

Publication de la Revue Générale de Droit International Public
Nouvelle Série - N° 64

Alexandre HERMET

Maître de conférences à l'Université de Strasbourg

**LA CONVERGENCE DE DISPOSITIONS
CONVENTIONNELLES
ET LA DETERMINATION
DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER**

Préface

Carlo SANTULLI

Professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

*Prix de thèse en droit, toutes spécialités confondues,
de la Chancellerie des Universités de Paris
Prix de thèse de l'Université Paris II (Panthéon-Assas)*

PARIS

EDITIONS A. PEDONE

13, rue Soufflot

2021

1. Les travaux de la Commission du droit international des Nations Unies sur la « Détermination du droit international coutumier »¹ ont abouti en 2018 à l'adoption « de projets de conclusion »², dans lesquels on peut lire :

« [I]e fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités peut signifier, sans toutefois que cela soit nécessairement le cas, que la règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier »³.

Il s'agit du second alinéa du 11^e projet de conclusion qui concerne plus généralement les relations entre les traités et la coutume. Le texte adopté par la Commission reprend des formulations initialement posées par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Le premier alinéa⁴ établit tout d'abord une

¹ Inscrit en 2012 à l'agenda de la Commission, le sujet était initialement intitulé « Formation et identification du droit international coutumier » avant d'être renommé en 2013 lors de la 65^e session de la Commission (CDI, *Compte rendu analytique provisoire de la 3186^e séance* (65^e session), 25 juillet 2013, doc. n° A/CN.4/SR.3186, p. 6) ; Michael Wood a été nommé rapporteur spécial lors de la 64^e session (2012) et a rédigé une note lors de la même session (30 mai 2012, doc. n° A/CN.4/653) puis cinq rapports aux sessions suivantes à l'exception de la 69^e (17 mai 2013, doc. n° A/CN.4/663 ; 22 mai 2014, n° A/CN.4/672 ; 27 mars 2015, n° A/CN.4/682 ; 8 mars 2016, n° A/CN.4/695 ; 14 mars 2018, doc. n° A/CN.4/717) ; le sujet a été étudié chaque année de la 64^e (2012) à la 70^e session (2018), à l'exception de la 69^e (2017) ; les travaux de la Commission se sont terminés en 2018 avec l'adoption des « Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs » (reproduits dans le *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 70^e session*, doc. n° A/73/10, à paraître in *Ann. CDI*, 2018, vol. II, 2, pp. 129-166) dont l'Assemblée générale des Nations Unies a « pris note » le 20 décembre 2018 par sa résolution n° A/RES/73/203 ; v. les chroniques sur les « Travaux de la Commission du droit international et de la sixième Commission » par NORODOM (A.-T) et LAGRANGE (Ph.), in *AFDI*, 2012, pp. 376-377 ; 2013, pp. 143-146 ; puis par ces deux premiers et LEMOINE (A.), in *AFDI*, 2015, pp. 337-341 ; 2016, pp. 274-276 ; 2018, pp. 408-411.

² CDI, Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, *op. cit.*

³ Second alinéa de la conclusion 11 (*ibid.*, p. 152) ; cet alinéa ne faisait pas partie du projet initial de conclusions établi en 2015 dans le troisième rapport du rapporteur spécial (WOOD (M.), *Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier*, 27 mars 2015, doc. n° A/CN.4/682, § 44), il a été proposé par ce dernier à la suite des débats en séance plénière et inséré dans le projet de conclusion 11 par le Comité de rédaction (v. FORTEAU (M.), *Détermination du droit international coutumier – Déclaration du Président du comité de rédaction*, 29 juillet 2015, non publié [accessible à partir du site Internet de la CDI : <http://legal.un.org/ilc/>], p. 14 : « [I]e sentiment général du comité de rédaction a été qu'il pouvait être utile d'inclure une telle orientation dans le texte du projet de conclusion et de ne pas discuter de cette question seulement dans les commentaires » ; *adde.* CDI, *Compte rendu analytique provisoire de la 3280^e séance* (67^e session), vendredi 29 juillet 2015, doc. n° A/CN.4/SR.3280, p. 11) ; le premier texte l'intégrant est donc celui proposé par le Comité de rédaction en 2015 (CDI, *Texte des projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction*, 15 juillet 2015, doc. n° A/CN.4/L.869).

⁴ Il se lit ainsi : « Une règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la règle conventionnelle : a) A codifié une règle de droit international coutumier existante à la date de la conclusion du traité ; b) A abouti à la cristallisation d'une règle de

distinction entre trois modalités par lesquelles une règle conventionnelle peut « refléter » une règle coutumière. Cette distinction classique a été clairement affirmée dès 1969 dans les importantes affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*⁵. Le second alinéa est quant à lui expressément consacré aux situations de concours de plusieurs traités énonçant la même règle. Il est comme le premier inspiré par certaines prises de position de la Cour, notamment dans l'affaire *Diallo*⁶. Il n'apporte cependant guère d'informations sur l'influence de traités contenant une règle identique sur la coutume ; tout au plus affirme-t-il qu'elle est de l'ordre du possible. Cette modalité d'identification d'une règle coutumière, dans laquelle plusieurs traités contenant des clauses similaires ou identiques ont, en raison de cette proximité substantielle, un effet sur la détermination du droit international coutumier peut être désignée par le nom de convergence de dispositions conventionnelles ou convergence conventionnelle. C'est à cet objet qu'est consacrée la présente étude.

2. Cette hypothèse ne se laisse pas aisément appréhender, pour au moins deux raisons. D'une part, il s'agit d'un cas de figure rare en pratique car il n'existe qu'un nombre restreint de situations dans lesquelles l'effet de la convergence conventionnelle sur le droit international coutumier a été reconnu. D'autre part, cette problématique est difficilement séparable de celle, plus générale, des effets que peuvent avoir les traités pris individuellement sur la coutume. Ces difficultés ne font cependant pas obstacle à une analyse spécifique de l'effet de la convergence conventionnelle sur les règles coutumières, même si elle ne peut être totalement isolée de celle de l'influence individuelle de chaque traité sur ces dernières. Il ne faut donc pas ignorer la question plus générale des effets des traités sur la formation de la coutume pour pouvoir étudier et mettre au jour les éventuelles particularités propres à la convergence de dispositions conventionnelles.

3. Les relations entre traités et coutume ne constituent pas un sujet nouveau en droit international⁷, même lorsque l'on s'interroge sur le rôle des premiers dans la

droit international coutumier qui avait commencé à émerger avant la conclusion du traité ; ou c) A servi de point de départ à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), engendrant ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier ».

⁵ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, *Rec. CIJ*, 1969, pp. 3-257, spéc. p. 41, §§ 69-70.

⁶ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt du 24 mai 2007, *Rec. CIJ*, 2007 (II), p. 615, § 90 : « [l]e fait [...] que différents accords internationaux [...] aient institués des régimes juridiques spécifiques [...] ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières [...] auraient changé ; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire ».

⁷ À l'occasion de son étude « Ways and Means for Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available », la CDI notait déjà en 1950 que « [p]erhaps the differentiation between conventional international law and customary international law ought not to be too rigidly insisted upon [...]. A principle or rule of customary international law may be embodied in a bipartite or multipartite agreement so as to have, within the stated limits, conventional force for the States parties to the agreement so long as the agreement is in force; yet it would continue to be binding as a principle or rule of customary international law for other States. Indeed, not infrequently conventional formulation by certain States of a practice also followed by other States is relied upon its efforts to establish the existence of a rule of customary international law. Even multipartite conventions signed

INTRODUCTION

détermination de la seconde. Cette perspective a donné lieu à des travaux importants⁸, qui ne couvrent cependant pas la totalité du champ du rôle des traités dans la formation de la coutume. En effet, ils se limitent, dans leur majorité, à étudier les situations dans lesquelles une convention multilatérale a donné naissance à la coutume⁹, sans prendre en compte les autres aspects de l'influence des traités sur l'identification du droit international coutumier et notamment l'énonciation par plusieurs traités d'une règle identique. La multiplication récente d'études consacrées au droit international coutumier, certainement encouragée par les travaux de la Commission du droit international en la matière, ne permet pas de combler ce vide¹⁰. Elles ignorent en effet souvent la question de la convergence de dispositions conventionnelles et lorsqu'elles l'évoquent, l'étude est peu approfondie. Plus précisément, si cette hypothèse est régulièrement envisagée ou

but not brought into force are frequently regarded as having value as evidence of customary international law » (CDI, « Report of the International Law Commission to the General Assembly », doc. n° A/1316, *Ann. CDI*, 1950, vol. II, p. 368, § 29).

⁸ Parmi une importante littérature AKEHURST (M.), « Custom as a Source of International Law », *BYBIL*, vol. XLVII, 1974-1975, pp. 42-52 ; BAXTER (R. R.), « Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law », *BYBIL*, vol. XLI, 1965-1966, pp. 275-300 ; *idem*, « Treaties and Custom », *RCADI*, t. 129, 1970 (I) , pp. 25-105 ; D'AMATO (A.), « Treaties As a Source of General Rules of International Law », *Harvard International Law Journal*, 1962, n° 3, pp. 1-43 ; *idem*, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca/Londres, Cornell University Press, 1971, 256 pp., qui consacre un long chapitre à cette question (pp. 103-166) ; DINSTEIN (Y.), « The Interaction Between Customary International Law and Treaties », *RCADI*, t. 322, 2006, pp. 243-428 ; SCHACHTER (O.), « Entangled Treaty and Custom », in DINSTEIN (Y.) (dir.), *International Law at a Time of Perplexity – Essays in honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 717-738 ; SHIHATA (I. F. I.), « The Treaty as a Law-Declaring and Custom-Making Instrument », *Revue égyptienne de droit international*, vol. 22, 1966, pp. 51-90, particulièrement éclairant et précurseur ; TORRIONE (H.), *L'influence des conventions de codification sur la coutume en droit international public*, Fribourg (Suisse), Éditions universitaires, 1989, 404 pp. ; VILLIGER (M. E.), *Customary International Law and Treaties – A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, Kluwer Law International, 1997, 346 pp.

⁹ Par ex. ROXBURGH (R. F.), *International Conventions and Third States*, London, Longmans, Green and Co., 1917, 119 pp., spéc. §§ 46-62 ; BAXTER (R. R.), « Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law », *op. cit.* ; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, (E.), « International Law in the Past Third of a Century », *RCADI*, t. 159, 1978 (I), pp. 11-22 ; MILLAN MORO (L.), *La opinio iuris en el derecho internacional contemporáneo*, Madrid, editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1990, pp. 164-168 ; CRAWFORD (J.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^e éd., Oxford University Press, 2012, pp. 31-34.

¹⁰ V. par ex. : CHIMNI (B. S.), « Customary International Law: a Third World Perspective », *AJIL*, vol. 112, 2018, pp. 1-46 ; BRADLEY (C. A.) (dir.), *Custom's Future*, Cambridge University Press, 2016, 379 pp. ; LEPARD (B. D.), (dir.), *Reexamining Customary International Law*, Cambridge University Press, 2017, 491 pp. ; MCGARRY (B.), « The Development of Custom in Territorial Dispute Settlement », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 8, 2017, pp. 339-365 ; RAO (P. S.), « The Identification of Customary International Law: a Process that Defies Prescription », *Indian Journal of International Law*, Vol. 57, 2017, pp. 221-258 ; TALMON (S.), « Determining Customary International Law: the ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion », *EJIL*, vol. 26, 2015, pp. 417-443 ; VERDIER (P. H.) et VOETEN (E.), « Precedent, Compliance, and Change in Customary International Law : An Explanatory Theory », *AJIL*, 2014, pp. 389-434 ; WORSTER (W. T.), « The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 42, 2014, pp. 445-521 ; ALVAREZ-JIMÉNEZ (A.), « Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009 », *ICLQ*, vol. 60, 2011, pp. 681-712 ; LEPARD (B. D.), *Customary International Law – A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, 2010, 419 pp.

mentionnée par la doctrine¹¹, seules quelques rares études en proposent une analyse approfondie¹². Les travaux de l'Association du droit international sur la

¹¹ WOOD (M.), Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, 22 mai 2014, n° A/CN.4/672, Ann. CDI, 2014, vol. II (à paraître), § 76, *litt. f*; *idem*, Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, 27 mars 2015, doc. n° A/CN.4/682, § 42, à propos de la convergence de traités bilatéraux; v. aussi les travaux de l'Institut de droit international, selon lequel la « répétition dans deux ou plusieurs conventions de codification de la substance d'une même norme peut constituer un élément important pour établir l'existence de cette norme comme règle coutumière de droit international général » (IDI, Conclusions sur les problèmes découlant d'une succession de conventions de codification du droit international sur un même sujet, annexées à la résolution de l'Institut de droit international adoptée le 1^{er} septembre 1995, *Ann. IDI*, vol. 66-II, 1996, p. 440, conclusion 12); l'hypothèse est notamment envisagée ou mentionnée dans les travaux suivants : déjà PIÉDELIÈVRE (R.), *Précis de droit international public ou droit des gens*, T. I, Paris, F. Pichon, 1894, pp. 25-26; BONFILS (H.), *Manuel de droit international public (droit des gens)*, 6^e éd. (revue et mise au courant par P. Fauchille), Paris, A. Rousseau, 1912, pp. 24-25; HALL (W. E.), PEARCE HIGGINS (A.), *A Treatise of International law*, 7^e éd., 1917, p. 9; DE VISSCHER (Ch.), « La codification du droit international », *RCADI*, t. 6, 1925 (I), pp. 354-356; WHEATON (H.), *Elements of International Law*, Philadelphie, Carey, Lea and Blanchard, 1936, p. 50; KOPELMANAS (L.), « Custom as a Means of the Creation of International Law », *BYBIL*, vol. XVII, 1937, pp. 136-138; ROUSSEAU (Ch.), *Principes généraux du droit international public*, Tome I Introduction et Sources, Paris, Pedone, 1944, p. 857; STARKE (J. G.), « Treaties as a 'Source' of International Law », *BYBIL*, vol. XXIII, 1946, pp. 341-346; KUNZ (J.), « The Nature of Customary International Law », *AJIL*, vol. 47, 1953, p. 668; GUGGENHEIM (P.), *Traité de droit international public*, vol. 1, 1^{ère} éd., Genève, Georg & Cie., 1953, p. 52 (qui refuse cependant que la convergence conventionnelle donne naissance à de la coutume); DE VISSCHER (Ch.), « Coutume et traité en droit international public », *RGDIP*, 1955, spéc. pp. 360-361, n. 8 : « [I]es traités commutatifs, très généralement bilatéraux, peuvent contenir des clauses-types. Il en est ainsi notamment en matière d'extradition. Bien que ces clauses comme telles ne lient que les parties contractantes, le contenu des règles qu'elles formulent peut, du fait de leur généralisation, engendrer un droit coutumier »; SCHWARZENBERGER (G.), *The Inductive Approach to International Law*, London/New-York, Stevens/Oceana, 1965, p. 34; CAVARÉ (L.), *Le droit international public positif*, Tome 1, 3^e éd. (mise à jour par J.-P. QUÉNEUDEC), Paris, Pedone, 1967, pp. 218-219; ROUSSEAU (Ch.), *Droit international public*, Tome 1, Introduction et Sources, Sirey, 1970, pp. 334-337; LAUTERPACHT (H.), « International Law—The General Part », *Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. 1, Cambridge University Press, 1970, pp. 60-61; VAN BOGAERT (É.), « La coutume et le droit des gens », in *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 1, Les progrès du droit des gens, Paris/Bruxelles, Fernand Nathan/Éditions Labor, 1979, pp. 133-137; REUTER (P.), *Introduction au droit des traités*, 2^e éd., Paris, PUF, 1985, p. 94, soulignant que le processus « n'est pas aisé à démontrer », en matière de formation de la coutume par convergence de traités bilatéraux « on sera toujours porté à hésiter entre l'argument *a pari* et l'argument *a contrario* »; CHARNEY (J. I.), « International Agreements and the Development of Customary International Law », *Washington Law Review*, 1986, pp. 979-981; BARBERIS (J. A.), « Réflexions sur la coutume internationale », *AFDI*, 1990, pp. 34-35; CONDORELLI (L.), « La coutume », in BEDJAOUI (M.) (dir.), *Droit international – Bilan et perspectives*, t. 1, Paris, Pedone-UNESCO, 1991, pp. 201-202, §§ 40-41; VILLIGER (M. E.), *Customary International Law and Treaties*, *op. cit.*, p. 189; WOLFKE (K.), « Treaties and Custom: Aspects of Interrelation », in KLABBERS (J.) et LEFEBER (R.) (dirs), *Essays on the Law of Treaties – A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1998, p. 36, refusant ce mode de formation de la coutume; VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 323, selon qui « [i]l paraît plus aisé [...] d'affirmer l'existence d'une coutume au départ d'une pluralité de traités bilatéraux concordants que de la déduire de la seule participation très large des États à un traité multilatéral »; BROWNIE (I.), *Principles of Public International Law*, 7^e éd., Oxford University Press, 2008, pp. 13-14 (le paragraphe sur la contribution des traités bilatéraux au droit coutumier a cependant été supprimé dans l'édition ultérieure de l'ouvrage : CRAWFORD (J.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^e éd., Oxford University Press, 2012, pp. 31-34); THIRLWAY (H.), *The Sources of International Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 71-72.

INTRODUCTION

coutume, entre 1984 et 2000, n'apportent guère plus d'éléments en la matière¹³. Il convient donc de combler cette relative lacune.

4. L'étude poursuit ainsi l'objectif d'apporter des éléments de compréhension sur la manière dont des dispositions similaires ou identiques énoncées par plusieurs traités ou conventions – les deux mots seront tenus pour synonymes – internationaux sont prises en considération dans l'identification du droit coutumier. L'intérêt d'une telle approche est de mettre en évidence les différences éventuelles, dans le cadre de la détermination du droit coutumier, entre les dispositions conventionnelles et les faits réputés être à l'origine de la coutume. Les agissements matériels et autres usages concrets réguliers ont en effet peu à voir avec le fait de contracter un engagement. Aussi l'expression « dispositions conventionnelles » sera-t-elle strictement entendue, c'est-à-dire limitée au produit juridique que celles-ci constituent et en excluant toute conduite matérielle qui s'y rapporte. L'expression ne concernera par conséquent pas la pratique matérielle antérieure aux textes conventionnels, qui en détermine la production, ni celle postérieure, qui en poursuit l'application ou l'exécution. Ces comportements matériels seront donc laissés de côté du champ principal d'étude, qui se concentrera sur l'objet particulier que constituent les dispositions conventionnelles, fruit d'un engagement.

5. La détermination de la coutume en droit international est généralement présentée comme la recherche de deux éléments, la « pratique » et l'*opinio juris*. La première constitue l'élément matériel, c'est-à-dire la reproduction régulière et

¹² Les développements les plus détaillés se trouvent dans BAXTER (R. R.), « Treaties and Custom », *RCADI*, t. 129, 1970 (I), pp. 75-91 en ce qui concerne les traités bilatéraux : selon Baxter, « [t]he failure of international tribunals to justify through reasoned argument their repeated reliance on bilateral treaties makes it the more important to examine the reasons why a tribunal or other decision-maker is entitled to look to such treaties as evidence of the state of customary international law » (p. 75) ; D'AMATO (A.), « Treaties As a Source of General Rules of International Law », *op. cit.* ; *idem*, *The Concept of Custom in International Law*, *op. cit.*, spéc. pp. 70-71 et 103-166 ; DINSTEIN (Y.), « The Interaction Between Customary International Law and Treaties », *RCADI*, t. 322, 2006, pp. 299-303 ; SØRENSEN (M.), *Les sources du droit international – Étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale*, Copenhague, Einar Munksgaard, 1946, pp. 95-98 ; d'autres études, moins fouillées, fournissent d'intéressants éclairages sur la question : v. not SCHACHTER (O.), « Entangled Treaty and Custom », *op. cit.*, pp. 732-733 ; SHIHATA (I. F. I.), « The Treaty as a Law-Declaring and Custom-Making Instrument », *op. cit.*, spéc. pp. 76-89.

