

La coutume internationale : sujets de droit, consentement et formation de la norme coutumière

SABIR KARIM MOUTTAKI*

Expressément consacrée par l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice comme suit : « la Cour applique [...] la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée, comme étant le droit », la définition de la coutume internationale paraît bien laconique alors qu'elle est la source la plus ancienne et l'une des plus fondamentales du droit international.

S'interroger sur cette définition revient alors à s'attarder sur son mode d'élaboration. Ici, la technique doctrinale dite des deux éléments s'attache à déterminer quels sont les acteurs qui contribuent par leur consentement à la formation de la norme coutumière. Là, une problématique apparaît, où s'affrontent le courant volontariste et le courant objectiviste sur le rôle de l'Etat et la portée de sa volonté dans l'organigramme décisionnel international.

L'analyse de cette question nous amène à constater que la coutume en réalité ne repose pas exclusivement sur l'expression de la volonté étatique et que d'autres acteurs concurrencent de manière significative l'Etat dans le champ d'activité normatif. En somme, elle nous entraîne sur un terrain exploratoire plus large qu'initialement prévu et étend la réflexion sur un nouvel ordre juridique international.

Article 38 of the Statute of the International Court of Justice expressly recognizes international custom as follows: "The Court ... shall apply ... international custom, as evidence of a general practice accepted as law". This definition seems somewhat laconic, since international custom is the most ancient and one of the most fundamental sources of international law.

Challenging this definition therefore amounts to revisiting how it was originally formulated. Here, the two-element doctrinal approach attempts to determine which actors contribute by their consent to the development of a customary norm. There, a problematic arises between the voluntarist and objectivist views of the role of the state and how the will of the state impact on the international decision-making structure.

Based on this analysis, the author concludes that custom is not specifically the expression of the will of the state and that other actors compete in a significant manner with the state in the sphere of normative activity. In his view, the custom encompasses a much wider scope of exploration than initially expected and leads to a furthering of the reflection on the new international legal order.

* Doctorant en droit à l'Université Paris XII, enseignant de droit, formateur en droit et en économie.

Table des matières

257	I. Introduction
260	II. La norme coutumière ne repose pas sur l'expression d'une volonté mais s'appuie sur la conviction qu'une règle existe
260	A. L'opposabilité générale de la coutume face au consentement étatique
265	B. La prise en compte de la volonté des états
268	III. La coutume résulte de comportements émanant de différents sujets de droit international
268	A. La manifestation normative des divers sujets de droit international dans le processus coutumier
272	B. L'apport des sujets de droit international dans l'ordonnement juridique international
274	IV. Conclusion

La coutume internationale: sujets de droit, consentement et formation de la norme coutumière

SABIR KARIM MOUTTAKI

I. Introduction

AU TERME DE L'ARTICLE 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice*, la Cour applique « [...] la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée, comme étant le droit »¹.

La règle en question n'est pas formulée de manière expresse dans un acte juridique international. Il faut donc rechercher son existence et déterminer sa portée². Pour ce faire, l'interprète dispose d'une technique, dite doctrine des deux éléments. Ce qui explique pourquoi la norme coutumière, bien que source formelle du droit comme l'atteste l'article 38 susmentionné, est également considérée comme un processus, un mode d'élaboration normatif. Afin de constater l'existence d'une coutume, il faut adopter une pratique généralement acceptée comme étant le droit. La réunion de ces deux composantes cristallise la norme coutumière.

De cette définition se dégage un élément objectif, matériel, la pratique (*consuetudo*), et un élément subjectif dit psychologique (*opinio juris sive necessitatis*)³.

