...] et les autres militants du droit international pour élargir la portée du droit coutumier de façon à promouvoir les objectifs politiques, idéologiques ou humanitaires propres aux auteurs»); et Kelly, «The twilight of customary international law», p. 520 et 521 (où l'auteur affirme que la nouvelle méthodologie du droit international coutumier «ne comble pas le "déficit démocratique". S'ils peuvent souscrire à des résolutions abstraites et générales qui n'ont que valeur de recommandation, les États n'acceptent pas d'être liés par des normes ni ne contribuent à déterminer quelles normes d'une résolution, le cas échéant, doivent être transformées en obligations coutumières contraignantes. [...] La légitimité démocratique exige soit une pleine participation soit un réel consentement [et aucunes de ces conditions ne sont réunies]).

étant des «opposés appariés»<sup>264</sup>, d'autres ont tenté de les rapprocher et d'en faire la synthèse afin d'aboutir à une conception commune ou à une théorie générale de la coutume<sup>265</sup>. Aussi convaincantes ces tentatives soient-elles, les querelles doctrinales contemporaines concernant le droit international coutumier et les difficultés inhérentes à celui-ci ont conduit plusieurs juristes internationaux à y voir un «concept instable»<sup>266</sup>, «fondamentalement controversé» et souffrant actuellement d'une «crise d'identité»<sup>267</sup>. Par ailleurs, eu égard à l'absence d'accord sur le concept de droit international coutumier, celui-ci s'est vu reprocher d'être un droit incertain<sup>268</sup>. Certains auteurs ont même fait valoir que le droit international coutumier, «classique» ou «moderne», demeurerait une source du droit international particulièrement problématique, voire illégitime, qu'il faudrait peut-être purement et simplement abandonner<sup>269</sup>.

<sup>264</sup> Stein dans le chapitre «Custom and treaties» de Cassese et Weiler, *Change and Stability in International Law-Making*, p. 13; voir aussi, par exemple, Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, p. 388; Beckett, *The End of Customary International Law? A Purposive Analysis of Structural Indeterminacy*, p. 238 à 258; et Baker, «Legal recursivity and international law», p. 10.

<sup>265</sup> Voir, par exemple, Roberts, «Traditional and modern approaches to customary international law», p. 767; Lukashuk, «Customary norms in contemporary international law»; Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, p. 100; Seibert-Fohr, «Modern concepts of customary international law...», p. 272 à 277; Condorelli, «Customary international law», p. 148; Tasioulas, «Customary international law and the quest for global justice», p. 307 et 320; Goldsmith et Posner, «Understanding the resemblance between modern and traditional customary international law», p. 672; Voyiakis, «A theory of customary international law», p. 15 et 16; D'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law*, p. 145; Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 122; et Worster, «The inductive and deductive methods in customary international law analysis: traditional and modern approaches».

<sup>266</sup> Postema, «Custom in international law: a normative practice account», p. 279.

<sup>267</sup> Simma et Alston, «The sources of human rights law», p. 88. Voir également Wolfke, «Some persistent controversies regarding customary international law», p. 2; et Kammerhofer, «Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems», p. 551.

<sup>268</sup> Les tenants de l'incertitude font généralement valoir qu'il est difficile soit de déterminer si une nouvelle règle de droit international coutumier a vu le jour, soit d'en définir précisément la teneur (soit les deux). Voir, par exemple, Kammerhofer, «Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems», p. 536 («Il nous est impossible de véritablement connaître les règles de formation de la coutume ni de savoir comment ces règles naissent»); Chen, *An Introduction to Contemporary International Law*, p. 351; Guzman, «Saving customary international law», p. 128; Goldsmith et Posner, «Notes toward a theory of customary international law»; Wolfke, *Custom in Present International Law*, p. xiii; Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, p. 63; et Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, p. 14.

<sup>269</sup> Voir, par exemple, Goldsmith et Posner, «Understanding the resemblance between modern and traditional customary international law» [«On part du principe erroné que le droit international coutumier – classique ou moderne – influence le comportement national. À nos yeux, le nouveau droit international coutumier n'est nullement moins cohérent ou légitime que l'ancien» (p. 640 et 641)]. «Nous ne partageons pas l'opinion selon laquelle le droit international coutumier moderne différerait sensiblement de l'ancien droit international coutumier. La différence essentielle réside dans leur teneur: l'ancien s'intéressait principalement aux relations commerciales et militaires entre les États, et le moderne s'intéresse aux droits de l'homme. [...] Le droit international coutumier moderne tend vers un idéal, tout comme l'ancien à l'époque» (p. 672)]; Boyle et Chinkin, *The Making of International Law*, p. 21 («Bien que l'on parle de droit coutumier "instantané", ce mode informel et non écrit de formation du droit est