¹³ Un Comité international a été créé le 24 novembre 1984 pour étudier le sujet « *The Formation of Rules of Customary (General) International Law* » (ILA, *Report of the Sixty-First Conference*, Paris, 1984, p. 21) ; le premier rapport intermédiaire du Comité a été publié en 1988 incluant les deux premiers rapports du premier rapporteur M. H. Mendelson (ILA, *Report of the Sixty-Third Conference*, Varsovie, 1988, pp. 935-959) et évoquant brièvement le rôle des traités multilatéraux et des séries de traités bilatéraux (p. 939) ; les deuxième, troisième et quatrième rapports intermédiaires du Comité ne traitent pas de la question du rôle des traités dans la formation de la coutume (le deuxième est paru en 1992, incluant le troisième rapport du rapporteur : ILA, *Report of the Sixty-Fifth Conference*, Le Caire, 1992, pp. 366-379 ; le troisième, consacré à l'élément subjectif, a été publié en 1996 : ILA, *Report of the Sixty-Seventh Conference*, Helsinki, 1996, pp. 623-646 ; le quatrième, intitulé « The Objective Element in Customary International Law » a été publié en 1998 : ILA, *Report of the Sixty-Eight Conference*, Taïpei, 1998, pp. 321-335) ; seul le Rapport final du Comité, intitulé « Statement of Principles applicable to the Formation of General Customary International Law » (publié in ILA, *Report of the Sixty-Ninth Session*, Londres, 2000, pp. 712-777) prend longuement en compte le rôle des traités (pp. 753-765) ainsi que, plus brièvement, la convergence conventionnelle (pp. 758-759).

cohérente d'un comportement, alors que la seconde est dite élément « psychologique » ou « subjectif », à savoir le fait que la « pratique » est « acceptée comme étant de droit »¹⁴. Si cette « théorie des deux éléments » est fondamentale, en ce qu'elle sert de fondement à la grande majorité des règles coutumières, elle n'est pas toujours considérée comme la plus pertinente. Une partie de la doctrine a ainsi affirmé son caractère artificiel et a mis l'accent soit sur l'élément matériel¹⁵, soit au contraire sur l'élément subjectif¹⁶. Ces élaborations

¹⁴ Selon l'art. 38, §1 *litt.* b) du Statut de la Cour internationale de Justice la coutume internationale est la « preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » (repris à l'identique de la formule de l'article 38, b) du Statut de la Cour permanente de Justice internationale) ; cet article fait souvent office de référence à cette « théorie des deux éléments », bien que cette dernière soit très largement admise et reprise notamment par la Commission du droit international comme « approche fondamentale » qui « sous-tend les projets de conclusion » (v. les conclusions 2, intitulée « Deux éléments constitutifs », et 3, intitulée « Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs », ainsi que leurs commentaires dans les Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs (*op. cit.*, pp. 131-136, spéc. p. 132).

¹⁵ KOPELMANAS (L.), « Custom as a Means of the Creation of International Law », *op. cit.*, p. 151 ; KELSEN (H.), « Théorie du droit international coutumier », *op. cit.*, pp. 72-75 ; GUGGENHEIM (P.), « Les deux éléments de la coutume en droit international », in *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. 1, Paris, LGDJ, 1950, pp. 280-284 ; *idem*, *Traité de droit international public*, vol. 1, 1^{ère} éd., *op. cit.*, pp. 46- 50 : cet auteur rejette l'*opinio juris* comme « croyance au caractère obligatoire de la règle », mais admet que la coutume est créée par « une conduite que les organes compétents qualifient de coutume » (pp. 47-48) ; MENDELSON (M.), « The Subjective Element in Customary International Law », *BYBIL*, vol. 66, 1995, pp. 204-207 ; v. aussi, plus mesuré, ILA, « Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law », *Report of the Sixty-Ninth Conference*, Londres, 2000, pp. 740 et ss. (il n'est pas nécessaire de prouver l'*opinio juris* lorsque les États suivent manifestement la « pratique » en tant que règle de droit).

¹⁶ Notamment en raison de l'accélération de la formation de la coutume que d'aucuns ont constatée dès les années 1960, faisant fleurir les notions de coutume instantanée (CHENG (B.), « United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law? », *Indian Journal of International Law*, n° 5, 1965, pp. 23-48 [rééd. in CHENG (B.), (dir.), *International law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens & Sons, 1982, pp. 237-262], spéc. p. 36 : « [n]ot only is it unnecessary that the usage should be prolonged, but there need also be no usage at all in the sense of repeated practice, provided that the *opinio juris* of the States concerned can be clearly established. Consequently, international customary law has in reality only one constitutive element, the *opinio juris* »), de « coutume sauvage » (DUPUY (R.-J.), « Coutume sage et coutume sauvage », *Mélanges offerts à Charles Rousseau : la communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, pp. 75-87 ; *idem*, « Droit déclaratoire et droit programmatore : de la coutume sauvage à la "soft law" », in SFDI, *L'élaboration du droit international public*, colloque de Toulouse, Paris, Pedone, 1975, pp. 132-148 ; v. aussi TARDIEU (A.), « Coutume sage et coutume sauvage dans les écrits de René-Jean Dupuy », in IHEI, *Les grandes pages du droit international*, vol. 2 Les sources, Paris, Pedone, 2016, pp. 233-245) ou encore de « nouvelle coutume » (identifiée selon un processus davantage « déductif » qu'« inductif », en se fondant davantage sur l'*opinio juris* que sur la « pratique » ; voir en ce sens : ABI-SAAB (G.), « La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », in *Le droit international à l'heure de sa codification – Études en l'honneur de Roberto Ago*, t. 1, Milan, A. Giuffrè, 1987, pp. 53-65, selon qui le mot coutume n'est pas adapté à cette forme de production du droit non écrit ; SCHACHTER (O.), « New Custom: Power, *opinio juris* and Contrary Practice », in MAKARCZYK, (J.) (dir.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1996, pp. 531-540, insistant notamment sur le rôle des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies dans la formation de cette nouvelle coutume (pp. 533-536) ; ROBERTS (A.), « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: a Reconciliation », *AJIL*, vol. 95, 2001, pp. 757-791 ; ALVAREZ-JIMÉNEZ (A.), « Methods for the Identification of Customary International Law in the

doctrinales sont néanmoins contrariées par le rappel de la conception « classique » de la coutume internationale par la jurisprudence¹⁷, la Commission du droit international¹⁸ mais aussi par les États eux-mêmes¹⁹. Il faut donc se garder d'écarter trop négligemment cette bipartition. En ce qui concerne l'élément matériel, la première réflexion qui vient à l'esprit concerne la distinction entre actes verbaux et actes matériels. Il est largement admis par la pratique

International Court of Justice's Jurisprudence: 2000–2009 », *ICLQ*, vol. 60, 2011, pp. 681-712, spéc. 687-693) ; certains enfin, étudiant la jurisprudence récente en matière de droit international pénal, n'hésitent pas à élargir la notion d'*opinio juris* ainsi renforcée à une forme de « conscience publique » (v. par ex. BAKER (R. B.), « Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates », *EJIL*, vol. 21-1, 2010, pp. 173-204, spéc. p. 182 : « *State practice, if it has any role at all to play, is a secondary factor in customary international norm formation, in that it can be thought of as composed of a general 'communal' acceptance (on the part of the community of states in the international system as a whole) rather than the expressed will of individual states* » ; plus mesurée, ARAJÄRVI (N.), *The Changing nature of Customary International Law*, Oxon/New-York, Routledge, 2014, 194 pp. ; *idem*, « From the "Demands of Humanity": The Formulation of *Opinio Juris* in Decisions of International Criminal Tribunals and the Need for a Renewed Emphasis on State Practice », in LEPARD (B. D.), *Reexamining Customary International Law*, *op. cit.*, pp. 189-229 (l'autrice met cependant l'accent sur la nécessité de prendre en compte la « pratique », outre cette *opinio juris* élargie ; elle conclut ainsi en affirmant que « *[w]hat is needed [...] is an approach that accepts a broadened notion of "moral" opinio juris, but that is also ultimately grounded in practice. This could result in the desired balance of respect for positive law and the principle of legality on the one hand while addressing the demands of humanity on the other* »).

¹⁷ Pour s'en tenir à un rappel récent par la Cour internationale de Justice, v. CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt du 3 février 2012, *Rec. CIJ*, 2012 (I), pp. 99-322, spéc. p. 122-123, § 55, rappelant que la « "pratique effective" assortie de l'*opinio juris* » sont les « critères [...] permettant d'identifier une règle de droit international coutumier ».

¹⁸ La Commission du droit international qualifie la théorie des deux éléments d'« approche fondamentale » et y consacre notamment ses conclusions 2 et 3 (CDI, Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, *op. cit.*, pp. 131-136) ; *adde.* WOOD (M.), Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, *op. cit.*, §§ 21-80 ; v. aussi HUDSON (M. O.), « Working paper on Article 24 of the Statute of the International Law Commission », 3 mars 1950, doc. n° A/CN.4/16, *Ann. CDI*, 1950, vol. II, pp. 24-35, repris par la Commission dans son rapport à l'Assemblée générale des Nations Unies (*ibid.*, pp. 367-374).

¹⁹ V. not. les débats aux séances de la 6^e Commission de l'Assemblée générale : la théorie des deux éléments est approuvée par la Chine (SIXIÈME COMMISSION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Compte rendu analytique de la 20^e séance (69^e session)*, 28 octobre 2014, doc. n° A/C.6/69/SR.20, p. 6), la Slovaquie (*ibid.*, p. 9), la France (*Compte rendu analytique de la 22^e séance (69^e session)*, 29 octobre 2014, doc. n° A/C.6/69/SR.22, p. 7), la Slovaquie (*Compte rendu analytique de la 23^e séance (69^e session)*, 31 octobre 2014, doc. n° A/C.6/69/SR.23, p. 20), le Chili (*Compte rendu analytique de la 24^e séance (69^e session)*, 31 octobre 2014, doc. n° A/C.6/69/SR.24, p. 11), Israël (*Compte rendu analytique de la 25^e séance (69^e session)*, 3 novembre 2014, doc. n° A/C.6/69/SR.25, p. 15) ; l'Autriche (*ibid.*, p. 18), Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède (*ibid.*, p. 22), le Portugal (*Compte rendu analytique de la 26^e séance (69^e session)*, 3 novembre 2014, doc. n° A/C.6/69/SR.26, p. 2), le Royaume-Uni (*ibid.*, p. 3), le Bélarus (*ibid.*, p. 4), la Grèce (*ibid.*, p. 6), l'Irlande (*ibid.*, p. 8), la République tchèque (*ibid.*, p. 9), le Japon (*ibid.*, p. 14), l'Afrique du Sud (*ibid.*, p. 18), l'Espagne (*ibid.*, p. 19), l'Iran (*Compte rendu analytique de la 27^e séance (69^e session)*, 5 novembre 2014, doc. n° A/C.6/69/SR.27, p. 3), les États-Unis d'Amérique (*ibid.*, p. 4), la Jamaïque (*ibid.*, p. 7), l'Indonésie (*ibid.*, p. 12) et la République de Corée (*ibid.*, p. 13) ; des positions identiques ont été soutenues par de nombreux États lors de la 71^e session (WOOD (M.), Cinquième rapport sur la détermination du droit international coutumier, 14 mars 2018, doc. n° A/CN.4/717, *Ann. CDI*, 2018, vol. II (à paraître), § 28).

internationale, ainsi que par une doctrine assez unanime²⁰, que les premiers, comprenant évidemment les traités, peuvent contribuer à la coutume. Selon certains cependant, ces actes verbaux peuvent constituer l'*opinio juris* seulement²¹. Mais en vertu de l'analyse la plus courante, les dispositions

²⁰ La conclusion 6 de la CDI affirme que la « pratique » comprend « les actes matériels et verbaux » ; le commentaire y relatif précise quant à lui que « [s]i certains ont soutenu que ce qui compte en tant que pratique aux fins de déterminer le droit international coutumier est ce que les États "font" et non ce qu'ils "disent", il est désormais généralement admis qu'un comportement verbal (qu'il soit écrit ou oral) peut aussi constituer une pratique ; de fait, la pratique peut parfois consister exclusivement en des actes verbaux, par exemple en des protestations diplomatiques » (CDI, Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, *op. cit.*, pp. 140-141) ; WOOD (M.), Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, *op. cit.*, § 37 ; v. aussi les travaux de l'ILA sur la formation du droit international coutumier général, not. « 4th Interim Report of the Committee: the Objective Element in Customary International Law », in ILA, *Report of the Sixty-Eight Conference*, *op. cit.*, pp. 324-325 et ILA, « Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law », *Report of the Sixty-Ninth Conference*, *op. cit.*, pp. 725-726 et 753-777 ; *adde.* AKEHURST (M.), « Custom as a Source of International Law », *op. cit.*, pp. 1-8 ; BAXTER (R. R.), « Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law », *BYBIL*, 1965, pp. 275 ; *idem.*, « Treaties and Custom », *op. cit.* ; BYERS (M.), *Custom, Power, and the Power of Rules*, Cambridge University Press, 1999, pp. 133-135 ; CARREAU (D.), MARRELLA (F.), *Droit international*, 12^e éd., Paris, Pedone, 2018, p. 314, § 27 ; CORTEN (O.), DUBUISSON (Fr.), KOUTROULIS (V.), LAGERWALL (A.), *Une introduction critique au droit international*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2017, p. 320-321 ; DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2009, p. 356 ; DEBUF (E.) et HENCKAERTS (J.-M.), « The ICRC and the Clarification of Customary International Humanitarian Law », in LEPARD (B. D.) (dir.), *Reexamining Customary International Law*, *op. cit.*, pp. 179-181 ; DINSTEIN (Y.), « The Interaction Between Customary International Law and Treaties », *RCADI*, t. 322, 2006, pp. 275-281 ; DOSWALD-BECK (L.) et HENCKAERTS (J.-M.) (dirs), *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I : Règles, Bruxelles, Bruylant/CICR, 2006, pp. XLVII-XLIV ; DUPUY (P.-M.) et KERBRAT (Y.), *Droit international public*, 13^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2016, p. 363 ; KOHEN (M.), « La pratique et la théorie des sources du droit international », in SFDI, *Colloque de Genève – La Pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 89-90 ; MENDELSON (M. H.), « The Formation of Customary International Law », *RCADI*, t. 272, 1998, pp. 204-207 ; PARRY (C.), *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester University Press, 1965, pp. 62-67 ; SANTULLI (C.), *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 48 ; SUR (S.) in COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, 12^e éd., Paris, LGDJ, coll. Précis Domat, 2016, p. 64 ; THIRLWAY (H.), *The Sources of International Law*, *op. cit.*, p. 66 ; VERDIER (P. H.) et VOETEN (E.), « Precedent, Compliance, and Change in Customary International Law: An Explanatory Theory », *op. cit.*, pp. 414-415 ; VILLIGER (M. E.), *Customary International Law and Treaties – A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, *op. cit.*, pp. 25-28.

²¹ CIJ, *Affaires des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, Opinion dissidente de M. J. E. Read, *Rec. CIJ*, 1951, p. 191 ; cette question était notamment débattue dans les années 1970, les auteurs suivants soutenaient alors que les actes verbaux ne pouvaient constituer la « pratique » : D'AMATO (A.), *The Concept of Custom in International Law*, *op. cit.*, pp. 88-90, quoique acceptant que les traités, parce qu'ils constituent des engagements à agir (« *commitment to act* ») et non de simples déclarations, contribuent à la « pratique » ; WOLFKE (K.), *Custom in Present International Law*, 2^e éd., Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 41-42 ; *idem.*, « Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law », *Netherlands Yearbook of International Law*, n° 24, 1993, pp. 3-4 ; *idem.*, « Treaties and Custom: Aspects of Interrelation », *op. cit.* p. 33 (« [a] treaty per se is, therefore, not any element of practice. It can, however, contribute to the element of acceptance as law by the parties by referring in its content, directly or indirectly, to existing or emerging custom », note de bas de page omise) ; voir aussi son intervention orale lors de la session de travail de l'ILA sur le droit international coutumier du 26 août 1988, reproduite in ILA, *Report of the Sixty-Third Conference*, Varsovie, 1988, p. 966-967 ; *adde.* THIRLWAY (H.), *International Customary Law and Codification*, Leyde, Sijthoff, 1972, pp. 67-68 ; D'ASPREMONT (J.), « The Decay of Modern

conventionnelles peuvent être à la fois constitutives de l'élément matériel et révélatrices de l'élément subjectif. La place faite aux traités dans les récents travaux de la Commission du droit international sur l'identification du droit international coutumier en est une bonne illustration²². La recherche ne peut cependant se contenter d'un tel constat, qui n'a aucune valeur explicative sinon de rappeler une nouvelle fois que les dispositions conventionnelles convergentes peuvent avoir un effet sur le droit coutumier. Il convient donc d'adopter une autre conception de l'objet de cette étude, de l'analyser autrement qu'au prisme de la théorie des deux éléments afin de construire une approche plus féconde pour la connaissance de la formation de la coutume (1). Refuser d'articuler l'étude autour de la théorie des deux éléments nécessite en outre de présenter les soubassements théoriques de l'approche choisie ainsi que leurs implications méthodologiques (2). Ce n'est qu'une fois ces dernières connues que l'on pourra exposer la thèse défendue (3).

I. ANALYSE DE L'OBJET D'ÉTUDE

6. Le fondement de l'approche retenue consiste à considérer que chaque produit juridique revêt deux facettes, la première concernant son contenu, la seconde sa qualité juridique. Plutôt que de présenter cette hypothèse de manière abstraite, c'est par l'exemple des dispositions conventionnelles d'abord (a) et des règles coutumières ensuite (b), qu'elle sera envisagée. Cela permettra d'en mieux percevoir l'intérêt en ce qui concerne l'étude de la convergence de dispositions conventionnelles (c).

a. Le double aspect des dispositions conventionnelles

7. Les termes « disposition », « stipulation » ou « clause » désignent, de manière générique, tout énoncé d'un acte juridique. Or, ce qui importe est d'une part le contenu de ces dispositions, leur énoncé *stricto sensu*, et d'autre part ce qu'elles font ou visent à faire dans le domaine des relations juridiques. Elles ont donc un double aspect : d'un côté la substance d'un acte, ce qui y est exprimé, et de l'autre la qualité juridique de cet acte²³. Pour le dire encore autrement, il s'agit de

Customary International Law in Spite of Scholarly Heroism », *Global Community: Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2015, p. 672.

²² WOOD (M.), Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, *op. cit.*, selon lequel la « pratique en matière conventionnelle » peut constituer l'élément matériel (§ 41, *litt. h*) alors que les « traités » peuvent permettre d'identifier l'*opinio juris* (§ 76, *litt. f*).

²³ V. not. FITZMAURICE (G.), Premier rapport sur le droit des traités, doc. A/CN.4/101, 14 mars 1956, *Ann. CDI*, 1956, II, p. 112 : selon l'article 14 proposé par G. Fitzmaurice, les traités doivent être considérés à la fois « comme texte et comme opération juridique » ; v. aussi le commentaire : « [l]a validité formelle est la conséquence de deux éléments : le texte et les actes formels qui donnent au texte le caractère d'une opération juridique. Considéré uniquement comme *texte*, le traité est un document plutôt qu'un acte ou une opération juridique » (*ibid.*, p. 122, § 24) ; *rappr.* BRIERLY (J. L.), Rapport sur le droit des traités, 14 avril 1950, doc. n° A/CN.4/23, *Ann. CDI*, 1950, II, p. 228, § 30 ; *adde.* FITZMAURICE (G.), « Some problems Regarding the Formal Sources of International Law », in *Symbolae Verzijl présentées au professeur J. H. W. Verzijl à l'occasion de son LXXième anniversaire*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1958, pp. 153-176 (sur les travaux de Fitzmaurice, v. BOURDONCLE (E.), « Fitzmaurice et la distinction entre traité et obligation conventionnelle », in IHEI, *Grandes pages du droit international*, vol. 2 *Les sources*, Paris, Pedone, 2016, pp. 55-86) ; SUR (S.), « La créativité du droit international – Cours général de droit international public », *RCADI*, t. 363, 2012, pp. 189-192.

distinguer la formulation d'un contenu, par exemple un comportement à adopter, de la qualité juridique propre aux conventions internationales qui les rend opposables à leurs parties. Cette distinction n'est pas purement abstraite, elle a un intérêt pratique lorsqu'il s'agit d'établir la force juridique d'une clause particulière, quel que soit son contenu. Une disposition conventionnelle est par conséquent un énoncé auquel est conférée la qualité conventionnelle. La distinction n'est pas très éloignée d'autres, connues en doctrine, comme celles entre l'acte et la norme²⁴ ou entre le mode de production et le produit²⁵. En ce qui concerne la présente étude, l'intérêt de ces considérations est de permettre de distinguer les effets du contenu de l'énoncé de ceux de sa qualité conventionnelle dans l'identification de la coutume.

8. L'objet de l'étude est en effet d'éclairer la manière dont les dispositions conventionnelles sont prises en compte dans l'identification du droit coutumier. Il s'agit donc d'étudier ce rapport entre des actes juridiques particuliers, les traités internationaux, et la détermination de la règle coutumière. Autrement dit, seules les dispositions conventionnelles en vigueur seront prises en considération, c'est-à-dire celles qui, précisément, ont accédé à la qualité conventionnelle. Seront donc exclues du champ principal d'étude les dispositions d'un acte destiné à devenir conventionnel mais qui, pour une raison ou une autre, ne l'est pas encore devenu, ainsi que les énoncés d'instruments qui s'en approchent quant à leur contenu, comme les résolutions de certaines organisations internationales. Ces catégories d'actes pourront cependant être mobilisées occasionnellement à titre de comparaison, la pratique ne les distinguant pas toujours. Il en va de même en ce qui concerne la conduite des États au regard des traités²⁶, comme leurs travaux préparatoires, qui sont des objets distincts des dispositions conventionnelles en tant que telles. Sera de même exclu, malgré l'intérêt qu'il peut revêtir pour une étude de l'identification de la coutume, le rôle des modèles conventionnels²⁷ : ces derniers ne sont en effet dotés d'aucune qualité conventionnelle propre et

²⁴ V. not. REUTER (P.), « Le traité international, acte et norme », *APD*, t. 32, Le droit international, 1987, pp. 111-117 ; JACQUÉ (J.-P.), « Acte et norme en droit international public », *RCADI*, t. 227, 1991 (II), pp. 357-417.

²⁵ V. spéc. POIRAT (F.), *Le traité, acte juridique international – Recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2004, 506 pp.