-
1. *Statut de la Cour internationale de Justice*, alinéa 38(1)b), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/french/aboutun/statut.htm>>.
 2. Sur la formation de la norme coutumière voir généralement Lazare Kopelmanas, « Custom as a Means of the Creation of International Law » [1937] *Brit. Y.B. Int'l L.* 127 ; Maarten Bos, « The Identification of Custom in International Law » (1982) 25 *German Yearbook of International Law* 9 ; Serge Sur, « La Coutume internationale. Sa vie, son œuvre » (1986) 3 *Droits, Revue Française de théorie juridique* 111 ; Gennady M. Danilenko, « The Theory of International Customary Law » (1988) 31 *German Yearbook of International Law* 9 ; Julio A. Barberis, « Réflexions sur la Coutume Internationale » (1990) 31 *A.F.D.I.* 9 [Barberis, « *Réflexions* »] ; Julio A. Barberis, « La Coutume est-elle une source de droit international ? » dans Michel Virally, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : mélanges Michel Virally*, Paris, Éditions A. Pédone, 1991 à la p.43 ; P.M. Dupuy, « Théorie des sources et coutume en droit international contemporain », Boutros Boutros Ghali (ed.), *Le droit international dans un monde en mutation : Liber Amoricum en hommage au professeur Edouardo Jimenez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994 aux pp. 51-68 ; K.Wolfke, « Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law » (1993) 24 *N.Y.B.I.L.* 1.
 3. Pour une explication synthétique de ces deux éléments constitutifs voir David Ruzié, *Droit international public*, 15e éd., Paris, Dalloz, 2000 aux pp. 65-68 [Ruzié] ; Playmendroit, en ligne : <http://playmendroit.free.fr/droit_international_public/la_coutume.htm>.

Mais ils n'ont aucune valeur juridique et ne représentent, en réalité, qu'une technique relevant de la scientificité juridique, utilisée par les juristes, à partir d'indicateurs rationnels pour révéler et identifier l'existence d'une norme préexistante mais immatériellement exprimée. Toutefois, en la dévoilant, il ne faut pas perdre de vue que le juriste fait acte de création matérielle. C'est à ce titre que l'on peut parler de mystère du processus coutumier⁴.

L'élément objectif pose peu de problèmes. Il s'agit de comportements matériels susceptibles de constituer des précédents. Néanmoins, il décèle une difficulté sur le point de savoir quels sont les acteurs appelés à participer à la création de précédents qui concourent à l'établissement d'une coutume.

L'élément subjectif est au centre des discussions juridiques et doctrinales. En effet, l'*opinio juris* procède du terme « acceptée » dans la définition énoncée dans le statut. La question qui se pose porte sur la signification de ce mot ainsi que sa portée réelle. Une autre interrogation surgit à l'esprit. Le *Statut de la Cour internationale de Justice* ne précise également pas quels sont les acteurs compétents pour corroborer l'existence de cette acceptation.

À partir de là, deux théories s'affrontent pour donner un fondement à la coutume. La théorie volontariste soutient que la force de la coutume repose sur un accord, du moins tacite, entre les États⁵. En somme, l'*opinio juris* est considérée comme l'expression de la volonté souveraine des États. Ces derniers ont ainsi le monopole de création coutumière et la norme n'est pas opposable à l'État sans son consentement. Toutefois, cette approche doctrinale n'a été soutenue que par une décision, celle de la Cour permanente de justice internationale, dans l'*Affaire du « Lotus »* en 1927 : « Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit [...] »⁶. Il s'agit, par ailleurs, d'une décision de portée limitée à faible autorité parce que datée, isolée, vigoureusement critiquée, rendue uniquement grâce à la voix prépondérante du Président de la Cour et ne correspond pas aux évolutions que le droit a connues depuis lors⁷. Par ailleurs, le juge Nyholm, dans son

4. Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 3e éd., Paris, Montchrestien, 1997 à la p. 59 [Combacau et Sur].

5. On devrait parler de théories volontaristes. En effet, il existe plusieurs conceptions de ce courant de pensée. L'idée commune de ces mouvances s'explique par le fait que le droit international trouve sa source dans l'expression de la volonté de l'État. On distingue ici la théorie de l'autolimitation défendue par Georg Jellinek, la théorie de la Vereinbarung soutenue par Heinrich Triepel et la doctrine positiviste de Dioniso Anzilotti. Pour un éclaircissement sur ces théories voir Jean-Jacques Lavenue, « Les fondements du Droit international public », en ligne : <http://www2.univ-lille2.fr/droit/dip/1_4.html> [Lavenue]; Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 6e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999 aux pp. 77-107 [Dinh]; Ruzié, *supra* note 3 aux pp. 10-11.

6. *Affaire du « Lotus »* (1927), C.P.I.J. (Sér. A.) n° 10 à la p. 18 [*Lotus*].