101. Cela étant, le droit international coutumier a également été largement reconnu par les auteurs comme étant «le principal matériau de construction du droit international général<sup>270</sup>» et obstinément défendu comme jouant un rôle crucial et indéniable dans la réglementation internationale<sup>271</sup>. Plusieurs auteurs soulignent que c'est

par essence conservateur et rétrograde car il repose sur la pratique des États. Les incertitudes concernant l'existence et la teneur des règles du droit coutumier sont propices à l'émergence de revendications opportunistes qui ne sont fondées ni sur la pratique des États ni sur l'*opinio juris*. Le droit international coutumier permet aux États de rejeter la réglementation conventionnelle tout en prétendant aux avantages des dispositions d'un traité non ratifié qu'ils estiment intéressantes); McGinnis, «The appropriate hierarchy of global multilateralism and customary international law: the example of the WTO», p. 284 (où l'auteur affirme que le droit international coutumier est un corps de règles de nature à mettre à mal les compromis savants consacrés dans les traités multilatéraux); et Kelly, «The twilight of customary international law», p. 500 («Les règles de fond du droit international coutumier classique comme du "nouveau droit international coutumier" sont des formes non empiriques du droit international coutumier déduites de principes subjectifs et, de ce fait, n'ont pas la sanction de la communauté internationale. La controverse est inévitable car les éléments de la théorie juridique du droit international coutumier sont des coquilles vides dans lesquelles chacun peut glisser sa propre théorie normative du droit international»).

<sup>270</sup> Kuznetsov et Tuzmukhamedov, *International Law: A Russian Introduction*, p. 77.

<sup>271</sup> Vagts, «International relations looks at customary international law: a traditionalist's defence»; Sur, *International Law, Power, Security and Justice*, p. 167; Norman et Trachtman, «The customary international law game», p. 541; Swaine, «Rational custom», p. 562; Hanna Bokor-Szegő, observations sur «The contemporary role of customary international law», dans Heere, *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence, Proceedings of the Third Joint Conference*, p. 18; Dugard, *International Law: A South African Perspective*, p. 26; Chigara, *Legitimacy Deficit in Custom: A Deconstructionist Critique*, p. 48; Bishop, «General course of public international law», p. 220 et 230; Kunz, «The nature of customary international

précisément sa souplesse qui en fait une source précieuse du droit international<sup>272</sup>, et font valoir que les difficultés liées à la formation du droit ne sont pas propres au droit international coutumier<sup>273</sup>. Les auteurs continuent de débattre de la question du droit international coutumier. À n'en pas douter, ces débats se poursuivront<sup>274</sup>.

law», p. 665; Treves, «Customary international law», p. 955 et 956; Perreau-Saussine et Murphy, «The character of customary law: an introduction», p. 8; Guzman et Meyer, «Customary international law in the 21st century», p. 197; Guzman, «Saving customary international law», p. 116, 119 à 121 et p. 175; Bernhardt, «Custom and treaty in the law of the sea», p. 265; Seibert-Fohr, «Modern concepts of customary international law...», p. 271; Mendelson, «The formation of customary international law», p. 169; Schwarzenberger, «International *ius cogens*?», p. 476; et Orrego Vicuña, «Customary international law in a global community: tailor made?», p. 38.

<sup>272</sup> Voir, par exemple, Pearce, «Customary international law: not merely fiction or myth», p. 125; Bederman, «Acquiescence, objection and the death of customary international law», p. 41 à 43. Ce point de vue a également été avancé à la soixante-quatrième session de la Commission par M. Shinya Murase, qui a fait valoir que «[l']ambiguïté est le maître mot, voire la raison d'être, du droit international coutumier, qui est utile parce qu'il est ambigu» (*Annuaire... 2012*, vol. I, 3148<sup>e</sup> séance, 24 juillet 2012, p. 146, par. 29).

<sup>273</sup> Voir, par exemple, Brownlie, «To what extent are the traditional categories of *lex lata* and *lex ferenda* still viable?», p. 68 («À mon sens, le principal problème qui se pose actuellement est celui bien connu de la difficulté qu'il y a à cerner le droit. Même en présence d'un traité, il est nécessaire d'en rechercher le sens; un traité peut être en vigueur depuis vingt ans, mais s'il n'a guère été soumis à l'interprétation des tribunaux, il reste à en extraire le droit. Curieusement, on a tendance à penser qu'il suffit de trouver la bonne formule, la bonne règle, pour dégager d'autant plus facilement le droit, ce qui, selon moi, est peu réaliste»).

<sup>274</sup> Voir, par exemple, Klabbers, «The curious condition of custom», p. 37; Fidler, «Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law», p. 199; et Kolb, «Selected problems in the theory of customary international law», p. 119.

## CHAPITRE IV

### Futur programme de travail

102. Dans son deuxième rapport, qui sera publié en 2014, le Rapporteur spécial envisage d'engager un débat sur les deux éléments constitutifs du droit international coutumier, à savoir la pratique des États et l'*opinio juris*, et sur les relations que ceux-ci entretiennent. Il s'agira d'examiner en particulier les effets des traités sur le droit international coutumier et le rôle des organisations internationales. Le troisième rapport, à paraître en 2015, approfondira ce débat à la lumière de l'état d'avancement des travaux sur le sujet en s'arrêtant sur certains aspects,

tels que la règle de l'«objecteur persistant» et le droit international coutumier «spécial» ou «régional». Dans les deuxième et troisième rapports, le Rapporteur spécial proposera une série de projets de conclusion à la Commission pour examen. Il compte établir, en 2016, un rapport final, dans lequel il exposera les projets de conclusion révisés et des observations au vu des débats menés au sein de la Commission, des débats de la Sixième Commission et d'autres réactions aux travaux menés à mesure de leur évolution.