²⁶ Cf. commentaire de la conclusion 11, § 1, qui précise que le projet de conclusion 11, sur les traités, « ne traite pas de la question de la conduite des États au regard des traités en tant que forme de pratique [...] et ne concerne pas non plus directement le processus d'élaboration des traités et les projets de dispositions conventionnelles » (CDI, Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, *op. cit.*, p. 152) ; c'est donc aussi distinguer l'acte fini et le processus qui a conduit à son édicition.

²⁷ Par ex., en matière fiscale, l'ONU a établi un modèle de convention sur les doubles impositions, révisé en 2011 (Nations Unies, Département des affaires économiques et sociales, *Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement – Révision de 2011*, 2011), ainsi que l'OCDE, révisé en 2017 (*Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, texte approuvé par le Comité des affaires fiscales le 28 septembre 2017 et par le Conseil de l'OCDE le 21 novembre 2017) ; les modèles nationaux ont aussi une certaine importance en matière de traités bilatéraux de protection des investissements, ils ont ainsi été pris en compte par certains tribunaux arbitraux (par. ex. *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, tribunal arbitral CIRDI, sentence sur le fond du 12 mai 2005, n° ARB/01/8, § 368 ; *Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, tribunal arbitral ALENA, sentence du 8 juin 2009, § 356).

autonome qui leur conférerait un intérêt direct pour l'analyse. La question des « clauses types »²⁸ présentes dans plusieurs traités sera en revanche considérée, mais non en tant qu'objet d'étude à part : il s'agit seulement d'une manifestation, parmi d'autres, de la convergence conventionnelle. Il en est de même la question des conventions groupées, dites parfois « chaînes de conventions » ou « *Package Deal* »²⁹. Le fait que ces conventions soient regroupées ne change en effet rien à la qualité conventionnelle individuelle de leurs composantes ou à leur effet sur la coutume³⁰.

9. Ainsi, une disposition conventionnelle est à la fois un énoncé, c'est-à-dire un contenu, et sa qualité juridique, issue des engagements contractés à l'égard de ce contenu. La distinction entre ces deux aspects n'est pas seulement applicable aux dispositions conventionnelles, elle est transposable aux règles coutumières.

b. Le double aspect des formulations des règles coutumières

10. Les règles coutumières se prêtent aussi à une analyse distinguant d'une part leur contenu, ou substance, et d'autre part leur qualité juridique. Cette dualité revient régulièrement dans la pratique. Certaines décisions et sentences distinguent en effet ces deux aspects, la Cour permanente de Justice internationale ayant même qualifié une règle coutumière d'« usages ayant une valeur juridique »³¹ – « *usage having juridical force* » dans le texte anglais faisant foi. Rien n'empêche donc de fonder une analyse sur cette distinction, qui procure un éclairage nouveau. Quelques exemples en apporteront la preuve. La Cour internationale de Justice ne recherche parfois que le contenu de la coutume³², comme dans l'arrêt *Nicaragua*³³. Dans cet arrêt, la Cour distingue nettement la substance des règles de leur qualité juridique : elle souligne que des règles conventionnelles et coutumières peuvent avoir le même contenu, mais l'une vaudra en tant que règle coutumière, l'autre en tant que règle conventionnelle³⁴. Elle distingue à propos du principe de non-intervention la recherche du « contenu exact du principe » de « la démonstration que la pratique est suffisamment conforme [à ce principe] pour que l'on puisse faire état d'une règle de droit international coutumier »³⁵. De même, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour précise, à propos de deux conventions qui ne sont pas en vigueur entre les parties au différend, que ces

²⁸ V. à leur propos PARRY (C.), *The Sources and Evidences of International Law*, op. cit., p. 45 ; JENNINGS (R.Y.), « The Progressive Development of International Law and its Codification », *BYBIL*, vol. 22, 1947, pp. 326-327.

²⁹ V. VILLIGER (M. E.), *Customary International Law and Treaties – A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, op. cit., p. 25 ; JENNINGS (R. Y.), « Law-Making and Package Deal », in *Le droit international, unité et diversité : mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 347-355.

³⁰ V. SINCLAIR (I.), « Preliminary Communication », *Ann. IDI*, vol. 66-I, 1995, p. 18.

³¹ CPJI, *Compétence de la Commission européenne du Danube*, avis consultatif du 8 décembre 1927, *Série B*, n° 14, p. 17.

³² CIJ, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt du 3 juin 1985, *Rec. CIJ*, 1985, p. 29-30, § 27 : « [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 ».

³³ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 27 juin 1986, *Rec. CIJ*, 1986, pp. 106-108 §§ 202-205.

³⁴ *Ibid.*, pp. 92-97, §§ 172-182.

³⁵ *Ibid.*, pp. 107-108, § 205.

instruments ne sont pertinents que dans la mesure où leur « contenu » peut être utile à déterminer celui du droit coutumier³⁶. Le tribunal arbitral statuant dans l'affaire *Mondev c. États-Unis* a, quant à lui, établi en premier lieu la qualité juridique du standard de traitement juste et équitable, dont l'existence en tant que règle coutumière était recherchée, avant d'en déterminer la substance³⁷. De manière similaire, la sentence *ADF c. États-Unis* distingue la « structure normative » et le contenu du droit coutumier³⁸. Dans d'autres sentences, seule la substance de la coutume est recherchée³⁹. Par ailleurs, cette opposition se retrouve dans la distinction entre existence et contenu de la règle, utilisée par la Commission du droit international dans le cadre de ses travaux sur la détermination du droit international coutumier⁴⁰, bien qu'aucune conséquence concrète ne semble en résulter⁴¹. Elle n'est donc pas inconnue de la pratique internationale ni de la doctrine⁴², quoiqu'elle y soit rarement évoquée.

³⁶ CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt du 3 février 2012, *Rec. CIJ*, 2012 (I), p. 128, § 66.

³⁷ En ce qui concerne la valeur juridique : *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique* (aff. n° ARB(AF)/99/2), Tribunal arbitral CIRDI (mécanisme supplémentaire), sentence du 11 octobre 2002, §§ 111-112 ; le Tribunal note ensuite que « [t]hus the question is not that of a failure to show opinio juris or to amass sufficient evidence demonstrating it. The question rather is: what is the content of customary international law providing for fair and equitable treatment and full protection and security in investment treaties? » (*ibid.*, § 113) et détermine ensuite ce contenu (*ibid.*, §§ 114-125).

³⁸ *ADF Group inc. c. États-Unis d'Amérique*, Sentence du 9 janvier 2003, CIRDI (ALENA), affaire n° ARB(AF)/00/1, §§ 182-183.

³⁹ *Pope & Talbot c. Gouvernement du Canada*, UNCITRAL (NAFTA), sentence sur l'indemnisation (award in respect of damages) du 31 mai 2002, § 62, qui applique « the ordinary rules for determining the content of custom in international law » ; *The Loewen Group Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique*, tribunal arbitral (CIRDI/ALENA), sentence du 26 juin 2003, affaire n° ARB(AF)/98/3, § 131 ; *Cargill Inc. c. États-Unis du Mexique*, tribunal arbitral ALENA, affaire CIRDI n° ARB(AF)/05/2, sentence du 18 septembre 2009, § 274 : « [c]onsistent and widespread State practice conducted out of a sense of legal obligation would establish the content of customary international law ».

⁴⁰ V. la Conclusion 1 : « [I]es présents projets de conclusion concernent la manière dont l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier doivent être déterminés » (CDI, Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, *op. cit.*, p. 130, italique ajouté) ; Commentaire général, *ibid.*, p. 129 (les projets de conclusion « visent à indiquer la voie à suivre pour déterminer l'existence de règles de droit international coutumier et leur contenu ») ; v. aussi, dans le cadre de l'étude des effets des traités sur la coutume ; WOOD (M.), Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, 27 mars 2015, doc. A/CN.4/682, § 33 : « [s]ans constituer en soi des règles de droit international coutumier, les dispositions des traités, en tant qu'"expression explicite de la volonté des États", peuvent apporter une preuve précieuse de l'existence (ou non) et du contenu de ces règles » (notes de bas de page omises).

⁴¹ À la seule exception du § 4 du commentaire de la Conclusion 1, selon lequel « [I]'idée de déterminer "l'existence et le contenu" des règles de droit international coutumier traduit le fait qu'il est souvent nécessaire de déterminer à la fois l'existence et le contenu d'une règle mais que, dans certains cas, alors que l'existence de la règle est admise, son contenu exact est contesté. Tel peut être le cas, par exemple, s'il est question de savoir si une formulation particulière (figurant généralement dans des textes de traités ou de résolutions) coïncide en fait avec une règle existante de droit international coutumier ou s'il existe des exceptions à une règle reconnue de droit international coutumier » (CDI, Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, *op. cit.*, p. 131).

⁴² Outre les travaux de la CDI, Prosper Weil a évoqué la distinction entre existence et contenu des règles coutumières (WEIL (P.), « À propos du droit coutumier en matière de délimitation maritime », in *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, vol. II, Milan, Giuffrè, 1987, p. 537) ; KELSEN (H.), « Théorie du droit international coutumier », *Revue*

11. La question de l'accès à la qualité juridique de la règle coutumière n'est donc pas nouvelle ; il s'agit même du problème théorique principal du droit coutumier⁴³. En effet, comment établir que l'usage habituellement respecté dans un groupe déterminé devienne une règle de droit, ou, pour reprendre la formule du juge Armand-Ugón dans l'affaire du *Droit de passage en territoire indien*, que « ce qui "est" devien[ne] ce qui "doit être" »⁴⁴ ? Voilà la question fondamentale sur laquelle se sont attardés les grands penseurs de la coutume⁴⁵. Il ne sera pas ici question de construire une nouvelle réponse théorique à cette interrogation sans fin, mais plus modestement de se placer dans une perspective résolument empirique et de déterminer quels sont, dans la pratique contemporaine, les moyens d'identification de l'« obligatorité » d'un usage conventionnel.

12. Il n'est pas utile de s'interroger longuement sur l'apparition de cette reconnaissance de la qualité juridique au droit coutumier, le distinguant du monde des faits, que l'on pourrait supposer héritée de l'idée de légalité conçue par la pensée médiévale⁴⁶, mais qui ne semble cependant pas inconnue de conceptions plus anciennes, notamment romaines⁴⁷, grecques et byzantines⁴⁸. Cette idée d'une

internationale de la théorie du droit – nouvelle série, 1939, rééd. par LEBEN (Ch.) in Kelsen (H.), *Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, pp. 63-65 ; D'ASPROMONT (J.), *Formalism and the Sources of International Law – A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press, 2011, pp. 5 ss. (selon l'auteur, le formalisme permet de déterminer la qualité juridique de la règle mais non son contenu : « [w]hile it helps us to draw a line between law and non-law, formalism falls short of providing any indication as to the substantive content of international legal rules once they have been ascertained », pp. 14-15) ; *adde.* MEGURO (M.), « Distinguishing the Legal Bindingness and Normative Content of Customary International Law », *ESIL Reflexions*, vol. 6, n° 11, 12 décembre 2017.

⁴³ Voir en particulier COMBACAU (J.), « Ouverture : de la régularité à la règle », *Droits*, n° 3, La coutume, 1986, pp. 3-10, qui pose la question fondamentale : « comment s'opère la transmutation du fait en droit ? » (p. 4) ; STERN (B.), « Le coutume au cœur du droit international – quelques réflexions », in *Le droit international : unité et diversité – Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 479-499 ; HAGENMACHER (P.), « Coutume », *APD*, t. 35, Vocabulaire fondamental du droit, Paris, Sirey, 1990, pp. 28-29 ; *adde.*, en matière de droit constitutionnel TROPER (M.), « Nécessité fait loi – Réflexions sur la coutume constitutionnelle », in *Service public et libertés – Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, pp. 309-323.

⁴⁴ CIJ, *Affaire du droit de passage en territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960, Opinion dissidente de M. Armand-Ugón, *Rec. CIJ*, 1960, p. 82.

⁴⁵ C'est même une question fondamentale de la recherche historique, v. not. ELLUL (J.), « Le problème de l'émergence du droit », *Centre d'études et de recherches d'histoire institutionnelle et régionale (Annales de la Faculté de droit de Bordeaux)*, n° 1, 1976, pp. 5-15 ; *idem*, « Deux problèmes préables », *eod. loc.*, n° 2, 1978, pp. 61-70, spéc. pp. 61-66.

⁴⁶ V. sur ce point les travaux de Laurent Mayali, not. MAYALI (L.), « La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Âge », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. LII, La Coutume, deuxième partie, Bruxelles, De Boeck, 1990, pp. 11-31 ; *idem*, « Droit coutumier », in GAUVARD (C.), DE LIBERA (A.), ZINK (M.) (dirs), *Dictionnaire du Moyen Âge*, 2^e éd., Paris, PUF, 2004, pp. 441-444 ; v. aussi MARTIN (F. R.), « Épreuves d'histoire – La normativité, la juridicité et la lente construction du droit moderne », in LAURENT-BONNE (N.) et PRÉVOST (X.) (dirs), *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 111-146, spéc. pp. 139-140 ; *adde.* GOURON (A.), « Aux origines de l'émergence du droit : glossateurs et coutumes méridionales (XII^e-milieu du XIII^e siècle) », in *Religion, société et politique – Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris, PUF, 1983, pp. 255-270 (rééd. in *La science du droit dans le Midi de la France*, Londres, 1984, XX, pp. 263 et ss) ; KADENS (E.), « Custom's Past », in BRADLEY (C. A.) (dir.), *Custom's Future*, Cambridge University Press, 2016, pp. 11-33.

⁴⁷ V. not., sur le fondement de la coutume en droit romain, GAUDEMET (J.), « Coutume et raison en droit romain », *Revue historique de droit français et étranger*, Vol. 17 (1938), pp. 141-171.

⁴⁸ Sur les deux dernières, v. HAGENMACHER (P.), « Coutume », *op.cit.*, pp. 29-33.

coutume relevant du monde du droit et non plus de celui du fait s'est affirmée tout au long de la formation de la pensée juridique moderne puis contemporaine⁴⁹. Au XIX^e siècle, la théorie de la coutume connaît une évolution fondamentale à l'origine directe de sa conception actuelle. L'œuvre de l'école historique allemande a en particulier porté une nouvelle attention sur le droit coutumier⁵⁰ à travers les travaux de Savigny et de Puchta notamment, qui reprennent et théorisent l'idée romaine du consentement tacite du groupe social, faisant découler le caractère obligatoire de la coutume du sentiment juridique de la conscience populaire⁵¹. Cette vieille idée consensuelle est depuis longtemps présente dans la doctrine⁵², mais elle se confirme alors comme fondement même du droit coutumier⁵³, mettant ainsi peu à peu de côté le fondement rationnel ou naturel de l'école du droit de la nature et des gens⁵⁴ ou

⁴⁹ La question de la coutume peut sur ce point paraître très différente de celle de la loi : cette dernière, par nature écrite, a été conçue dès l'origine comme dotée d'une valeur intrinsèque, fondée initialement sur son caractère divin ; peu à peu cependant la loi se sécularisa et la source de sa qualité de règle juridique a été recherchée ailleurs que dans son origine sacrée (AMSELEK (P.), « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, pp. 276-277).

⁵⁰ V. not. HAGGENMACHER (P.), « Coutume », *op. cit.*, p. 38 ; D'AMATO (A.), *The Concept of Custom in International Law*, *op. cit.*, pp. 47-48 ; GUGGENHEIM (P.), « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *RCADI*, t. 94, 1958 (II), pp. 52-53 ; CARTY (A.), *The Decay of International Law?*, Manchester University Press, 1986, pp. 27-35.

⁵¹ HEINRICH (W.), « Recherches sur la problématique du droit coutumier », trad. SPACH (J.), in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 287 (qui critique cette approche) ; DUFOUR (A.), « La théorie des sources du Droit dans l'École du Droit historique », *APD*, t. 27, « Sources » du droit, 1982, pp. 85-119.

⁵² Pour une présentation synthétique : BASDEVANT (J.), « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, t. 58, 1936 (IV), pp. 504-508 ; GUGGENHEIM (P.), « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *op. cit.*, pp. 36-51 ; *idem*, « L'origine de la notion de l'"*opinio juris sive necessitatis*" comme deuxième élément de la coutume en droit des gens », in *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, pp. 258-262 ; *adde.* KOHEN (M.), « La pratique et la théorie des sources du droit international », *op. cit.*, p. 92 ; v. déjà, pour le droit romain : GAUDEMET (J.), « Coutume et raison en droit romain », *op. cit.*, qui nuance cependant le consensualisme attribué au droit romain.

⁵³ DUFOUR (A.), « La théorie des sources du Droit dans l'École du Droit historique », *op. cit.*, pp. 104-119 ; GUGGENHEIM (P.), « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *op. cit.*, p. 53 (« [l]a nouvelle doctrine consacrée par la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice remplace les vieilles théories. En effet, celles de la *vetustas*, du consentement tacite des princes et des peuples, de la juste raison ont été abandonnées aussi bien dans la doctrine que dans la pratique ») et pp. 80-81 : (« [e]n ce qui concerne la coutume, on constate que parmi les éléments connus du droit romain et du droit canonique, seul celui de la *vetustas* s'est maintenu jusqu'à nos jours ; il est vrai qu'il arrive encore que l'on rencontre chez tel ou tel auteur l'élément du consentement comme fondant la coutume, mais l'élément de la *recta ratio* a été complètement abandonné. En revanche, le 19^e siècle a introduit un nouvel élément en vue de distinguer la coutume (obligatoire) du simple usage (facultatif) ; il s'agit de l'*opinio juris sive necessitatis*. On ne saurait toutefois considérer dès maintenant que cette évolution est définitive ; en effet, l'application que la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice ont faite de la coutume ainsi entendue est plutôt décevante »).

⁵⁴ V. *inter alia*, CRAWFORD (J.), « Chance, Order, Change : The Course of International Law – General Course on Public International Law », *RCADI*, t. 365, 2013, pp. 53-54 ; la conception de Grotius, s'il divise le droit entre droit naturel, « règle que nous suggère la droite raison » et le droit volontaire, au sein duquel figure le droit des gens, « celui qui a reçu sa force obligatoire de la volonté de toutes les nations, ou d'un grand nombre », demeure marquée par une définition finaliste tournée vers les « vertus » (GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix*, 1625, trad. PRADIER-FODÉRÉ (P.) [Paris, Guillaumin, 1867], rééd. Paris, PUF, 1999, Livre I, Chapitre 1, respectivement : X, 1 ; XIV, 1 et IX, 1) ; selon Puffendorf les coutumes n'ont pas de valeur obligatoire, « quoi qu'elles paraissent renfermer

INTRODUCTION

l'idée de *vetustas* issue du droit romain⁵⁵. François GénY a repris cette idée de consentement, en s'inspirant notamment de Puchta, sur laquelle il a fondé une conception de la coutume qui pourrait avoir directement inspiré la conception contemporaine, au moins en droit international⁵⁶. Son approche est utile pour comprendre la conception classique de la coutume en cette matière, c'est-à-dire la théorie des deux éléments⁵⁷. Selon GénY, c'est bien le second élément qui permet de distinguer les simples usages sociaux des règles coutumières relevant du droit positif⁵⁸. Si ce second élément est alors identifié à un « caractère de nécessité », sa manifestation concrète est fort similaire de l'*opinio juris* que l'on connaît en droit international :

« [i] se rattache directement à l'usage, qu'il spécifie, et consiste, chez ceux qui le pratiquent, dans le sentiment qu'ils agissent, en vertu d'une règle non exprimée, s'imposant à eux comme règle de droit objectif »⁵⁹.

Cet élément « d'ordre psychologique » est ici très clairement ce qui permet de distinguer l'usage non juridique de l'usage imposé en vertu d'une « règle de droit objectif ». GénY utilise d'ailleurs, pour nommer cette qualité juridique, les notions

quelque obligation fondée du moins sur une convention tacite [; si un État les viole] il ne pourra être accusé de d'une espèce d'impolitesse » (PUFFENDORF (S.), *Le droit de la nature et des gens*, t. 1^{er}, trad. BARBEYRAC (J.) [Bâle, Thourneisen, 1732], rééd. Caen, Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1987, Livre II, Chap. III, § XXIII, p. 214).

⁵⁵ Si les droits romain et médiéval reconnaissent l'idée de consentement, voire de consentement tacite, le véritable fondement de la coutume semble alors résider dans son ancienneté, sa *vetustas*, qui seule atteste ce consentement ; cette idée va perdurer chez certains auteurs et dans la pratique jusqu'au XIX^e siècle (V. GUGGENHEIM (P.), « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *op. cit.*, pp. 36-51 ; GAUDEMET (J.), « Coutume et raison en droit romain », *op. cit.*).

⁵⁶ Cf. GUGGENHEIM (P.), « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *op. cit.*, pp. 52-53 ; D'AMATO (A.), *The concept of Custom in International Law*, *op. cit.*, pp. 48-49 ; BENSON (P. E.), « François GénY's Doctrine of Customary Law », *Annuaire canadien de droit international*, vol. XX, 1982, pp. 267-281.

⁵⁷ L'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale a été rédigé peu après la publication de la seconde édition de son ouvrage fondamental *Méthode d'interprétation et sources en droit privé contemporain* (1919), dans lequel il définit la coutume « comme un fait, ou plutôt un ensemble de faits, révélant un sentiment juridique » (GÉNÉY (Fr.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé contemporain*, t. 1^{er}, 2^e ed., Paris, LGDJ, 1919, pp. 319-320).