7. Déclaration de M. Bedjaoui à l'avis consultatif de la Cour dans l'*Affaire de la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, [1996] C.I.J. Rec. 226 à la p. 270 [Licéité].

opinion dissidente parle déjà de « [...] faits répétés continuellement avec la conscience de leur nécessité »⁸; argument qui dépasse déjà l'approche volontariste et simpliste.

La théorie objectiviste définit la coutume comme une manifestation normative qui possède un fondement extérieur et supérieur à la volonté de l'État⁹. Elle pousse l'analyse jusqu'à affirmer qu'il s'agit d'un phénomène social qui découle d'une nécessité logique. Léon Duguit contesta vivement la thèse volontariste, qui selon lui revient à dénuer l'existence même de la coutume en tant que règle de droit¹⁰. Dans l'*Affaire du Plateau continental de la mer du Nord*, jugée par la Cour internationale de Justice, la Commission du droit international des Nations Unies s'est interrogée sur la nécessité logique de la règle d'équidistance, eu égard à la conception fondamentale du plateau continental¹¹. Elle assimile l'élément subjectif à une prise de conscience collective, c'est-à-dire de tous les sujets du droit international con fondus, et juridique, de la nécessité sociale. On constate qu'elle considère que la coutume doit son existence à des impératifs de la société internationale. Ces nécessités outrepassent la sacro-sainte volonté souveraine des États. De cette vision, on s'aperçoit que la norme coutumière dispose d'un rang particulier dans l'ordonnement juridique. Par conséquent, entre ces deux visions se fait jour un point de désaccord qui s'articule autour de la place du consentement des États dans la formation coutumière et sur les acteurs susceptibles de participer au processus coutumier.

On tentera d'éclaircir la place de l'État dans la formation coutumière. Pour cette tâche, en premier lieu, nous confirmerons que la norme coutumière ne repose pas sur l'expression d'une volonté mais s'appuie sur la conviction qu'une règle existe. En second lieu, nous démontrerons que la coutume résulte de comportements issus de différents sujets du droit international.

8. *Lotus*, *supra* note 6 à la p. 60.

9. La théorie objectiviste est plus communément appelée théorie non volontariste. Ce courant de pensée est également pluriel. Ici on trouve la théorie du droit naturel que Grotius a remarquablement développée, la théorie normativiste avec, notamment, ce que Hans Kelsen appelle la norme fondamentale et la pensée sociologique défendue entre autre par Georges Scelle et Nicolas Politis qui font prévaloir le fait social. Pour un développement sur cette théorie voir généralement Lavenue, *supra* note 5 ; Dinh, *supra* note 5 aux pp. 54, 103 ; Ruzié, *supra* note 3 aux pp. 10-11 ; Combacau et Sur, *supra* note 4 à la p. 53 ; Eric David, « Le performatif dans l'énonciation et le fondement du droit international » dans *Mélanges offerts à Charles Chaumont : le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international*, Pédone, Paris, 1984 à la p. 245 ; Charles Leben, « Une nouvelle controverse sur le positivisme en droit international public », (1987) 5 *Droits*, *Revue Française de théorie juridique* à la p. 121 [Leben].

10. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, 3e éd., Paris, Ancienne librairie Fontemoing, 1927 à la p. 723 : « Une règle qui n'existe que pour ceux qui la créent et qui s'y soumettent volontairement n'est pas une règle de droit, si elle ne se rattache pas à une règle antérieure impérative par elle-même pour ceux qui sont parties à la convention ».

11. *Affaire du Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)*, [1969] C.I.J. Rec. 4 à la p. 44 [Plateau continental] ; en ligne : <<http://www.lawschool.cornell.edu/library/cijwww/cijwww/cdecisions/csummaries/ccssommaire690220.htm>>.

II. La norme coutumière ne repose pas sur l'expression d'une volonté mais s'appuie sur la conviction qu'une règle existe

IL EST IMPORTANT DE FOCALISER notre attention sur la place réelle du consentement de l'État dans la formation coutumière. On s'aperçoit ainsi que la coutume dispose d'une portée générale et s'impose à l'État (A) bien que la volonté de celui-ci garde un rôle encore non négligeable (B).