⁵⁸ *Ibid.*, p. 320 : « la formation d'un droit coutumier suppose, d'abord, que, par une suite suffisante d'actes répétés, se soit établie une pratique constante, concernant un rapport de la vie sociale. Et voilà l'élément de fait, qui sert à la coutume de *substratum* nécessaire. Mais ce n'est pas encore assez. Il faut, de plus, pour qu'un rapport, consacré par l'usage, soit érigé en rapport de droit positif, que la pratique, d'où il résulte, le constitue avec un caractère de nécessité (*opinio necessitatis*), de façon à l'imposer, au besoin, en vertu d'une règle munie de la sanction publique. Et, c'est en ce sens seulement, que cette pratique révélera un sentiment juridique ».

⁵⁹ *Ibid.*, p. 363, v. aussi pp. 356-357 : « d'ordre psychologique, [il s'agit de] la conviction d'une sanction juridique, spécifiant et qualifiant l'usage, comme coutume obligatoire » ; il en vient ainsi à contester l'approche de l'École historique, selon laquelle l'*opinio juris* se réduit à la conviction juridique du peuple, cette conscience publique générale que GénY considère comme « insaisissable » (p. 363) ; rapp. HEINRICH (W.), « Recherches sur la problématique du droit coutumier », *op. cit.*, pp. 288-289 : « [i]l n'existe de coutume qu'autant que les membres du groupe social reconnaissent force obligatoire à ces règles et les considèrent comme un fragment de leur droit objectif. [...] La réalité du droit coutumier se manifeste par l'application constante qu'en font ceux qui sont persuadés de son caractère obligatoire ».

d'« autorité »⁶⁰ ou de « valeur »⁶¹ de la coutume. L'influence de Géný sur la conception de cette dernière en droit international n'est donc plus à prouver, même si le concept d'*opinio juris* semble avoir intégré la doctrine internationaliste trois ans avant la première édition de son maître-ouvrage⁶². Aujourd'hui encore, les formulations retenues dans la pratique internationale sont proches de celles de Géný. En témoigne celle adoptée par la Commission du droit international pour définir ce second élément, qui sonne comme un lointain écho à ses écrits : « la pratique [...] doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit »⁶³.

13. C'est toujours ainsi que la coutume est conçue : l'*opinio juris* associée à une « pratique » est nécessaire pour déterminer la qualité juridique de la règle⁶⁴, l'usage seul n'étant pas suffisant. La Commission du droit international a

⁶⁰ *Ibid.*, p. 369.

⁶¹ *Ibid.*, p. 371.

⁶² Selon M. Mendelson (« The Subjective Element in Customary International Law », *op. cit.*, p. 194), c'est en effet Alphonse Rivier, dans ses *Principes du droit des gens* (vol. 1, Paris, Rousseau, 1896, p. 35), qui y a le premier fait référence : selon ce dernier la coutume est « la manifestation de la conscience juridique internationale qui s'opère par des faits répétés continuellement avec la conscience de leur nécessité ».

⁶³ Conclusion 9 des Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs (*op. cit.*, p. 146) ; le commentaire de cette conclusion renvoie à l'arrêt sur le *Plateau continental de la mer du Nord*, dont elle s'inspire, dans lequel la Cour internationale de Justice définit l'*opinio juris* comme « la conviction que [la] pratique est rendue obligatoire par une règle de droit. [...] Les États intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique » (CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, *Rec. CIJ*, 1969, p. 44, § 77) ; là encore, la similitude avec le propos de Géný est évidente.

⁶⁴ Par ex., CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt précité, p. 44, § 77 ; même arrêt, Opinion dissidente de M. Tanaka, *Rec. CIJ*, 1969, p. 175 : « [l]e second élément du droit coutumier, que l'on peut appeler son *animus*, consiste en l'*opinio juris sive necessitatis* par laquelle un simple usage peut se transformer en une coutume à force obligatoire » ; CEDH, 3^e section, *Van Anraat c. Pays-Bas*, req. n° 65389/09, décision d'irrecevabilité du 6 juillet 2010, § 88 ; *add.* ALLAND (D.), *Manuel de droit international public*, 5^e éd., Paris, PUF, 2018, p. 162, § 129 et p. 167, § 135 ; SUR (S.) in COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 69-70 ; SANTULLI (C.), *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 50 ; DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 361 ; MENDELSON (M.), « The Subjective Element in Customary International Law », *op. cit.*, pp. 197-202 ; *idem*, « The Formation of Customary International Law », *RCADI*, t. 272, 1998, pp. 245-246 ; WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public », *op. cit.*, pp. 168-170 ; KENNEDY (D.), « The Sources of International Law », *American University International Law Review*, vol. 2, 1987, p. 36 ; STERN (B.), « Le coutume au cœur du droit international – quelques réflexions », in *Le droit international : unité et diversité – Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 491 ; THIRLWAY (H.), *International Customary Law and Codification*, Leyde, A. W. Sijthoff, 1972, p. 47 ; SKUBISZEWSKI (K.), « Elements of Custom and the Hague Court », *ZaöRV*, vol. 31, 1971 (4), pp. 837-839, 846-847 ; SHIHATA (I. F. I.), « The Treaty as a Law-Declaring and Custom-Making Instrument », *op. cit.*, spéc. p. 73 (« [t]his "legality" [of the custom] will be conferred only when there is a general conviction that states must respect the rights base on the customary principles as a matter of legal obligation, i.e., when the repetition of state practice is perfected by an *opinio juris* ») ; KOHEN (M.), « La pratique et la théorie des sources du droit international », *op. cit.*, pp. 93-95 ; KUNZ (J.), « The Nature of Customary International Law », *AJIL*, vol. 47, 1953, pp. 665-667 ; c'est ainsi en prenant seulement en considération la qualité juridique de la coutume – caractérisée par l'élément « subjectif » – que certains travaux refusent toute utilité à l'élément matériel (WOLFKE (K.), *Custom in Present International Law*, *op. cit.*, p. 44 : « [w]hereas practice constitutes what might be described as merely the raw material of custom, only the element of acceptance as law gives it the mark of law » ; *idem*, « Treaties and Custom: Aspects of Interrelation », *op. cit.*, p. 31).

INTRODUCTION

régulièrement mis l'accent sur ce point⁶⁵. La survenance de l'élément subjectif est donc considérée comme le critère qui permet de distinguer les règles coutumières des comportements qui ne répondent qu'à des contingences politiques, que l'on qualifie souvent de courtoisie internationale⁶⁶. Inversement, tout autre critère de juridicité de la coutume internationale semble exclu par la pratique dominante⁶⁷. Distinguer le contenu de la qualité juridique de la coutume revient donc à mettre

⁶⁵ Not. Conclusion 9, al. 2 : « [u]ne pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) doit être distinguée du simple usage ou de la simple habitude » (CDI, Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, *op. cit.*, p. 146) et les §§ 3 et 6 du Commentaire de la Conclusion 9 (*ibid.*, pp. 147-148) ou encore le § 4 du commentaire de la conclusion 2 (*ibid.*, p. 133) ; *adde.* WOOD (M.), Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, *op. cit.*, § 61 ; *idem*, Cinquième rapport sur la détermination du droit international coutumier, 14 mars 2018, doc. n° A/CN.4/717, p. 35, § 75 ; selon le Président du Comité de rédaction en 2015, « [l]e deuxième paragraphe du projet de conclusion 9 [10] indique qu'une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) doit être distinguée du simple usage ou de la simple habitude. L'objet de ce paragraphe est d'indiquer que c'est l'association avec (ou la motivation de) l'acceptation comme étant le droit qui rend la pratique pertinente pour la formation, ou l'expression, du droit international coutumier. Par conséquent, c'est l'élément subjectif qui permet de distinguer entre la pratique pertinente et la pratique non pertinente à cette fin. Ce qui est important est que sans l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), une pratique, quand bien même elle serait largement observée et répétée, ne peut pas créer, ou attester, une règle de droit international coutumier. L'adjectif "simple" vise à le souligner » (FORTEAU (M.), *Détermination du droit international coutumier – Déclaration du Président du comité de rédaction*, 29 juillet 2015, non publié [accessible à partir du site Internet de la CDI : <http://legal.un.org/ilc/>], pp. 8-9) ; selon la déclaration thaïlandaise à la 6^e Commission, « [p]our conclure à l'acceptation de la pratique comme étant le droit, ou *opinio juris*, il faut l'examiner de façon minutieuse, la concrétisation de la formation d'une règle de droit coutumier étant ce qui distingue celle-ci d'un simple usage ou de constantes du comportement international » (Assemblée générale des Nations Unies, 6^e Commission, *Compte-rendu analytique de la 22^e séance*, 71^e session, 26 octobre 2016, doc. n° A/C.6/71/SR.22, p. 8, § 44) ; v. déjà les travaux de la CDI lors de sa 2^e session : CDI, *Compte rendu analytique de la 40^e séance (2^e session)*, 6 juin 1950, *Ann. CDI*, 1950, vol. I, pp. 4-6.

⁶⁶ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, *Rec. CIJ*, 1969, p. 44, § 77 : « [i]l existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique » ; la Cour a rappelé, en 2008, que les exigences de « courtoisie » n'étaient pas obligatoires au titre de règles de droit (CIJ, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt du 23 mai 2008, *Rec. CIJ*, 2008, pp. 237-238, §§ 172-173) ; *adde.*, entre autres, SÉFÉRIADÈS (S.), « Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement », *RGDIP*, 1936, p. 140 ; AKEHURST (M.), « Custom as a Source of International Law », *op. cit.*, pp. 33-34 ; SØRENSEN (M.), « Principes de droit international public – Cours général », *RCADI*, 1960 (III), pp. 47-51 (spéc. p. 50 : « [a]ucune pratique n'est plus constante que celle d'employer du papier blanc pour les notes diplomatiques. Néanmoins, aucun gouvernement ne violerait le droit international en adoptant une autre teinte. C'est dire qu'une distinction entre différentes catégories de pratiques s'impose inéluctablement ») ; WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public », *RCADI*, t. 237, 1992 (VI), pp. 169-170 ; SKUBISZEWSKI (K.), « Elements of Custom and the Hague Court », *op. cit.*, p. 837.

⁶⁷ V. CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt précité, p. 23, § 23 : selon la Cour internationale de Justice, les avantages pratiques d'une règle alléguée ne lui confèrent pas la qualité juridique : « [j]uridiquement, si une telle règle existe, sa valeur en droit doit tenir à autre chose qu'à ces avantages, si importants soient-ils » (sur ce point, v. SKUBISZEWSKI (K.), « Elements of Custom and the Hague Court », *op. cit.*, pp. 850-853) ; en cela la Cour établit *a contrario* une définition « polémique » de la règle de droit (MAREK (K.), « Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord », *RBDI*, 1970 (I), pp. 46-47).

l'accent sur l'*opinio juris*, qui permet de passer du simple usage à la règle juridique.

14. Ce constat ne doit toutefois pas faire oublier que la détermination d'une règle coutumière repose sur un double raisonnement : il s'agit de savoir d'une part quel est son contenu et d'autre part si ce contenu a accédé à la qualité de règle de droit. Ces deux opérations ne peuvent être assimilées à l'établissement de l'élément matériel et de l'*opinio juris*. En effet, si la substance semble inférée de la « pratique », c'est ensuite la rencontre des deux éléments, lorsque l'élément subjectif spécifie l'élément matériel, pour reprendre la formule de Gény, qui permet de la qualifier de règle de droit⁶⁸. Cette conception particulièrement formaliste de la coutume est cependant contingente et issue du système juridique tel que l'on se le représente actuellement. En effet, le critère permettant d'identifier des « usages ayant force de loi » peut évoluer suivant les époques mais aussi les autorités qui le mettent en oeuvre⁶⁹. L'*opinio juris*, en particulier, est une notion peu précise ne renvoyant à aucune idée claire ; cela peut expliquer au demeurant son succès dans sa forme latine qui permet d'éviter de qualifier concrètement l'idée : s'agit-il de volonté, d'acceptation, de consentement, de conscience de l'existence d'une règle ? Guère plus instructive n'est la tentative d'une partie de la doctrine de se référer à la formule complète, « *opinio juris sive necessitatis* », pour mettre en valeur un élément de nécessité dans la détermination de la qualité juridique de la règle. Toute velléité de donner un sens précis à cet élément subjectif semble un peu vaine⁷⁰ tant la pratique en fait un usage variable. Il en est de même de la doctrine dont les membres attribuent à cet élément des sens et fonctions

⁶⁸ En effet, selon la conception classique c'est la réunion des deux éléments qui permet « la constatation du passage du fait au droit, du monde du *Sein* au monde du *Sollen* » (STERN (B.), « Le coutume au cœur du droit international – quelques réflexions », *op. cit.*, p. 482).

⁶⁹ Comme le souligne G. Abi-Saab, « [*w*]e are calling different things custom, we are keeping the name but expanding the phenomenon. After all, custom, if considered from a technical point of view, is not so much the rule; it is the procedure of creating the rule. These procedures are changing under our very eyes but we are still calling the custom because of the general recognition of custom as a source capable of creating general international law, while other procedures (or sources) are not or not yet generally recognised or accepted as having this potential » (ABI-SAAB (G.), « Discussion » in CASSESE (A.) et WEILER (J. H. H.) (dirs), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1988, p. 10) ; v. plus généralement, sur le caractère historique des conditions de juridicité des règles : MARTIN (F. R.), « Épreuves d'histoire – La normativité, la juridicité et la lente construction du droit moderne », *op. cit.*, spéc. pp. 118-119.

⁷⁰ Par ex., le professeur Lepard propose une nouvelle théorie de l'*opinio juris* selon laquelle c'est la croyance des États en la « désirabilité » de la règle qui importe (LEPARD (B. D.), *Customary International Law – A New Theory with Practical Applications*, *op. cit.*, pp. 112-121 ; *idem*, « Customary International Law as a Dynamic Process », in BRADLEY (C. A.) (dir.), *Custom's Future*, Cambridge University Press, 2016, pp. 62-94, spéc. p. 82) ; le professeur D'Amato quant à lui fait de l'« articulation », qui implique la caractérisation légale des règles, le critère d'identification de la coutume internationale (D'AMATO (A.), *The Concept of Custom in International Law*, *op. cit.*, pp. 74-87), ce que M. Akehurst a critiqué (AKEHURST (M.), « Custom as a Source of International Law », *op. cit.*, pp. 35-36).

divergents⁷¹, voire lui refusant sa pertinence⁷². Une prudence toute nominaliste s'impose donc, ici comme ailleurs ; plutôt que de s'efforcer d'attribuer un sens à la théorie des deux éléments, il convient de ne considérer que les usages qui en sont faits en pratique.

15. Par ailleurs, contenu et qualité juridique d'une règle coutumière sont nécessairement imbriqués⁷³. Pour autant, cela n'empêche pas de construire une grille d'explication de l'identification du droit coutumier sur ce fondement. Plus précisément, essayer de comprendre cette imbrication est une étude particulièrement fertile. Ainsi a-t-on parfois souligné que la preuve à apporter pour établir l'émergence d'une nouvelle règle coutumière était différente de celle servant à démontrer un changement substantiel d'une règle existante⁷⁴. Il ne s'agit en réalité pas de la même chose : dans le premier cas, il faut attester qu'une « pratique » coutumière a obtenu la force légale nécessaire, alors que dans le second il s'agit seulement de montrer que cette « pratique » a été modifiée, influant ainsi sur le contenu d'une règle coutumière dont la qualité juridique ne serait pas affectée⁷⁵. Il n'y aurait dans cette dernière hypothèse qu'une substitution d'une

⁷¹ La présentation des oppositions doctrinales concernant l'*opinio juris* exigerait trop de développements pour qu'elle soit ici envisagée ; on renverra donc aux éclairants exposés qu'en a faits la doctrine, not. STERN (B.), « Le coutume au cœur du droit international – quelques réflexions », *op. cit.*, pp. 485-491.

⁷² Cf. KOPELMANAS (L.), « Custom as a Means of the Creation of International Law », *op. cit.*, p. 151 ; KELSEN (H.), « Théorie du droit international coutumier », *op. cit.*, pp. 72-75 ; GUGGENHEIM (P.), « Les deux éléments de la coutume en droit international », *op. cit.*, pp. 280-284 ; *idem*, *Traité de droit international public*, vol. 1, 1^{ère} éd., *op. cit.*, pp. 46- 50 ; MENDELSON (M.), « The Subjective Element in Customary International Law », *op. cit.*, pp. 204-207 ; H. Kelsen et P. Guggenheim sont ensuite revenus sur leur position, précisément, comme l'a noté M. Mendelson (*ibid.*, p. 207), parce que l'*opinio juris* leur permettait de distinguer le droit de la courtoisie internationale : c'est donc en attribuant une autre fonction que ces deux auteurs sont revenus à l'élément subjectif (KELSEN (H.), *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1949, p. 114, considérant qu'il est suffisant que les individus auteurs de la « pratique » se sentent liés par une norme, sans que cette règle préexiste ; *idem*, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. EISENMANN (Ch.), rééd. Paris/Bruxelles, Dalloz/Bruylant, 1999, pp. 17-18 : « [c]'est seulement quand ces actes se sont répétés pendant un certain temps que naît chez l'individu pris isolément la représentation qu'il doit se conduire comme les membres de la communauté ont l'habitude de le faire, et la volonté que les autres membres du groupe adoptent cette même conduite. [...] C'est ainsi que le fait de la coutume devient une volonté collective ayant la signification subjective de *Sollen* » ; GUGGENHEIM (P.), *Traité de droit international public*, vol. 1, 2^e éd., Genève, Georg. & Cie, 1967, pp. 103-105).

⁷³ Comme le souligne O. Cayla, « il ne saurait être aucunement question d'envisager la *signification du "contenu" des énoncés juridiques*, ainsi que l'opération interprétative par laquelle on accède à sa compréhension, *indépendamment* de la *signification juridique de ces énoncés*, et de l'opération interprétative par laquelle on accède à la *compréhension de cette juridicité*. Naturellement, *la réciproque s'impose de la même manière* : il serait vain de se pencher sur les mécanismes permettant de susciter l'émergence du phénomène "droit", sans accorder la moindre considération aux *modalités herméneutiques* qui président à la détermination du sens de ces dispositions » (CAYLA (O.), *La notion de signification en droit*, th. Université Paris II, 2 novembre 1992, t. 1, pp. XII-XIII, v. aussi pp. XVIII-XIX).

⁷⁴ Cf. VILLIGER (M. E.), *Customary International Law and Treaties – A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, *op. cit.*, pp. 149-192 ; SCHACHTER (O.), « Entangled Treaty and Custom », *op. cit.*, p. 732.

⁷⁵ C'est ainsi que la distinction entre existence et contenu de la règle, dans les Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs (*op. cit.*, not pp. 129-131) de la Commission du droit international semblent renvoyer à cette distinction : établir l'existence de la règle c'est identifier sa formation, établir son contenu c'est constater sa modification.

« pratique » par une autre, sans effet sur la valeur juridique de la règle. Cette présentation est évidemment simplificatrice : la modification d'une coutume ne peut avoir lieu, en théorie, qu'avec le concours d'une évolution de l'usage portée par la force juridique nécessaire à l'évolution du droit. Cependant, lorsqu'une règle de droit est préexistante, la qualité juridique d'une règle modificatrice sera plus facilement établie.

16. En somme, ce que l'on propose ici est de distinguer d'un côté l'identification du contenu de la coutume, c'est-à-dire la manière dont le raisonnement coutumier construit l'élément matériel pour qu'il puisse apparaître comme le substrat de la règle coutumière, et de l'autre la détermination du caractère juridique qui lui est prêté afin que la règle alléguée soit considérée comme faisant partie du monde du droit, de l'« ordonnancement juridique » international. En pratique, on constate assez naturellement que lorsque des autorités amenées à déterminer la coutume – États, juges, arbitres, doctrine, *etc.* – refusent l'existence de telle ou telle règle coutumière, elles situent leur raisonnement dans le cadre de cette qualité juridique, qui est rejetée ; inversement, lorsqu'il s'agit de justifier l'application d'une règle coutumière, la motivation se limite souvent à l'attestation de son contenu⁷⁶. Ce double aspect des règles coutumières, mais aussi conventionnelles comme il a été exposé préalablement, permet une approche originale de la convergence conventionnelle.

c. Incidences sur l'objet d'étude

17. La distinction entre le contenu des énoncés et leur qualité juridique est particulièrement utile pour une étude de l'effet de la convergence conventionnelle dans la détermination du droit international coutumier. Elle permet en particulier d'adopter un regard nouveau sur le dilemme habituellement soulevé par la formation du droit sur une base conventionnelle et qui se pose en termes de signification des dispositions convergentes : soit le droit coutumier ne comprend pas la règle que ces dernières contiennent, ce qui explique que les États les aient conçues afin de modifier les règles qui leur sont opposables, soit au contraire la multiplication des clauses conventionnelles prouve qu'il s'agit désormais de droit coutumier. C'est en raison de cette incertitude que la Cour internationale de Justice a refusé, dans l'arrêt *Diallo* précité de 2007, toute valeur coutumière à la répétition d'une même règle dans de nombreux traités de protection des investissements⁷⁷. Le dilemme s'éclaircit si l'on s'interroge sur l'apport de chacun des deux aspects des dispositions conventionnelles sur ceux des formulations coutumières. Il s'agit

⁷⁶ Max Sørensen faisait le même constat en 1960 : SØRENSEN (M.), « Principes de droit international public : Cours général », *op. cit.*, p. 51 ; il en tirait la conclusion suivante : « [c]ela nous permet peut-être de prendre comme point de départ une présomption pour l'existence de l'*opinio juris* dans tous les cas où une pratique constante a été constatée, de sorte qu'il faut démontrer les motifs d'opportunité, de courtoisie *etc.* pour nier l'existence d'une coutume ».

⁷⁷ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt précité, p. 615, § 90 ; cette incertitude a été particulièrement mise en valeur par Baxter : « [h]ow can it be told whether the treaties speak in affirmation of the law or in derogation from it ? On the one hand, the repetition of instances might be thought to reflect a customary usage, while on the other, the very existence of the treaties may indicate that the parties had assumed duties to which they would not have been subject in the absence of agreement » (BAXTER (R. R.), « Treaties and Custom », *RCADI*, t. 129, 1970 (I), pp.75-91, spéc. p. 81).

INTRODUCTION

alors d'identifier, d'une part, l'influence du contenu des dispositions conventionnelles sur celui de la coutume et sur la qualité juridique de cette dernière et, d'autre part, l'effet de la qualité « conventionnelle » de ces clauses dans l'appréciation du contenu ou de la « juridicité » de la coutume.

18. Une telle approche permet en outre de ne pas s'enfermer dans une optique abusivement tournée vers la notion d'acte juridique et de prendre davantage en compte la règle de droit qui en est le contenu⁷⁸ en ses deux aspects de règle d'une part et d'« être de droit » d'autre part. Cette distinction conduit aussi à considérer avec distance l'opposition entre acte et norme⁷⁹ : si elle est instructive, elle demeure ambiguë. Le substantif « norme » est en particulier peu précis, en raison notamment des emplois disparates qui en sont faits en pratique, et il est difficile de déterminer ce qu'il qualifie. De surcroît, c'est mettre l'accent sur une fausse opposition : la norme ne se distingue pas de l'acte, elle en est seulement la substance. L'acte n'est inversement pas opposé à la norme, il lui permet d'être considérée comme droit en vigueur. Mais ce n'est là qu'apercevoir certaines implications de la distinction entre contenu et qualité juridique, qui seront étudiées plus en détail dans les développements qui suivent. Avant de présenter ces derniers, quelques observations d'ordre méthodologique doivent être exposées.

2. CONSÉQUENCES MÉTHODOLOGIQUES

19. Des précisions terminologiques s'imposent en premier lieu, car cette opposition est proche de celle distinguant les sources formelles des sources matérielles⁸⁰. La qualité « de droit » semble ainsi issue de ce que l'on appelle les « sources formelles », c'est-à-dire les éléments qui permettent de connaître les « êtres de droit », étant entendu que cette qualité indique qu'ils sont « en vigueur »⁸¹. Les

⁷⁸ Comme le souligne Prosper Weil, « tandis que la théorie des actes s'intéresse essentiellement à l'*instrumentum*, le droit international concentre son attention avant tout sur le *negotium*. Ce n'est pas l'acte qui importe au regard du droit international, c'est la norme que cet acte véhicule » (WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 135).

⁷⁹ V. not. REUTER (P.), « Le traité international, acte et norme », *op. cit.* ; JACQUÉ (J.-P.), « Acte et norme en droit international public », *op. cit.* ; POIRAT (F.), *Le traité, acte juridique international – Recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, *op. cit.*

⁸⁰ FITZMAURICE (G.), « Some problems Regarding the Formal Sources of International Law », *op. cit.*, p. 154 (« [m]aterial, historical, indirect sources represent, so to speak, the stuff out of which the law is made. It is they which go to form the content of the law. [...] The formal, legal, and direct sources consist of the acts or facts whereby this content, whatever it may be and from whatever material source it may be drawn, is clothed with legal validity and obligatory force. The essence of the distinction therefore is between the thing which inspires the content of the law, and the thing which gives that content its obligatory character as law », italique original).

⁸¹ MENDELSON (M. H.), « Appendix to Second Rapport », in ILA, *Report of the Sixty-Third Conference*, Varsovie, 1988, p. 956 : « 'Formal' sources are those processes, compliance with which endows a rule with legal force; they are identified by the criteria of validity of the system » ; de même, dans la 9^e édition du traité classique *Oppenheim's International Law*, on lit : « [w]e should [...] note the distinction between the formal and the material sources of international law. The former —with which we are more concerned here— is the source from which the legal rule derives its legal validity, while the latter denotes the provenance of the substantive content of that rule. Thus, for example, the formal source of a particular rule may be custom, although its material source may be found in a bilateral treaty concluded many years previously, or in some state's unilateral declaration » (JENNINGS (R.) et WATTS (A.), *Oppenheim's International Law*, vol. 1. Peace, 1, 9^e éd., London, Longmans, 1992, p. 23 ;

« sources matérielles », quant à elles, permettent d'identifier le contenu du droit⁸². La distinction est cependant peu instructive : elle est fondée sur une métaphore, le terme de « source », dont on comprend mal l'intérêt heuristique, et tend à évacuer hors du domaine juridique la détermination du contenu du droit, c'est-à-dire les sources matérielles. Ce vocabulaire sera donc laissé de côté dans l'analyse qui suit. En revanche, la distinction entre contenu et qualité « de droit » se confond avec celle entre le sens de l'énoncé, ce qu'il « dit » textuellement, et sa signification, sa qualité juridique⁸³. Mais ces concepts semblent trop proches de la description de l'interprétation pour être repris dans le cadre d'une étude de la détermination du droit coutumier. C'est pourquoi, pour nommer ce caractère juridique, cette qualité « de droit », il semble que le terme le plus approprié soit celui de valeur juridique. Il s'agit en effet d'une valeur particulière⁸⁴, comme l'a bien souligné Alf

adde., entre autres, CORTEN (O.), DUBUISSON (Fr.), KOUTROULIS (V.), LAGERWALL (A.), *Une introduction critique au droit international*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2017, p. 298 ; VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, Paris, LGDJ Montchrestien, 1960, rééd. Éditions Panthéon-Assas, 2010, pp. 142-144 ; ABI-SAAB (G.), « Les sources du droit international : essai de déconstruction », in *El Derecho internacional en un mundo en transformación : Liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, p. 31 ; pour une analyse critique, v. DUPUY (P.-M.), « Théorie des sources et coutume en droit international contemporain », *eod. loc.*, pp. 57-58 ; *idem*, « L'unité de l'ordre juridique international – Cours général de droit international public (2000) », *RCADI*, t. 297, 2002, pp. 187-193.

⁸² FITZMAURICE (G.), « Some problems Regarding the Formal Sources of International Law », *op. cit.*, p. 153.

⁸³ Les travaux du professeur Denis Alland sur l'interprétation en droit international mettent l'accent sur cette distinction : ALLAND (D.), « L'interprétation du droit international public », *RCADI*, t. 362, 2012, spéc. pp. 122-129 ; *idem*, « La théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public », *Droits*, n° 55, 2012, pp. 85-101, spéc. 88-89 ; rapp. REUTER (P.), *Droit international public*, 7^e éd., Paris, PUF, 1993, p. 143, distinguant l'interprétation de l'acte de l'interprétation de la norme ; WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public », *op. cit.*, pp. 167-168, qui, à propos de la formation de la coutume internationale, lie le caractère significatif de la « pratique » et sa « normativité » ; *adde.* CAYLA (O.), *La notion de signification en droit*, *op. cit.*, pp. VII-XX, dont la conception « normativiste » le conduit cependant à considérer la signification comme un tout englobant le sens et la force juridique : « puisque la dimension du sens des énoncés juridiques d'un côté, et celle de la force normative juridique des actes d'énonciation de l'autre côté, sont l'une comme l'autre, deux dimensions spécifiques d'une même phénomène générique de signification, on peut dire qu'elles représentent l'une et l'autre, pour adopter un vocabulaire inesthétique mais convenu, deux "niveaux" de signification qui, pour porter sur deux objets différents, doivent certes être théoriquement distingués, mais qui, pour ressortir également du même genre sémantique, doivent être non moins théoriquement conçus dans l'association plus intime, l'imbrication la plus étroite, l'interdépendance la plus poussée » (p. XIII).

⁸⁴ La notion de « valeur juridique » est courante dans la doctrine juridique de droit international, peut-être seulement pour son usage relativement aisé (v. not. en ce qui concerne la coutume internationale, CDI, Report of the International Law Commission to the General Assembly, doc. n° A/1316, *Ann. CDI*, 1950, vol. II, p. 368, § 29 : les conventions internationales peuvent être vues comme « *having value as evidence of customary international law* ») ; ALLAND (D.), *Manuel de droit international public*, *op. cit.*, p. 160, § 128 ; ALOUPI (N.) et KLEINER (C.), « Rapport introductif – Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif ? », in SFDI, *Colloque de Strasbourg – Le précédent en droit international*, Paris, Pedone, 2016, p. 23 : « [l]e terme "précédent" désignerait [...] une très large gamme d'actes, faits et comportements passés, c'est-à-dire d'*antécédents*, mais qui sont "qualifiés" de "précédents", qui ont donc une certaine valeur » (italiques originaux) ; CONDORELLI (L.), « Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law », in CASSESE (A.), (dir.), *Realizing Utopia – The Future of International Law*, Oxford University Press, 2012, p. 151, se référant à la « double valeur » des dispositions conventionnelles qui représentent aussi la coutume internationale ; CAHIN (G.), *La coutume internationale et les organisations*

INTRODUCTION

Ross⁸⁵ ; autrement dit de la « valeur en droit » d'une règle selon les mots de la Cour internationale de Justice⁸⁶ ou encore de la valeur reconnue à l'*opinio juris* lorsqu'elle génère une règle de droit⁸⁷. Cette qualité juridique pourrait encore être qualifiée de bien des manières : d'autorité, d'impérativité, de normativité, de légalité⁸⁸, de juridicité, mais aussi de prescription, *etc.* Elle peut aussi être réduite à l'existence⁸⁹

internationales, Paris, Pedone, 2001, p. 696 (évoque la « valeur coutumière » d'un principe) ; SHIHATA (I. F. I.), « The Treaty as a Law-Declaring and Custom-Making Instrument », *op. cit.*, qui se réfère à la « *evidential value* » des traités internationaux ; cette notion est de même loin d'être inconnue en théorie du droit, Michel Virally, déjà, posait la question : « [c]omment s'opérera le passage du fait au droit, de l'acte à la valeur ? » (VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 143) ; elle est aussi présente dans la doctrine constitutionnaliste, par ex. TROPER (M.), « Nécessité fait loi – Réflexions sur la coutume constitutionnelle », *op. cit.*, p. 316.

⁸⁵ « [I] apparaît [...] que dans la notion de source du droit il y a des représentations de valeur. D'abord, puisque le droit est saisi en qualité de norme, c'est-à-dire dans sa validité, il résulte que la source du droit, en qualité de fondement de la connaissance de cette validité, ne peut pas être uniquement un phénomène historique pur, mais, au contraire, elle doit, d'une manière ou d'une autre, supposer une relation quelconque du fait créateur du droit avec le monde de la valeur. Car ce n'est que dans cette relation qu'il est possible à un fait réel de puiser sa force créatrice du droit » (ROSS (A.), « Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit » [in INSTITUT INTERNATIONAL DE PHILOSOPHIE DU DROIT ET DE SOCIOLOGIE JURIDIQUE, *Le problème des sources du droit*, Paris, Sirey, 1934, pp. 167-184], rééd. in ROSS (A.), *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris/Bruxelles, Bruylant/LGDJ, 2004, p. 27).

⁸⁶ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, *Rec. CIJ*, 1969, p. 23, § 23 et p. 38, § 62.

⁸⁷ Par ex., CPII, *Compétence de la Commission européenne du Danube*, avis consultatif précité, p. 17 ; rapp. CIJ, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, Opinion dissidente de M. Azevedo, *Rec. CIJ*, 1950, p. 336, qui identifie la coutume en recherchant la « valeur » des précédents ; *SEDCO Inc. c. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, aff. n° 129, Tribunal irano-américain des réclamations, sentence interlocutoire n° ITL 59-129-3, 27 mars 1986, *Iran-United-States Claims Tribunal Reports*, vol. 10, 1986-I, Cambridge, Grotius Publications Limited, p. 185 [publié aussi dans *ILR*, volume 84, pp. 521-546], se référant à la « *evidentiary value for customary international law of much of the practice available* » ; TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Tadić*, arrêt du 15 juillet 1999 [original anglaise publiée dans *ILR*, vol. 124, pp. 61-212], § 223, à propos de la « valeur juridique » du Statut de Rome.

⁸⁸ Le terme de légalité est d'autant plus adéquat qu'historiquement la coutume semble se définir par comparaison ou opposition à la loi, qui avait alors une signification bien plus large que le ridicule sens formel que l'on accorde aujourd'hui souvent à ce terme ; depuis le XII^e siècle, la coutume s'est ainsi rapprochée de la loi, notamment avec le retour de la théorie de l'accord tacite, en particulier dans l'école du droit de la nature et des gens (HAGGENMACHER (P.), « Coutume », *op. cit.*, pp. 36-37).

⁸⁹ Ce mot n'est cependant pas clair et il conviendra d'y revenir au terme de l'étude (*cf. infra*, § 528) ; pour l'instant, il sera entendu dans un sens suffisamment large pour regrouper le contenu et la valeur juridique des règles coutumières ; par ailleurs, comme le souligne le professeur Michel Troper, ce terme a deux sens lorsqu'il est appliqué à des énoncés juridiques : « [l]orsqu'on affirme qu'une norme "existe", on peut vouloir dire d'abord simplement qu'elle est, ou qu'elle paraît, appliquée en fait par certains organes de l'ordre juridique. [...] Mais on peut aussi employer le verbe "exister" dans un autre sens, pour exprimer l'idée qu'un acte humain, par exemple une manifestation de volonté, a, du point de vue de l'ordre juridique, la signification d'une norme juridique, parce que cette signification lui est conférée par une norme supérieure » (TROPER (M.), « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *Droits*, n° 3, La coutume, 1986, pp. 13-14).

ou à la validité⁹⁰ de la règle⁹¹. Le terme de valeur juridique est cependant plus neutre et renvoie à « la signification non seulement littérale, mais effective ou implicite »⁹² : la « valeur juridique » d'une règle est donc le fait qu'elle soit considérée comme une règle « de droit ». La proximité d'une telle approche avec le positivisme est évidente, notamment celui de Kelsen, davantage tourné vers la notion de norme⁹³, ou celui de Hart, qui représente le problème de la valeur juridique comme celui de la « reconnaissance juridique »⁹⁴. Il faut reconnaître en effet que le droit apparaît, dans sa conception contemporaine, essentiellement comme un ordre de valeur formalisé, distinct de l'ordre des faits⁹⁵.

20. Cette valeur juridique semble tiraillée, l'exemple de la coutume l'a laissé entrevoir, entre formalisme et téléologisme⁹⁶. Là où le premier repose sur des « formalités » qui permettent d'identifier la règle de droit⁹⁷, le second s'attache à

⁹⁰ Ce terme implique pourtant de se référer à des critères de validité préexistants et objectifs dans des normes supérieures (*ibid.*, p. 14), ce qui est trop rigide, car une règle n'est en ce sens valide que lorsqu'elle est « tenue pour valide » c'est-à-dire lorsqu'on lui reconnaît une valeur juridique.

⁹¹ C'est le sens de l'article 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon laquelle, « [l]e fait que la présente Convention ne s'applique ni aux accords internationaux conclus entre des États et d'autres sujets du droit international ou entre ces autres sujets du droit international, ni aux accords internationaux qui n'ont pas été conclus par écrit, ne porte pas atteinte : a) à la valeur juridique de tels accords [...] » ; v. aussi l'art. 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales du 21 mars 1986 ; *cf.*, sur ce point, CIJ, *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt du 1^{er} octobre 2018, *Rec. CIJ*, 2018, p. 540, § 97.

⁹² LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010, entrée « valeur », sens F.

⁹³ Kelsen définit ainsi la « norme » comme un « schéma d'interprétation » dont la « validité », c'est-à-dire l'appartenance au monde « du droit » dépend de la conformité à une norme supérieure (KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, 367 pp, spéc. 12-13 et 193 ss.) ; dans le même sens Charles Eisenmann affirmait que « [l]'existence des normes [...] n'est qu'une existence juridique ; c'est leur caractère même de norme, leur validité : exister, pour une norme [...] c'est valoir » (note sous CE, 6 novembre 1936, *Arrighi et dame Coudert*, in *Recueil Dalloz*, Jurisprudence générale, 3^e partie : Conseil d'État et Tribunal des conflits, 1^{er} cahier, p. 4, italique ajouté).

⁹⁴ Selon H. Hart l'existence d'un système juridique dépend ultimement d'une « règle de reconnaissance » (HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, trad. de l'anglais par VAN DE KERCHOVE (M.), VAN DROOGHENBROECK (J.) et CÉLIS (R.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, 314 pp., spéc. 127-147) ; cela se confirme notamment lorsqu'il traite précisément de la coutume : celle-ci « n'est du droit que si elle appartient à une catégorie de coutumes qui est "reconnue" comme étant du droit par un système juridique particulier. La [...] question a trait à ce qu'on doit entendre par "reconnaissance juridique". En quoi consiste le fait qu'une coutume doive être juridiquement reconnue ? » (*op. cit.*, p. 64).

⁹⁵ L'histoire du droit livre à ce propos des enseignements particulièrement intéressants, qu'il n'y a pas lieu de reproduire ici ; on peut s'en tenir à supposer que la rationalisation et la systématisation progressive du droit, depuis le Moyen Âge, a contribué à l'apparition de cette conception formaliste du droit le faisant apparaître comme un « système de normes », ce qu'il n'était pas en droit romain (VILLEY (M.), « Le raisonnement juridique dans l'histoire : I. Droit romain et moyen âge », in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft n° 7, Wiesbaden, Franz Steiner, 1972, pp. 43-61, spéc. 58 ; v. aussi *idem*, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, pp. 454-487, soulignant que l'humanisme juridique des XVI^e et XVII^e siècles, en particulier Grotius, a particulièrement contribué à cette rationalisation-système, pp. 475-477).

⁹⁶ Rapp. ROSS (A.), *A textbook of International Law – General Part*, Londres, Longmans, 1947, pp. 46-49.

⁹⁷ *Cf.* D'ASPREMONT (J.), *Formalism and the Sources of International Law – A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press, 2011, pp. 12-18, selon cet auteur cependant la détermination (*ascertainment*) de la coutume ne peut être formelle (pp. 162-170), à l'instar de son identification (pp. 151-154).

INTRODUCTION

déterminer la valeur juridique d'une règle quelconque à partir de son contenu⁹⁸. Grossièrement, on peut dire que le droit naturel repose sur cette seconde considération, alors que le droit positif ne paraît que sous une forme prédéterminée, laquelle permet son identification⁹⁹ ; c'est ainsi qu'est souvent conçue la notion de source formelle, comme source de valeur juridique¹⁰⁰. Dans les systèmes juridiques actuels, cette dernière est ainsi conçue de manière essentiellement formelle¹⁰¹. La conception actuelle du droit international coutumier semble retenir cette approche formelle et peu compatible avec toute vision finaliste qui se rapprocherait du jusnaturalisme¹⁰². Il est cependant des auteurs pour défendre une approche téléologique de la coutume, fondée sur la

⁹⁸ L'objectivisme scellien en est un bon exemple, qui fonde l'ordre juridique sur des « buts sociaux ou "finalités" considérées à un moment donné, dans une société donnée, comme conformes à la solidarité sociale ou bien public » et fait dériver la coutume de la « conscience des nécessités sociales » (SCELLE (G.), *Manuel de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, pp. 14 et 574) ; *contra* GUGGENHEIM (P.), « Les deux éléments de la coutume en Droit international », *op. cit.*, pp. 279-280 ; v. par ex., dans une situation où la convergence de dispositions conventionnelles était invoquée, Cour suprême (États-Unis d'Amérique), 5 février 1934, *New Jersey c. Delaware, Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, volume VII, p. 132.

⁹⁹ H. Kelsen était ainsi particulièrement critique des théories qui fondent la validité de la coutume sur son contenu (KELSEN (H.), « Théorie du droit international coutumier », *op. cit.*, pp. 63-64 ; cf. COUVEINHES-MATSUMOTO (F.), « H. Kelsen, "Théorie du droit international coutumier" », in IHEL, *Grandes pages du droit international*, vol. 2 *Les sources*, Paris, Pedone, 2016, pp. 103-181).

¹⁰⁰ Selon Paul Amselek, dans le concept de source formelle, « on retrouve le tandem "origine — justification" : les "sources formelles" du droit, en effet, ce sont bien pour les juristes positivistes les modes d'édiction, de création des normes juridiques ; mais en même temps et indivisiblement, ils conçoivent ces sources, même s'ils n'en ont pas toujours clairement conscience, comme les sources fondatrices, légitimatrices : car il reste constamment entendu ou sous-entendu dans leur pensée que ces modes de création des normes juridiques sont — et sont même d'abord — donneurs de valeur ou validité, que c'est parce qu'une norme juridique est édictée selon un certain mode qu'elle est une norme juridique valable et, par suite, digne de considération, notamment de la part d'une "science positiviste" du droit » (AMSELEK (P.), « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », *APD*, t. 27, « Sources » du droit, 1982, p. 253).

¹⁰¹ Ainsi, selon René-Jean Dupuy, « [l]e droit est une forme » (DUPUY (R.-J.), « Formalisme juridique et Cour internationale de justice », in MAKARCZYK, (J.) (dir.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 393) ; une partie de la doctrine, plutôt d'origine « anglo-saxonne », a construit différentes théories qui remettent en cause ce formalisme (que le professeur Jean d'Aspremont a décrites et critiquées avec soin : D'ASPREMONT (J.), *Formalism and the Sources of International Law – A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, *op. cit.* ; *idem*, « La déformalisation en droit international et l'abandon de la théorie des sources dans la doctrine contemporaine », *L'observateur des Nations Unies*, vol. 30, 2011 (1), pp. 39-59), il semble cependant que ces théories n'aient pas réellement trouvé d'appui ou d'effet dans la pratique internationale.

¹⁰² Les auteurs défendant une telle conception sont rares depuis la moitié du XX^e siècle ; on peut néanmoins mentionner DE VISSCHER (Ch.), « Coutume et traité en droit international public », *RGDIP*, 1955, spéc. p. 357 : mettant l'accent sur la « qualification légale » de la règle coutumière, il souligne que « celle-ci seule reste décisive, et jamais de la seule uniformité ou régularité extérieure de certaines attitudes il n'est permis de conclure à la normativité [...] ». C'est ici que l'orientation téléologique du droit, sans se séparer de l'observation des faits, s'en distingue spécifiquement et très décidément par la sélection des données sociales qu'il met au service de ses fins propres. Il n'y a de coutume établie qu'à partir du moment où la pensée humaine envisage un comportement social comme un élément d'ordre au point de le tenir désormais pour juridique nécessaire » ; cette orientation téléologique se rattache, selon De Visser, aux « impératifs moraux et sociaux, supérieurs aux faits, [...] qui guident l'effort humain dans sa recherche d'une organisation meilleure du droit ».

nécessité du contenu de la règle¹⁰³, ou, dans la doctrine contemporaine, sur sa portée axiologique¹⁰⁴. L'approche contemporaine est donc foncièrement contingente et elle est étudiée uniquement parce qu'elle constitue l'état actuel du droit international ; il est possible que d'autres systèmes juridiques aient un mode différent d'identification de la légalité et que d'autres encore ne connaissent pas de conception aussi nette de la légalité. Par ailleurs, ce problème de la valeur juridique n'est pas limité à la coutume internationale : il s'y pose certainement avec acuité, mais c'est aussi le formalisme qui fait qu'un traité est, selon l'expression consacrée, « en vigueur ». Il est de même question de valeur juridique à propos des textes non conventionnels. C'est ce qu'a étudié M. Virally pour l'Institut de droit international en 1983, à propos de la distinction entre instruments internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique¹⁰⁵ : la notion de portée juridique

¹⁰³ L. Kopelmanas, par exemple, met l'accent sur la « nécessité » de la coutume : « *formation and existence of a custom depends on its conformity with the social needs of a legal order. The custom results from acts of the same character because those who do them cannot do otherwise* » (KOPELMANAS (L.), « Custom as a Means of the Creation of International Law », *op. cit.*, spéc. p. 148) ; rappr. DE VISSCHER (Ch.), « La codification du droit international », *RCADI*, t. 6, 1925 (I), p. 352, qui considère que la coutume n'existe que si elle est conforme à des principes supérieurs (*ibid.*, pp. 365-366) ; BASDEVANT (J.), « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, pp. 508-520 ; *contra* SØRENSEN (M.), *Les sources du droit international – Étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale*, *op. cit.*, pp. 106-107 (la notion de nécessité « paraît mal appropriée à servir de critère entre la coutume juridique et les actes de courtoisie et de simples usages sans caractère obligatoire ») ; SKUBISZEWSKI (K.), « Elements of Custom and the Hague Court », *op. cit.*, pp. 850-853 (la rationalité ou la nécessité logique ne sont pas des facteurs de génération de la coutume).

¹⁰⁴ Par ex. LEPARD (B. D.), *Customary International Law – A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, 2010, pp. 77-168 (des principes éthiques contribuent à fonder l'« autorité normative » de la coutume) ; *idem*, « Customary International Law as a Dynamic Process », in BRADLEY (C. A.) (dir.), *Custom's Future*, Cambridge University Press, 2016, pp. 62-94 ; *idem*, « Toward a New Theory of Customary International Human Rights Law », in *idem* (dir.), *Reexamining Customary International Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 233-265 ; SHAVERS (A. W.), « Using Customary International Law to Improve Women's Lives », in *ibid.*, pp. 267-306 ; TASIOLAS (J.), « Custom, Jus Cogens, and Human Rights », in BRADLEY (C. A.) (dir.), *Custom's Future*, Cambridge University Press, 2016, pp. 95-116 ; *idem*, « In Defense of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, 1996, p. 85 ; *idem*, « Customary International Law and the Quest for Global Justice », in MURPHY (J. B.) et PERREAU-SAUSSINE (A.) (dirs.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press, 2007, p. 310 : la « validité » d'une règle coutumière peut être fondée sur l'éthique, y compris en cas d'absence de « pratique » étatique étendue ou de consentement des États en sa faveur ; *adde.* les exemples cités par WOOD (M.), Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier, 17 mai 2013, doc. n° A/CN.4/663, *Ann. CDI*, 2013, vol. II (à paraître), § 98.

¹⁰⁵ *Ann. IDI*, vol. 60-I, 1983, pp. 166-374 ; v. plus spéc. l'« Exposé préliminaire » de M. VIRALLY, *ibid.*, pp. 283-306, ainsi que les « observations » de Prosper Weil, *ibid.*, pp. 366-373 (spéc. 367-368 : « la différence entre les deux types d'engagements ne réside pas dans le fait que l'engagement politique n'obligerait pas, ou obligerait moins que l'engagement juridique. [...] Il est des engagements juridiques qui ont peu de prolongements concrets, soit parce qu'ils ne comportent pas de contenu très précis, soit parce qu'ils sont mal respectés. Mais il est aussi des engagements politiques qui [...] influencent la conduite des États de manière effective et durable. L'engagement politique ne lie pas moins que l'engagement juridique : il lie autrement ») ; *adde.* BAXTER (R. R.), « International Law in "Her Infinite Variety" », *ICLQ*, 1980, pp. 549-566 ; SCHACHTER (O.), « The Twilight Existence of Non-Binding Agreements », *AJIL*, 1977, pp. 296-304.

renvoie à celle de valeur juridique¹⁰⁶. Les mêmes questionnements ont été soulevés à propos des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la valeur juridique desquelles on s'est longuement interrogé¹⁰⁷. Ces énoncés, souvent qualifiés de « droit souple » (« *soft law* ») sont donc, dans la perspective de la présente recherche, des instruments qui ne sont pas dotés d'une valeur juridique en eux-mêmes. L'intérêt d'une étude de l'accession de certains énoncés à la valeur juridique coutumière permettra ainsi d'identifier comment ce droit souple peut acquérir une « force juridique » qui lui fait initialement défaut¹⁰⁸.

21. Pour mener à bien cette étude sur l'identification du contenu et de la valeur juridique de la coutume internationale, il convient de préciser le cadre théorique qui la conditionnera. Celui-ci concerne le rapport entre ces deux aspects de la règle de droit et les formulations par lesquelles ils se manifestent. C'est un lieu commun de dire que le droit existe par l'intermédiaire du langage et par lui seul : il s'exprime, il se formule, mais il n'a aucune réalité matérielle. Il ne s'agit que d'énoncés linguistiques dont il convient d'identifier le sens et la signification. Ainsi, la coutume ne se manifeste que par ses formulations¹⁰⁹. Le droit est alors réductible à ce que certaines autorités – les « jurisdiseurs » selon le professeur

¹⁰⁶ Et non à leur contenu, car, comme le précise M. Virally, un traité en vigueur « constitue toujours un texte de portée juridique, même s'il ne contient que des dispositions vagues, pratiquement dépourvues de force contraignante » (VIRALLY (M.), « Exposé préliminaire », *op. cit.*, p. 301).

¹⁰⁷ Qu'il suffise, sur cette question, de mentionner ici le cours du professeur Castañeda, dont l'intitulé emploie précisément la formule « valeur juridique » (CASTAÑEDA (J.), « Valeur juridique des résolutions des Nations Unies », *RCADI*, t. 129, 1970 (I), pp. 205-332) ou l'article de Michel Virally (VIRALLY (M.), « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *AFDI*, 1956, pp. 66-96) ; de même, c'est précisément de « valeur juridique » qu'il était question dans la sentence *Texaco-Calasiatics c. Libye (Texaco Overseas Petroleum Company et California Asiatic Oil Company (Texaco-Calasiatic) c. Gouvernement de la République arabe de Libye*, sentence arbitrale au fond, 19 janvier 1977, publiée dans *JDI*, 1977, pp. 350-389, spéc. p. 376, § 83 et p. 378, § 86) ; *adde*. BAXTER (R. R.), « Treaties and Custom », *op. cit.*, spéc. pp. 69-73 ; DINSTEIN (Y.), « The Interaction Between Customary International Law and Treaties », *RCADI*, t. 322, 2006, pp. 303-312 ; JACQUÉ (J.-P.), « L'acte juridique : réflexions d'un internationaliste », *Droits*, vol. 7, L'acte juridique, 1988, p. 95 ; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, (E.), « International Law in the Past Third of a Century », *op. cit.*, pp. 30-34 ; MACGIBBON (I.), « Means for the Identification of International Law. General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity », in CHENG (B.), (dir.), *International law: Teaching and Practice*, Londres, Stevens & Sons, 1982, pp. 10-26 ; VIRALLY (M.), « A propos de la "lex ferenda" », in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 519-533.

¹⁰⁸ Comme le note Michael Wood, « [p]our 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 renvoie essentiellement à des règles dont le caractère est délibérément non contraignant – n'est pas le droit [...]. Le "droit souple" peut néanmoins concourir à la formation du droit international coutumier » (WOOD (M.), Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier, 17 mai 2013, doc. n° A/CN.4/663, *Ann. CDI*, 2013, vol. II (à paraître), § 28, n. 55).

¹⁰⁹ Cf. SUR (S.), « La coutume internationale. Sa vie, son œuvre », *Droits*, n° 3, La coutume, 1986, pp. 114-117 et 124 (la règle coutumière « ne se dévoile qu'à l'occasion de manifestations ponctuelles, puisqu'elle n'a qu'une existence hypothétique en dehors de ses applications concrètes, qu'elle est supposée plus que posée ») ; *idem*, *La coutume internationale* [Extrait du Juris-classeur Droit international, fasc. 13 : Sources du droit international], Paris, Librairies techniques, 1990, § 14 : « la coutume ne peut être que supposée, puisqu'elle n'est formulée dans aucun instrument écrit revêtu de son autorité. L'existence de la règle est ainsi une vue de l'esprit. Les instruments qui la formulent ne la contiennent pas réellement. Ils n'expriment qu'un point de vue local et partiel à son sujet » de sorte que qu'elle est « supposée plus que posée » (*ibid.*, § 93).

Amsselek¹¹⁰ – disent qu’il est. C’est donc en considérant les formulations des règles de droit qu’il faut en identifier les deux aspects et notamment leur valeur juridique. Cette dernière n’est cependant pas déterminée par les formes déontiques ou syntaxiques par lesquelles la règle est énoncée, elle est issue de l’intention de l’autorité qui procède à cette énonciation et de la fonction de celle-ci¹¹¹. Une telle approche n’est pas inconnue de la philosophie contemporaine qui admet une opposition entre le contenu d’un énoncé et sa valeur¹¹². Il s’agit donc d’un point d’appui utile ; en particulier, la théorie des actes de langage, développée notamment par J. L. Austin¹¹³ et J. Searle¹¹⁴, et prolongée dans la doctrine juridique française par le professeur Amsselek notamment¹¹⁵, permet de distinguer

¹¹⁰ AMSELEK (P.), « Le locutoire et l’illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *Revue de métaphysique et de morale*, n° 3, 1990, p. 390.

¹¹¹ Cf. CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 268-271.

¹¹² Frege avait déjà distingué le sens et la force d’un énoncé, Jacques Bouveresse note à ce propos que « Frege, qui a le premier introduit la distinction entre le sens (*Sinn*) et la force (*Kraft*) d’un énoncé, l’avait faite clairement même dans le sens où elle est la moins apparente, à savoir celui de la proposition assertorique, et avait distingué soigneusement l’expression de la pensée (ce que Searle appellera l’*acte propositionnel*) et le jugement (qui exprime l’acte de la reconnaissance de la vérité). Frege savait, en outre, parfaitement que la force assertorique d’une énonciation n’est pas nécessairement marquée de façon explicite dans la structure de la phrase et que la même proposition peut être utilisée sans le moindre changement pour formuler une assertion et sans être le moins du monde assertée, autrement dit, dans le langage d’Austin, qu’en disant la même chose, on peut encore faire des choses très différentes » (BOUVERESSE (J.), « Propos introductifs », in AMSELEK (P.) (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 13) ; c’est cependant Austin, par la distinction entre la signification locutoire, illocutoire et perlocutoire des énoncés – après avoir identifié l’effet performatif de certains d’entre eux – qui donnera une distinction plus intéressante à notre étude : le locutoire pouvant être assimilé à la formulation du contenu du droit coutumier, l’illocutoire à une certaine valeur, ici juridique, et le perlocutoire à sa réception comme règle de droit (AUSTIN (J. L.), *How to Do Things With Words*, Oxford University Press, 1975, réimpr. 2009, 176 pp., spéc. pp. 94-164) ; *adde*. AMSELEK (P.), « Philosophie du droit et théorie des actes de langage » in AMSELEK (P.) (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, *op. cit.*, pp. 109-163 ; *idem*, « Le locutoire et l’illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *Revue de métaphysique et de morale*, 1990, n° 3, pp. 385-413 ; CAYLA (O.), « Austin John Langshaw », in CAYLA (O.) et HALPÉRIN (J.-L.) (dirs.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 14-24, spéc. p. 21 (« une norme juridique [...] est un phénomène de signification pragmatique ; il s’agit de la force illocutoire de commandement, que l’on comprend être la signification de l’acte d’énonciation même auquel procède un émetteur lorsque, prenant la parole en direction d’un adressataire, il exprime à ce dernier la prétention à la lier par une obligation, c’est-à-dire à l’enjoindre de se conformer à un modèle de comportement obligatoire »).

¹¹³ AUSTIN (J. L.), *How to Do Things with Words*, *op. cit.*

¹¹⁴ SEARLE (J.), *Les actes de langage – Essai de philosophie du langage*, trad. de l’anglais par PAUCHARD (H.), Paris, Hermann, 1972, 254 pp. ; plus récemment : *idem*, *Making the Social World – The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, 2010, 208 pp.

¹¹⁵ Il semble qu’il y ait deux moments de la réception de la théorie des actes de langage dans la doctrine de langue française : la première s’attache seulement, à l’instar d’une critique de Searle sur les travaux d’Austin, à la distinction entre le constatif et le performatif, pourtant rejetée par Austin (v. par ex. GRZEGORCZYK (C.), « Le rôle du performatif dans la langue du droit », *APD*, t. XIX, 1974, pp. 229-241 et, en droit international, DAVID (É.), « Le performatif dans l’énonciation et le fondement du droit international », in *Le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes – méthodes d’analyse du droit international – Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 241-261) ; la seconde tient au contraire davantage compte du triptyque locutoire-illocutoire-perlocutoire (v. not. AMSELEK (P.), « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », *op. cit.* ; *idem*, « Le locutoire et

INTRODUCTION

l'acte lui-même de la valeur qui lui est reconnue, son aspect « illocutoire »¹¹⁶. La valeur juridique n'est dès lors rien d'autre qu'une des formes de l'illocutoire identifié par Austin, une valeur particulière attribuée à un énoncé. L'assertion¹¹⁷ d'une règle coutumière est en effet une affirmation évaluative par laquelle une autorité attribue la qualité juridique à une règle qu'elle a énoncée. Contrairement à la notion de validité, qui prétend être un état objectif – la règle est valide ou ne l'est pas – le terme valeur correspond davantage à cette théorie de l'illocutoire et permet d'englober toutes les affirmations évaluatives¹¹⁸. On peut ainsi parler de valeur juridique pour distinguer les règles dotées de la qualité juridique de celles qui en sont dépourvues, comme on le fait ici, mais aussi différencier la valeur coutumière de la valeur conventionnelle, comme on peut distinguer en droit interne les valeurs législative et constitutionnelle. Il s'agit toujours d'affirmations évaluatives. Cela révèle, au fond, que la valeur juridique de la coutume n'est qu'une qualité reconnue par convention à un modèle de comportement. La règle, en elle-même, n'est donc qu'une virtualité¹¹⁹ qui se manifeste concrètement lorsqu'elle est formulée. Encore faut-il que cette énonciation évaluative soit reconnue par ses destinataires comme assertion de la valeur juridique ; c'est là l'effet perlocutoire de l'acte¹²⁰. C'est donc

l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *op. cit.*, pp. 385-413 ; *idem*, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PU Aix-Marseille, 1986, pp. 31-65, spéc. pp. 42-65).

¹¹⁶ Austin utilise la notion de « force illocutoire » (AUSTIN (J. L.), *How to Do Things With Words*, *op. cit.* pp. 148-151) qui montre bien que l'illocutoire n'est pas un autre sens d'un énoncé, mais une qualité particulière que lui prête le locuteur ; selon François Récanati, les actes « illocutionnaires » « possèdent à la fois un contenu (ce qui est affirmé, suggéré, demandé etc.) et une force correspondant au type d'acte en question (la force d'un conseil, d'une suggestion, d'un ordre, d'une promesse...) » (RÉCANATI (Fr.), *Philosophie du langage (et de l'esprit)*, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 2008, p. 257).

¹¹⁷ Ce mot sera ici entendu comme toute affirmation ou négation catégorique et péremptoire, peu importe qu'une preuve soit apportée ou non au soutien de cette affirmation ou de cette négation ; ainsi le sens de ce mot renvoyant à toute affirmation ou négation non prouvée ne sera pas retenu (pour une utilisation du terme dans ce sens : TALMON (S.), « Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion », *EJIL*, 2015, pp. 417-443).

¹¹⁸ Ainsi, pour Max Sørensen, s'inspirant d'Alf Ross, « la validité du droit est [...] un phénomène psychologique, une rationalisation de certaines motivations qui, à cause de l'organisation sociale et de la tradition, s'imposent à l'esprit humain avec une force particulière. L'objet de la doctrine des sources du droit est donc d'analyser les éléments généraux qui constituent cette motivation psychologique particulière et qui déterminent ainsi le contenu des notions juridiques concrètes » (SØRENSEN (M.), *Les sources du droit international – Étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale*, *op. cit.*, p. 24).

¹¹⁹ Là encore, l'affirmation n'est ni nouvelle ni surprenante (v. not. COMBACAU (J.), « Ouverture : de la régularité à la règle », *Droits*, n° 3, La coutume, 1986, p. 4 : reconnaissant que l'idée selon laquelle le juge applique une règle préexistante est « sans doute » une fiction, il ajoute que cette fiction « est commune à toutes les hypothèses dans lesquelles le juge utilise le seul pouvoir qui lui appartienne en propre du seul fait de la distinction entre la fonction d'élaboration des règles et la fonction, posée comme nécessairement subordonnée, qui consiste à les appliquer à des espèces concrètes : il fait parler une règle par elle-même inexpressive et virtuelle, qui ne se réalise que par les actes de ses prétendus interprètes ») ; on peut cependant regretter que la doctrine n'ait pas davantage exploré les conséquences de cette fiction, notamment sur la pertinence de la distinction entre formation et application du droit.

¹²⁰ Qui a été identifié par Austin avec les actes locutoire et illocutoires : *How to Do Things With Words*, *op. cit.*, pp. 101-120 (« [s]aying something will often, or even normally, produce certain consequential effects upon the feelings, thoughts, or actions of the audience, or of the speaker, or of other persons : and it may be done with the design, intention and purpose of producing them [...] We shall call a performance of an act of this kind the performance of a 'perlocutionary' act », p. 101) ; v. aussi RÉCANATI (Fr.), *Philosophie du langage (et de l'esprit)*, *op. cit.*, pp. 258-259.

les justifications¹²¹, c'est-à-dire les « intentions communicatives »¹²² qui permettent de faire connaître l'acte évaluatif, de ces assertions qui formeront le matériau d'étude de la recherche ici entreprise¹²³ car elles sont nécessairement fondées sur des références juridiques partagées¹²⁴. Par conséquent, il faut se garder de considérer un « processus » de formation de la coutume qui ne peut être que supposé, mais plutôt se concentrer sur chacune des formulations, y compris leurs justifications, de règles reconnues comme coutumières dans des situations concrètes¹²⁵. Il convient dès lors de dissiper l'idée selon laquelle le « seuil du droit ou de la juridicité » serait une « zone grise »¹²⁶. En somme, la distinction des deux aspects des règles coutumières doit être appréhendée concrètement ; cela conduit à considérer comme telles celles ainsi qualifiées par les autorités qui en déterminent le contenu et la valeur juridique¹²⁷.

¹²¹ Selon Searle, « [t]oute justification qu'un locuteur donnera pour l'une de ses affirmations évaluatives implique de façon caractéristique une référence à certaines attitudes qui lui sont propres, à certaines valeurs qu'il reconnaît, ou à certains principes moraux » (SEARLE (J.), *Les actes de langage – Essai de philosophie du langage*, op. cit., p. 237).

¹²² En effet la philosophie du langage tend à considérer que ce qui caractérise les actes illocutoires est « le fait que, pour les accomplir, il faut et il suffit de faire reconnaître au destinataire l'intention communicative sous-jacente » (RÉCANATI (Fr.), *Philosophie du langage (et de l'esprit)*, op. cit., p. 111 et pp. 258-259) ; c'est ainsi revenir à l'effet perlocutoire identifié par Austin, qui prend en compte les destinataires de l'acte : selon François Récanati « [a]ccomplir une acte illocutionnaire, c'est, par un comportement donné (l'énonciation d'une phrase ou autre chose), manifester ouvertement et faire reconnaître au destinataire l'intention ("perlocutionnaire") d'obtenir, par ce comportement, un certain résultat : transmettre au destinataire une information, le conduire à agir d'une certaine façon, etc. [...] Pour accomplir un acte illocutionnaire, cependant, il ne suffit pas de manifester et de faire reconnaître une intention perlocutionnaire. Il faut manifester cette intention *ouvertement*, en donnant à reconnaître simultanément l'intention de le faire » (*ibid.*, p. 258).

¹²³ Une telle approche ne rompt pas avec le positivisme classique ; en effet, comme le souligne le professeur Denis Alland, que la détermination des règles soit libre ou non, c'est à la seule étude des justifications de cette détermination que peut se consacrer le juriste, ce qui permet de nuancer des approches dites « réalistes » postulant la liberté de la détermination des règles de droit : « l'interprète, non contraint par les exigences déductives quasi scientifiques ("libre" donc) au stade de l'attribution de sens ou de signification, doit couler *a posteriori* dans un moule argumentaire recevable la justification de son interprétation. Or cette "recevabilité" passe par un discours parfaitement conforme aux fictions les plus traditionnelles et l'on aura fait un bien grand détour pour revenir pratiquement au point où avaient été laissés de trop peu soupçonneux positivistes » (ALLAND (D.), « La théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public », op. cit., p. 99).

¹²⁴ Selon le professeur Jean Combacau le mot droit, « plutôt qu'il ne désigne un objet clairement identifiable, me paraît pouvoir s'appliquer soit à n'importe quelle collection d'objets dont l'existence ne repose que sur un système de représentation partagé par une collectivité qui, par une convention de langage, lui attribue un statut objectif, soit à ce phénomène de représentation lui-même » (COMBACAU (J.), « Une manière d'être des choses », *Droits*, vol. 11, Définir le droit /2, p. 11).

¹²⁵ Cf. STERN (B.), « Le coutume au cœur du droit international – quelques réflexions », op. cit., p. 784 ; v. déjà HEINRICH (W.), « Recherches sur la problématique du droit coutumier », op. cit., p. 289 : « [l]a réalité du droit coutumier se manifeste par l'application constante qu'en font ceux qui sont persuadés de son caractère obligatoire ; les règles coutumières ne s'extériorisent que par leur application continue ».

¹²⁶ ABI-SAAB (G.), « Les sources du droit international : essai de déconstruction », op. cit., pp. 48-49.

¹²⁷ En cela, il serait inexact de dire que H. Kelsen ou P. Guggenheim, dans leur rejet initial de l'*opinio juris*, considéraient que l'élément matériel était suffisant à la formation de la coutume : selon eux cette dernière se formait par la qualification des juges (KELSEN (H.), « Théorie du droit international coutumier », op. cit., pp. 72-75 ; GUGGENHEIM (P.), *Traité de droit international public*, vol. 1, 1^{ère} éd.,

22. Il reste à déterminer quelles sont ces autorités qui par leurs assertions établissent la coutume. Il s'agit certainement des États, mais ces derniers ne justifient que rarement en droit leurs positions quant à l'existence ou non d'une règle coutumière¹²⁸. Une telle justification n'est souvent pas nécessaire : l'affirmation de leurs positions quant à l'état du droit coutumier suffit à produire des effets. Lorsque ces positions sont motivées en droit, notamment parce que les États se prononcent sur le contenu ou la valeur de la coutume, les raisonnements tenus, parce qu'ils sont perceptibles, seront pris en compte dans la présente étude¹²⁹. Cependant cette situation ne se présente en pratique que rarement, sauf dans le cadre contentieux ou dans celui des organisations internationales¹³⁰ ou autres forums internationaux comme les conférences de codification¹³¹. Les raisonnements des organes juridictionnels sont en revanche plus riches¹³². C'est en effet au sein des divers cours et tribunaux qu'est le plus discutée l'existence ou non d'une règle coutumière¹³³ et c'est dans leurs décisions que ces assertions sont

op. cit., pp. 46-47) ; cf. TROPER (M.), « Nécessité fait loi – Réflexions sur la coutume constitutionnelle », *op. cit.*, pp. 309-323, spéc. 319-320, selon lequel la valeur juridique coutumière provient d'une interprétation d'un organe qui n'est pas celui à l'origine de la « pratique », de sorte qu'il faut à la fois un « organe qui exerce une pratique répétée », et un autre qui « donne à cette pratique la signification d'une norme » ; v. aussi BASDEVANT (J.), « Règles générales du droit de la paix », *op. cit.*, pp. 516-517, selon qui les règles coutumières, qui naissent spontanément des exigences de la vie internationale, reçoivent un caractère positif du fait qu'elles sont reconnues par ceux qui sont en situation de leur assurer une certaine force d'application dans la vie internationale », c'est-à-dire « les gouvernements, les législatures nationales, les juges nationaux et, plus encore, les juges internationaux, les organes internationaux ».

¹²⁸ FOIGHEL (I.), « The North Sea Continental Shelf Case – Judgment by the International Court of Justice of 20 February 1969 », *Nordic Journal of International Law*, vol. 39, 1969, p. 121.

¹²⁹ Il en va ainsi de la Proclamation Truman relative au plateau continental, par laquelle les États-Unis d'Amérique affirment que « *the exercise of jurisdiction over the natural resources of the subsoil and sea bed of the continental shelf by the contiguous nation is reasonable and just* » (« Proclamation by the President with Respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf – September 28, 1945 », *AJIL*, Supplément (documents officiels), vol. 40, 1946, pp. 45-46) ; ou encore de la « Proclamation Reagan » sur la zone économique exclusive, par laquelle les États-Unis d'Amérique affirment les règles de droit international coutumier qu'ils reconnaissent : « *[w]hereas international law recognizes that, in a zone beyond its territory and adjacent to its territorial sea, known as the Exclusive Economic Zone, a coastal State may assert certain sovereign rights over natural resources and related jurisdiction* » (reproduite dans *ILM*, 1983, pp. 464-465 ; v. aussi QUENEUDEC (J.-P.), « La proclamation Reagan sur la zone économique exclusive des États-Unis », *AFDI*, 1983, pp. 710-714, avec une trad. française de la proclamation).

¹³⁰ Par ex., en ce qui concerne la convergence conventionnelle, la résolution 57/210 du 18 décembre 2002 de l'Assemblée générale des Nations Unies selon laquelle « les arrangements régionaux jouent un rôle important dans la promotion et la protection des droits de l'homme et [ils] devraient renforcer les normes universelles en la matière, qui sont énoncées dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, et contribuer à leur protection ».

¹³¹ Une attention particulière a été portée à la réception par les États des travaux de la CDI sur l'Identification du droit international coutumier depuis 2012, telle qu'elle s'est manifestée dans l'enceinte de la 6^e Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies.

¹³² Rappr. WORSTER (W. T.), « The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches », *op. cit.*, pp. 464-465 (« *[w]e will generally look at how international courts are assessing the existence of customary international law because the papers of foreign ministries and other sources are usually not so clear about – or omit entirely – the legal reasoning method employed to reach the conclusion* », note de bas de page omise).

¹³³ Comme le note le professeur Mathias Forteau, « [d]ans la société internationale classique, le recours au juge étant très exceptionnel, le formalisme présentait sans doute des avantages moindres puisqu'en

les plus formalisées et motivées¹³⁴. En matière de droit coutumier, le lien entre la détermination des règles et leur formulation par le juge est particulièrement évident¹³⁵. Il ne s'agit pas de dire que ces autorités, lorsqu'elles se prononcent sur l'existence ou non du droit coutumier, formulent des propositions vraies ou fausses et ainsi de distinguer une coutume authentique d'une fausse coutume¹³⁶, mais d'étudier leurs raisonnements pour ce qu'ils sont : des assertions, ainsi que les motivations qui les soutiennent, sur l'existence ou non d'une règle coutumière¹³⁷.

23. L'objectif sera ainsi d'expliquer quels sont les éléments invoqués par ces autorités au soutien de l'existence ou de l'inexistence d'une règle coutumière, pour mettre en lumière le rôle des dispositions conventionnelles au sein de cette argumentation. Pour cela, il serait inexact d'assimiler la distinction entre élément matériel et *opinio juris* à celle, qui vient d'être présentée, entre locutoire d'une part et illocutoire et perlocutoire d'autre part. Le premier couple permet seulement de justifier le contenu et la valeur juridique de la coutume par les comportements et déclarations des sujets de droit. Cela explique d'ailleurs la souplesse avec laquelle il est mobilisé : ce qui importe, pour fonder une règle coutumière, n'est pas l'existence des deux éléments, mais plutôt la capacité à persuader de leur réalité. En d'autres termes, « pratique » et *opinio juris* ne sont pas tant des éléments constitutifs de la coutume que des qualifications juridiques appliquées à certains faits afin de justifier l'énonciation d'une règle coutumière. L'illocutoire concerne quant à lui précisément cette assertion de la valeur juridique. C'est donc auprès des autorités qui affirment l'existence ou l'inexistence des règles de droit coutumier et des justifications qu'elles en donnent qu'il faut se tourner. D'autres expressions pourront être prises en compte, notamment celles de la doctrine ou des

définitive, les différends se réglaient prioritairement par des voies diplomatiques. Dès lors qu'en revanche le juge est saisi – et il l'est incomparablement plus souvent aujourd'hui que par le passé, le différend se règle nécessairement par application de la règle de droit dont il faut bien alors, au cours du procès, établir l'existence » (FORTEAU (M.), « Les sources du droit international face au formalisme juridique », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 30, 2011-1, p. 68).

¹³⁴ Dans le cadre de la formulation de la coutume, cette motivation est nécessairement juridique dans le sens où sa finalité est l'énonciation d'une règle réputée ressortir au monde du droit ; voir cependant, sur les différentes acceptions de la distinction entre motifs juridiques et non juridiques, COUVEINHES MATSUMOTO (F.) et NOLLEZ-GOLDBACH (R.), *Les motifs non-juridiques des jugements internationaux – Actes de la première journée de droit international de l'ENS*, Paris, Pedone, 2016, 204 pp., spéc. les contributions de Pierre Brunet et de Florian Couveinhes Matsumoto.

¹³⁵ V. sur ce point les riches remarques dans GUGGENHEIM (P.), « Les deux éléments de la coutume en Droit international », *op. cit.*, p. 284 ; *adde.* ARAJÁRVI (N.), *The Changing Nature of Customary International Law*, Oxon/New-York, Routledge, 2014, pp. 49-74 ; WOLFKE (K.), *Custom in Present International Law*, *op. cit.*, p. 73 (« even the application of an already ascertained rule is in fact equivalent to the creation of a particular rule by means of a more general rule for the settlement of a concrete case. A statement by the court that a certain rule applies in settling a dispute involves a law-creating factor ») ; STERN (B.), « Le coutume au cœur du droit international – quelques réflexions », *op. cit.*, pp. 491-492 ; c'est plus précisément les assertions des organes d'application du droit qu'il convient de prendre en compte (pour une brève présentation de cette approche : TROPER (M.), « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *op. cit.*, p. 21).

¹³⁶ Comme peut le faire, par ex., Fernando R. Tesón, distinguant la « fake custom » de la « genuine custom » : TESÓN (F. R.), « Fake Custom », in LEPARD (B. D.) (dir.), *Reexamining Customary International Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 86-110.

¹³⁷ Comme l'a mis en valeur Searle, on ne peut en effet établir la « vérité » ou la « fausseté » d'une affirmation évaluative (SEARLE (J.), *Les actes de langage – Essai de philosophie du langage*, *op. cit.*, p. 237).

codifications qui n'acquièrent pas de valeur juridique, mais uniquement dans la mesure où elles renseignent sur les sources primaires identifiées. Il ne s'agit pas de leur refuser toute influence sur le droit, qui peut être particulièrement forte, mais de savoir garder la mesure de la portée de toutes les formulations du droit coutumier¹³⁸. Ce matériau permettra d'identifier sur quelles bases sont attestés le contenu et la valeur juridique de la coutume.

24. On l'aura compris, c'est une approche inductive et strictement empirique qui sera suivie ; elle se concentrera sur les formulations des autorités reconnues pour dire le droit, c'est-à-dire principalement sur les justifications juridiques qu'elles avancent au soutien de leurs assertions coutumières. La méthode inductive est la seule disponible dans la mesure où il ne s'agira pas de démontrer l'existence ou l'inexistence d'une règle coutumière ici ou là, mais de déterminer sur quels fondements, en pratique, la coutume est assertée. Il reste qu'une méthode qui se revendique de l'empirisme ne peut être fondée que sur des faits observables. En matière de droit coutumier, les manifestations du droit ne sont constituées d'aucun énoncé légal préexistant ; la valeur juridique ne peut dès lors pas provenir d'un autre acte que celui par lequel est formulée la règle¹³⁹. Ces manifestations ne peuvent pas plus être l'élément matériel et l'*opinio juris*. En effet, ces deux éléments, comme tout autre concept légal, ne deviennent des faits empiriques qu'une fois qu'ils sont qualifiés et reconnus comme « pratique » ou comme *opinio juris*. Les identifier avant cette qualification serait se fonder sur des suppositions, sur de pures conjectures. Les seules manifestations observables disponibles sont donc les motivations des formulations de la coutume par des autorités reconnues comme pouvant dire le droit, qu'elles se réfèrent ou non à la théorie des deux éléments. L'objet de la présente étude se rattache ainsi à la dogmatique juridique en ce qu'il consiste à rendre compte de la pratique juridique. Il s'agit donc d'étudier le droit lui-même, comme un objet à part entière et non au regard des jeux de pouvoir dont il est nécessairement l'objet¹⁴⁰.

25. Il convient enfin de préciser que toutes les formulations de la coutume n'ont pas la même pertinence dans ce cadre méthodologique. Le discours juridique, dans son ensemble, se divise en deux ensembles : une fraction est partie intégrante du système juridique alors que l'autre ne l'est pas, elle est plus un discours sur le droit

¹³⁸ Il en est aussi le cas pour les codifications « privées », qui bien que dénuées de valeur juridique, peuvent avoir une grande influence – on pense notamment aux travaux de la CDI (v. ALLAND (D.), *Manuel de droit international public*, *op. cit.*, pp. 170-171, 137).

¹³⁹ Une règle de droit coutumier est en ce sens implicite (rapp. MILLARD (É.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2006, pp. 104-105).

¹⁴⁰ Cela ne revient pas à dire que de telles approches sont à exclure, mais elles sont fondamentalement différentes de celle adoptée dans la présente étude ; dès lors, et malgré tout leur intérêt et leur légitimité, elles n'ont qu'un apport très limité à l'approche qui vient d'être présentée : voir, par ex. et pour s'en tenir aux écrits les plus récents : CHIMNI (B. S.), « Customary International Law: A Third World Perspective », *op. cit.*, pp. 1-46 ; KELLY (J. P.), « Customary International Law in Historical Context – The Exercise of Power without General Acceptance », in LEPARD (B. D.) (dir.), *Reexamining Customary International Law*, *op. cit.*, pp. 47-85 (étude historique mettant l'accent sur le poids des grandes puissances occidentales dans la formation de la coutume) ; BACHAND (R.), *Les subalternes et le droit international*, Paris, Pedone, 2018, pp. 79-84 et 108-115.

qu'un discours de droit¹⁴¹. Seul ce dernier constituera le matériau étudié par la présente thèse, le langage-objet à l'égard duquel une étude empirique peut être menée¹⁴². Cette observation implique une dernière précision : la convergence conventionnelle n'est pas en elle-même un concept « de droit » ; il ne s'agit pas d'un objet créé, déterminé, ou qualifié par les acteurs du droit international. Il s'agit cependant d'une catégorie regroupant un ensemble de solutions qui renvoient à des institutions juridiques existantes¹⁴³ : les traités et la coutume internationale. L'expression « convergence conventionnelle » permet donc d'étudier un objet juridique concret sans se lier par une terminologie « de droit », celle du langage-objet. Une certaine distance nominaliste, précédemment évoquée¹⁴⁴, doit ainsi être conservée entre l'observateur et son objet d'étude, même si l'observation a une influence sur cet objet, ou du moins sur sa perception. Cette prudence sera au demeurant observée pour les autres concepts existant en matière de coutume : les notions d'« élément matériel » – ou « pratique » – et d'« *opinio juris* » par exemple, ne seront pas utilisées comme outils d'analyse. Cela est d'autant plus nécessaire que les différentes autorités juridiques internationales ont des conceptions parfois divergentes de ces termes. C'est pourquoi il convient d'adopter une grille d'analyse différente.

26. Les développements précédents conduisent à fonder cette dernière sur trois postulats conceptuels que la présente étude permettra de conforter. Premièrement, toute disposition conventionnelle regroupe deux aspects distincts : le premier, l'énoncé, lui donnant un contenu et le second, les engagements lui octroyant une valeur juridique à l'égard des sujets engagés. Deuxièmement, une telle dualité se retrouve à l'égard des formulations des règles coutumières, qui établissent d'un côté la substance de ces dernières et de l'autre leur valeur coutumière. Troisièmement, ces formulations sont les seules manifestations de la coutume. Ce dernier postulat implique trois considérations d'ordre méthodologique. La première est la conséquence directe de ce troisième postulat : si les énonciations de la coutume en sont les seules manifestations, elles constituent par conséquent les seuls faits empiriques disponibles pour l'étude. Le droit non écrit ne peut en effet être connu que lorsqu'il est énoncé ; en dehors de son énonciation, il n'a pas d'existence, il n'est que virtualité. En deuxième lieu, il n'est pas possible de

¹⁴¹ Le professeur Jean Combacau distingue de la sorte le discours légal, de droit, du discours juridique, sur le droit (COMBACAU (J.), « Une manière d'être des choses », *op. cit.* ; *idem*, « Interpréter des textes, réaliser des normes : la notion d'interprétation dans la musique et dans le droit », *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 261-277, spéc. 265-266 ; *idem*, « L'objection à la formation et à l'opposabilité des règles internationales – Le volontarisme a-t-il encore un intérêt ? », in CASSELLA (A.) et DELABIE (L.) (dirs.), *Faut-il prendre le droit international au sérieux ? – Journée d'étude en l'honneur de Pierre-Michel Eisemann*, Paris, Pedone, 2016, pp. 109-110).

¹⁴² Sur la notion de langage-objet et de niveaux de discours en philosophie de la connaissance, cf. RUSSEL (B.), *Signification et vérité*, trad. fr. de *An Inquiry into Meaning and Truth* par DEVAUX (Ph.), Paris, Flammarion, coll. Champs-essais, 2013, 479 pp. ; v. aussi, pour le domaine juridique, CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 254.

¹⁴³ Le mot « convergence », utilisé à propos de conventions internationales, apparaît parfois dans la jurisprudence ; v. par ex. : CEDH, *Affaire K.-H.W. c. Allemagne*, req. n° 37201/97, arrêt du 22 mars 2001, § 96 ; CEDH, Gr. ch., *Affaire Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, req. n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98, arrêt du 22 mars 2001, § 94.

¹⁴⁴ Cf. *supra*, § 14.

INTRODUCTION

construire une étude sur le rôle des traités dans la détermination de la coutume en prenant en compte ces formulations *stricto sensu* : en elles-mêmes, ces dernières n'apportent aucun enseignement quant à cet objet. Il convient donc d'analyser plus spécifiquement les justifications qui les soutiennent : celles-ci seules constituent un matériau fécond et empirique éclairant la prise en considération des dispositions conventionnelles. En troisième lieu enfin, toutes ces formulations ne seront pas considérées avec la même importance : elles ne constituent un élément pertinent pour l'objet d'étude qu'à la condition d'être produites par des autorités reconnues comme pouvant dire le droit. C'est sur la base de ces postulats et considérations méthodologiques que la démonstration sera construite.

3. THÈSE SOUTENUE

27. En prenant appui sur la distinction entre l'identification du contenu des règles coutumières et de l'établissement de leur valeur juridique, les développements qui suivent présenteront l'influence de la convergence de dispositions conventionnelles sur chacun de ces aspects.

28. En ce qui concerne *le contenu de la coutume*, c'est davantage la substance des dispositions conventionnelles, les énoncés qu'elles « véhiculent »¹⁴⁵, qui importe. En effet, c'est par un processus de généralisation de ces énoncés qu'est inférée la règle coutumière. Mais l'étude de ce raisonnement conduit à distinguer deux cas de figure bien différents. D'une part, en ce qui concerne ceux de ces énoncés dont la teneur est déjà une règle, cette inférence s'identifie aisément en ce que ce contenu sert de modèle, moyennant parfois quelques infimes modifications, à celui de la coutume. D'autre part, en ce qui concerne les énoncés conventionnels dont la substance n'est précisément pas une règle, une étape supplémentaire est nécessaire afin de déterminer la substance de la coutume : il est alors nécessaire de « généraliser » ces dispositions afin de les rendre aptes à fonder une règle. Il s'agit donc de deux situations différentes appelant deux types de raisonnements. Malgré cette dissemblance, deux étapes sont nécessaires pour l'établissement de la règle coutumière : il faut à la fois identifier les énoncés convergents, c'est-à-dire assembler ceux qui, par leur similitude, sont invoqués pour justifier le contenu de cette règle, et inférer de cet amas plus ou moins cohérent une règle générale. C'est par ce double raisonnement que les énoncés conventionnels sont mobilisés pour asserter le contenu d'une règle coutumière. On le voit, nulle prise en compte ici de la valeur conventionnelle de ces énoncés, seule leur substance importe.

29. Il en va différemment lorsque ce n'est plus la détermination du contenu de la coutume qui est en cause, mais celle de sa *valeur juridique*. Le problème est alors de savoir comment justifier le dépassement de la relativité de la valeur conventionnelle – qui par nature n'est opposable qu'aux parties aux traités – au profit de la généralité de la valeur coutumière. Il s'agit donc de prendre en compte les dispositions conventionnelles en tant qu'ensembles d'engagements plus qu'en

¹⁴⁵ Selon l'expression de G. Fitzmaurice que l'on reprendra ici (FITZMAURICE (G.), « Cinquième rapport sur le droit des traités », 21 mars 1960, doc. n° A/CN.4/130, *Ann. CDI*, 1960, vol. II, p. 91, § 62 : « qu'il s'agisse [d'un traité qui crée] un droit nouveau [...] ou d'un traité qui codifie et énonce le droit existant, dans les deux cas le traité n'est qu'un véhicule. Jamais le traité *comme tel* n'oblige directement les États qui n'y sont pas parties »).

tant qu'énoncés. Ce n'est en effet plus seulement leur contenu qui importe, mais le fait que des États se les soient rendus opposables et d'autres non. L'assertion de la valeur juridique de la coutume implique donc nécessairement, pour être acceptée, un critère de juridicité partagé, au moins en apparence. En droit international contemporain, ce critère repose sur l'*opinio juris*, c'est-à-dire le fait que la règle soit « acceptée comme étant le droit »¹⁴⁶. Plus spécifiquement, asserter la valeur coutumière de celle-ci nécessite qu'elle se fonde, même de manière fictive, sur l'acceptation des États. Il conviendra donc de déterminer comment les engagements conventionnels sont mobilisés dans la preuve de cette acceptation. Il ne faut cependant pas croire que, par un jeu d'opposition avec l'identification du contenu de la coutume qui s'abstient de toute considération de la valeur juridique des dispositions conventionnelles invoquées, le contenu de ces dernières n'a ici aucun rôle à jouer. Au contraire, la distinction entre les énoncés véhiculant des règles et ceux n'en portant aucune demeure fondamentale. Les engagements ne peuvent en effet être distingués du contenu qu'ils déterminent et élèvent à la valeur conventionnelle. C'est donc ici les deux aspects des règles conventionnelles qui sont pris en compte pour établir la valeur juridique de la règle coutumière.

30. Mais il ne s'agit là que de justifications. En effet la formulation d'une règle coutumière a besoin d'être fondée en droit. Il faut donc considérer l'assertion de la coutume comme une énonciation *a posteriori*. Le raisonnement est donc préconditionné. C'est dans ce cadre-là que se manifeste tout l'intérêt de la convergence de dispositions conventionnelles : *elle apparaît comme un moyen de justifier le contenu de la règle coutumière en l'inférant des énoncés conventionnels tout en appuyant sa valeur juridique sur l'idée d'acceptation générale résultant de l'accumulation d'engagements conventionnels, lui donnant ainsi un fondement en apparence formel.*

31. Il convient donc dans un premier temps de présenter l'incidence de la convergence d'énoncés conventionnels sur l'identification du contenu de la règle coutumière (Première partie) et dans un second temps d'exposer l'effet de la convergence d'engagements conventionnels sur la détermination de la valeur juridique de la règle coutumière (Seconde partie).

¹⁴⁶ On aura reconnu la formule de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (*cf. supra* § 5).

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	3
ACRONYMES ET SIGLES	9
SOMMAIRE	11

INTRODUCTION

1. <i>Analyse de l'objet d'étude</i>	23
a. Le double aspect des dispositions conventionnelles	23
b. Le double aspect des formulations des règles coutumières	25
c. Incidences sur l'objet d'étude.....	34
2. <i>Conséquences méthodologiques</i>	35
3. <i>Thèse soutenue</i>	49

PREMIÈRE PARTIE

LA CONVERGENCE D'ÉNONCÉS CONVENTIONNELS ET L'IDENTIFICATION DU CONTENU DE LA RÈGLE COUTUMIÈRE

TITRE 1.

L'ORIGINE DE LA RÈGLE COUTUMIÈRE : L'INCIDENCE DE LA GÉNÉRALITÉ SUBSTANTIELLE DES ÉNONCÉS CONVENTIONNELS

CHAPITRE 1. L'INFLUENCE VARIABLE DES ÉNONCÉS CONVENTIONNELS SUR LES RÈGLES COUTUMIÈRES	57
Section 1. L'influence manifeste des énoncés les plus généraux sur les règles coutumières.....	57
I. <i>Approche empirique</i>	57
A. Les conventions multilatérales	58
B. Les dispositions générales des traités bilatéraux.....	60
II. <i>Classification analytique</i>	63
A. Les règles de comportement.....	63
1. Obligation et interdiction	64
2. Permission et habilitation.....	65
B. Les règles de qualification.....	67

LA CONVERGENCE DE DISPOSITIONS CONVENTIONNELLES

Section 2. L'influence incertaine des énoncés les moins généraux sur les règles coutumières.....	70
I. Une ambiguïté due à la spécialité des énoncés	70
A. Approche empirique	70
1. En matière de droit de la délimitation	71
2. En matière de droit international économique.....	74
B. Définition en compréhension : des énoncés particuliers.....	79
II. Une réelle influence sur le contenu des règles coutumières	81
Conclusion du chapitre.....	84
CHAPITRE 2. LE CARACTÈRE DÉTERMINANT DE L'ABSTRACTION DES ÉNONCÉS CONVENTIONNELS.....	87
Section 1. L'inadaptation des classifications traditionnelles du droit des traités.....	88
I. L'inadaptation des catégories relevant du droit positif.....	88
II. L'inadaptation des catégories doctrinales.....	90
A. Traités multilatéraux et traités bilatéraux	90
B. Traités-lois et traités-contrats	92
Section 2. La pertinence d'une distinction entre règles et énoncés particuliers.....	99
I. L'apport des typologies fondées sur l'abstraction des énoncés conventionnels.....	99
II. L'incidence de l'abstraction des énoncés conventionnels sur l'identification de la coutume	103
Conclusion du chapitre.....	105
CONCLUSION DU TITRE 1	107

TITRE 2.

LA CONSTRUCTION DE LA RÈGLE COUTUMIÈRE : L'AGRÉGATION DES ÉNONCÉS CONVENTIONNELS

CHAPITRE 1. SIMILITUDE DES ÉNONCÉS ET FORMULATION DE RÈGLES COUTUMIÈRES	111
Section 1. La sélection des énoncés : la similitude des situations concernées... 111	
I. La comparabilité des circonstances de mise en œuvre des énoncés conventionnels 111	
II. Le regroupement des énoncés conventionnels en un ensemble cohérent..... 118	
A. Un raisonnement essentiel en ce qui concerne les énoncés particuliers	118
B. Un raisonnement secondaire en ce qui concerne les règles	119
Section 2. L'appréciation de la convergence : la similitude du contenu des énoncés..... 121	
I. L'identification d'une définition commune en matière de règles de qualification	121
II. L'identification d'un objet commun en matière de règles de comportement	123
A. Une appréciation souple pour généraliser le contenu de la règle.....	123

TABLE DES MATIÈRES

B. La généralisation impossible en cas d'incohérence de l'ensemble conventionnel.....	130
III. Une exigence implicite en matière d'énoncés particuliers	133
Conclusion du chapitre.....	134
CHAPITRE 2. SIMILITUDE DES ÉNONCÉS ET INTERPRÉTATION DE RÈGLES CONVENTIONNELLES	135
Section 1. Un raisonnement similaire à l'identification du droit coutumier	136
I. Des raisonnements comparables.....	136
A. Les éléments de comparaison entre interprétation et détermination du droit coutumier	136
B. L'identification d'un ensemble cohérent d'énoncés conventionnels	138
II. Une finalité commune	140
A. La création d'une nouvelle règle par interprétation.....	140
B. Le retrait d'une règle de la convention par interprétation.....	143
Section 2. Une appréciation souple de la similitude des énoncés conventionnels ...	145
I. La recherche de la cohérence générale de l'objet des énoncés	145
II. L'incidence de la variation des formulations des énoncés conventionnels.....	149
A. Une incidence faible en matière de règles	149
B. L'exigence de cohérence des énoncés particuliers	151
Conclusion du Chapitre.....	153
CONCLUSION DU TITRE 2	155

TITRE 3.

L'IDENTIFICATION DE LA RÈGLE COUTUMIÈRE : LA GÉNÉRALISATION DES ÉNONCÉS CONVENTIONNELS

CHAPITRE 1. LES ÉNONCÉS PARTICULIERS COMME APPLICATIONS DE LA RÈGLE COUTUMIÈRE	159
Section 1. La généralisation des énoncés particuliers.....	159
I. La prise en compte du contenu des dispositions conventionnelles	160
A. L'impossible prise en compte de l'acte d'engagement.....	160
B. La nature différente de la règle coutumière et des énoncés conventionnels	162
II. L'application de la règle coutumière alléguée	165
A. Constat pratique	165
B. Enseignements théoriques	169
Section 2. La prise en compte subsidiaire des énoncés particuliers	173
Conclusion du Chapitre.....	177

LA CONVERGENCE DE DISPOSITIONS CONVENTIONNELLES

CHAPITRE 2. LES ÉNONCÉS GÉNÉRAUX COMME MODÈLES DE LA RÈGLE COUTUMIÈRE	179
Section 1. La prise en compte de l'abstraction des énoncés conventionnels	179
I. La question du « caractère fondamentalement normatif » des énoncés conventionnels.	179
A. Les équivoques de la « normativité » dans la pratique	180
1. Une condition réduite à l'indérogeabilité dans l'arrêt de 1969.....	180
2. Une condition équivoque dans la pratique	182
B. Les flottements conceptuels.....	186
1. L'ambivalence de la normativité.....	187
2. L'interprétation de l'arrêt de 1969 à l'aune de cette distinction	190
II. Un raisonnement fondé sur l'abstraction des règles conventionnelles	190
Section 2. L'identité de contenu des énoncés conventionnels et de la règle coutumière.....	193
I. L'utilisation des énoncés conventionnels comme modèles de la règle coutumière	193
II. La nécessité de déterminer le contenu commun aux énoncés conventionnels.....	197
A. La généralisation des règles conventionnelles.....	197
B. L'interprétation des règles conventionnelles	200
Section 3. Le recours fréquent à la présupposition la valeur coutumière.....	203
I. La formulation de règles coutumières bien établies.....	206
A. La convergence conventionnelle comme substitut à la valeur juridique	206
B. Une solution transposable à un seul énoncé conventionnel	208
II. La formulation de règles coutumières nouvelles	211
Conclusion du Chapitre.....	215
CONCLUSION DU TITRE 3	217

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE :
LA NATURE DES RÈGLES COUTUMIÈRES

SECONDE PARTIE
LA CONVERGENCE D'ENGAGEMENTS CONVENTIONNELS
ET LA DÉTERMINATION DE LA VALEUR JURIDIQUE
DE LA RÈGLE COUTUMIÈRE

TITRE 1.

LE FONDEMENT DE LA VALEUR JURIDIQUE :
LA MULTIPLICITÉ DES ENGAGEMENTS CONVENTIONNELS

CHAPITRE 1. LA GÉNÉRALISATION <i>RATIONE PERSONAE</i> DES ENGAGEMENTS BILATÉRAUX	227
Section 1. Approche positive : le constat de la multitude d'engagements conventionnels.....	227
I. La nécessité d'une multitude d'engagements conventionnels	228

TABLE DES MATIÈRES

A. La nécessité d'une pluralité d'États engagés	228
B. L'exigence d'une multitude de traités	230
II. <i>Le caractère suffisant d'une multitude d'engagements conventionnels</i>	234
Section 2. Approche négative : le constat d'engagements contraires	236
I. <i>Une appréciation substantielle</i>	238
II. <i>Un obstacle à la généralisation des dispositions bilatérales</i>	240
Conclusion du chapitre.....	244
CHAPITRE 2. LA GÉNÉRALISATION <i>RATIONE PERSONAE</i> DES ENGAGEMENTS MULTILATÉRAUX	247
Section 1. Une nécessaire appréciation quantitative.....	247
I. <i>L'incidence du nombre d'engagements à l'égard de chaque disposition conventionnelle</i>	248
A. La prise en compte de la vocation générale de certaines conventions multilatérales .	248
1. L'impact de la participation réelle aux conventions.....	248
2. La prise en compte de la vocation générale des conventions	250
B. Une appréciation relative de l'étendue de la participation aux conventions	253
1. Indifférence des réserves aux dispositions conventionnelles	253
2. Indifférence de la position des États tiers.....	256
II. <i>L'incidence de la multiplication des dispositions conventionnelles</i>	256
A. L'indifférence du nombre de conventions.....	257
B. L'articulation entre nombre d'engagements individuels et nombre de conventions....	260
1. La prise en compte conjointe du nombre de conventions et du nombre d'engagements	260
2. La prise en compte de la convergence seule.....	261
C. L'incidence réduite d'engagements contraires	267
Section 2. Une relative appréciation qualitative.....	269
I. <i>Les États représentatifs : une condition diluée dans la convergence conventionnelle</i>	269
II. <i>Les États particulièrement intéressés : une notion indéterminée</i>	274
Conclusion du chapitre	278
CONCLUSION DU TITRE 1	279

TITRE 2.

L'ÉTABLISSEMENT DE LA VALEUR JURIDIQUE :
L'ACCEPTATION GÉNÉRALE DE LA RÈGLE COUTUMIÈRE

CHAPITRE 1. LA DÉLICATE SIGNIFICATION COUTUMIÈRE DES ENGAGEMENTS CONVENTIONNELS	283
Section 1. La portée coutumière contrariée des engagements particuliers et bilatéraux	284
I. <i>L'impossible motivation coutumière des engagements particuliers</i>	285
A. L'incapacité des engagements particuliers à manifester l' <i>opinio juris</i>	285

LA CONVERGENCE DE DISPOSITIONS CONVENTIONNELLES

1. L'exemple du droit de la délimitation maritime	285
2. L'exemple de la compensation en cas d'expropriation	290
B. La réduction de l' <i>opinio juris</i> à la motivation des engagements.....	295
1. L' <i>opinio juris</i> impossible	295
2. L' <i>opinio juris</i> comme attribut de la « pratique ».....	300
II. <i>La difficile signification coutumière des dispositions générales</i> <i>des traités bilatéraux</i>	304
A. L'absence de signification coutumière des engagements conventionnels bilatéraux	304
B. La réduction du contenu des engagements conventionnels à un droit spécial	308
Section 2. La portée coutumière ambiguë des engagements multilatéraux.....	313
I. <i>Les conventions multilatérales comme manifestations de l'opinio juris</i>	315
A. L'identification de la coutume générale	315
1. L'identification expresse de l' <i>opinio juris</i> dans la large participation aux conventions	316
2. L'identification implicite de l' <i>opinio juris</i> dans la convergence conventionnelle.....	318
B. L'identification du <i>jus cogens</i>	319
1. L'interdiction de la torture	320
2. Autres principes fondamentaux.....	323
II. <i>L'autonomisation de l'opinio juris</i>	325
A. L' <i>opinio juris</i> indépendante de la « pratique »	325
B. La neutralisation des conduites contraires	332
Conclusion du Chapitre.....	335
CHAPITRE 2. LA CONSOLIDATION DE LA SIGNIFICATION COUTUMIÈRE DES ENGAGEMENTS CONVENTIONNELS.....	337
Section 1. L'agencement temporel des éléments d'attestation de la coutume... 340	
I. <i>Le cadre temporel de la manifestation de la règle coutumière</i>	342
A. Le temps comme cadre de l'acceptation de la coutume	342
B. La progressivité de l'acceptation de la règle coutumière.....	345
II. <i>Les aspects chronologiques de la relation entre coutume et traités</i>	347
A. Présentation des trois situations.....	349
1. L'effet déclaratoire.....	349
2. L'effet cristallisateur	350
3. L'effet générateur.....	353
B. Appréciation critique.....	353
Section 2. L'élargissement des éléments d'attestation de la règle coutumière.....	355
I. <i>La « pratique » hors des engagements conventionnels</i> <i>plutôt que celle des États tiers</i>	355
A. L'impasse de la recherche de l'acceptation des seuls États tiers aux dispositions conventionnelles	356

TABLE DES MATIÈRES

B. La nécessité de tenir compte de la position des États parties aux dispositions conventionnelles	359
II. <i>Les modalités d'attestation de l'acceptation hors des engagements conventionnels</i> .	360
A. La recherche de la motivation coutumière de l'application de la règle	360
B. La recherche de l'intention d'établir une règle coutumière	364
Conclusion du Chapitre.....	367
CONCLUSION DU TITRE 2.....	369

TITRE 3.

LA RÉALISATION DE LA VALEUR JURIDIQUE :
L'APPLICATION DE LA RÈGLE COUTUMIÈRE

CHAPITRE 1. UNE APPLICATION INDÉPENDANTE DE L'ACCEPTATION SPÉCIALE DE LA RÈGLE COUTUMIÈRE	373
Section 1. L'opposabilité des règles coutumières générales fondées sur la convergence conventionnelle	374
I. <i>L'opposabilité générale de la règle coutumière</i>	374
II. <i>L'indifférence de l'absence d'engagement conventionnel particulier</i>	376
A. Des références rares à l'acceptation des États concernés	376
B. La relativité du concept d'objection persistante en matière de convergence conventionnelle.....	378
Section 2. L'opposabilité des règles coutumières bilatérales fondées sur la convergence conventionnelle	382
I. <i>Convergence conventionnelle et coutume bilatérale</i>	383
II. <i>Coutume bilatérale et logique conventionnelle</i>	384
Conclusion du Chapitre.....	391
CHAPITRE 2. UNE APPLICATION DÉTERMINÉE PAR LA NÉCESSITÉ DE FORMALISER LA RÈGLE COUTUMIÈRE.....	393
Section 1. L'extension du champ d'application des énoncés conventionnels....	393
I. <i>L'absence d'autonomie substantielle des règles coutumières</i>	394
II. <i>L'opposabilité coutumière comme substitut à l'opposabilité conventionnelle</i>	398
A. L'extension <i>ratione personae</i>	398
B. L'extension <i>ratione materiae</i>	401
Section 2. La justification formelle de la règle coutumière	404
I. <i>L'application par analogie des règles conventionnelles</i>	404
A. La convergence conventionnelle et le raisonnement par analogie.....	404
B. La valeur coutumière comme moyen d'application du droit par analogie	407
1. Lors de l'identification d'une règle coutumière	407
2. Lors de l'interprétation d'une règle conventionnelle.....	408
II. <i>La proclamation in abstracto de l'existence d'une nouvelle règle coutumière</i>	411

LA CONVERGENCE DE DISPOSITIONS CONVENTIONNELLES

Conclusion du chapitre..... 416
CONCLUSION DU TITRE 3..... 417

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE :
L'EXISTENCE DES RÈGLES COUTUMIÈRES

CONCLUSION GÉNÉRALE

BIBLIOGRAPHIE 427
DOCUMENTS OFFICIELS ET RECUEILS DE PRATIQUE 455
TABLE DE JURISPRUDENCE 457
INDEX DES MATIÈRES 473

Ce livre part d'un constat simple : des dispositions conventionnelles convergentes sont souvent prises en considération dans la détermination des règles coutumières internationales. Régulièrement évoquée, fréquemment mise en œuvre, cette hypothèse a été expressément reconnue en 2018 par la Commission du droit international, selon laquelle « le fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités peut signifier, sans toutefois que cela soit nécessairement le cas, que la règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier ». C'est à l'explication de cette situation que cet ouvrage est consacré.

L'étude se fonde sur une approche résolument empirique imposant de considérer les règles coutumières pour ce qu'elles sont : de pures énonciations. Elle permet ainsi, entre autres enseignements, de relativiser la théorie des deux éléments de la coutume, mais aussi de mettre en lumière le rôle fondamental de la distinction entre règle conventionnelle et énoncé particulier dans l'identification des règles coutumières ou encore d'expliquer pourquoi les conventions internationales les plus générales sont davantage prises en compte dans la détermination de la coutume.

Université
de Strasbourg



ISBN 978-2-233-00990-6

78 €



9 782233 009906