A. L'OPPOSABILITÉ GÉNÉRALE DE LA COUTUME FACE AU CONSENTEMENT ÉTATIQUE

Dominique Carreau soutient que chaque État, parce que souverain, tend vers l'autodétermination de la règle juridique¹². Mais cette prétention entre en concurrence avec les volontés identiques, et peut-on dire légitimes, des autres États et ne se réalise que par un processus d'équilibre des forces antagonistes en présence et en fonction de circonstances temporelles. De sorte, le droit des peuples à disposer de leurs ressources naturelles¹³, le droit au développement¹⁴, le droit à la nationalisation¹⁵ et la souveraineté permanente sur les ressources naturelles¹⁶ ont pu acquérir valeur de norme coutumière, parce qu'ils procèdent d'une stratégie de lutte normative soutenue par un groupe d'États singulièrement décidés et unis pour agir en faveur de leurs intérêts. Subséquemment, ces normes ont réussi à s'imposer et à acquérir une valeur suffisamment contraignante pour s'opposer au titre de norme coutumière à l'égard des autres États, en dépit de leur volonté contraire.

Brigitte Stern parle d'*opinio juris assentiment* et d'*opinio juris sentiment*¹⁷ pour résumer l'opposition doctrinale sur la portée de la volonté étatique dans le processus coutumier. C'est selon l'adoption de l'une ou l'autre de ces conceptions, soit volontariste¹⁸, soit objectiviste¹⁹, que l'on répondra à la question de savoir si une règle coutumière s'impose à un État qui n'a pas participé à sa formation.

12. Dominique Carreau, *Droit international*, 5e éd., Paris, Pédone, 1997, p. 472-473 [Carreau].

13. Dominique Rosenberg, *Le principe de la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, Thèse, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983 [Rosenberg]; Dinh, *supra* note 5 à la p. 472.

14. Haut commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, « Le droit au développement », en ligne : <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.RES.2002.69.Fr?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.RES.2002.69.Fr?OpenDocument)>.

15. Sur la question, voir : Abd-el-Kader Boye, *L'acte de nationalisation*, Paris, Berger-Levrault, 1979 à la p. 213.

16. Jean-Flavien Lalive, « Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères (*Arbitrage Texaco/Talasiatic c. Gouvernement Libyen*) » (1977) 2 J.D.I. 319 [Texaco/Talasiatic].

17. Brigitte Stern, « La coutume au cœur du droit international » dans *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Éditions A. Pédone, 1981 aux pp. 479-499 [Stern].

18. *Supra* note 5.

19. *Supra* note 9.

Julio A. Barberis pense aussi que l'*opinio juris* reflète, non la volonté de l'État, mais sa conviction à obéir à la manifestation de règles juridiques et c'est le cas « (...) lorsque la réaction de la communauté (des États) face à son observation (de la règle coutumière) est analogue à celle qui a lieu lorsque l'ordre juridique est transgressé. [É]tant donné que l'inobservation de certaine pratique a les mêmes conséquences que la violation d'une norme juridique, la communauté accepte cette pratique *comme étant le droit* »²⁰.

La Cour internationale de Justice, dans l'*Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* de 1984²¹, tend à pondérer la volonté des États en affirmant l'autonomie et l'opposabilité de la norme coutumière : « [...] quand bien même la norme coutumière et la norme conventionnelle auraient exactement le même contenu, la Cour n'y verrait pas une raison de considérer que l'incorporation de la norme coutumière au droit conventionnel doit lui faire perdre son applicabilité distincte [...] ». Ainsi, « [i]l est donc clair que les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport à celles du droit international conventionnel alors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique »²². La Cour conclut qu'il lui appartient d'exercer sa compétence en vertu du droit coutumier, en dépit de la réserve conventionnelle établie par les États-Unis tendant à exclure sa compétence juridictionnelle : « [l]a Cour conclut qu'il lui appartient d'exercer la compétence que lui confère la déclaration d'acceptation faite par les États-Unis en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, afin de se prononcer sur les demandes du Nicaragua fondées sur le droit international coutumier, et cela bien que les différends 'résultant' des chartes des Nations Unies et de l'Organisation des États américains échappent à sa juridiction »²³. Toutefois, elle reconnaît qu'elle devait appliquer la réserve relative aux traités multilatéraux qui figuraient dans la déclaration des États-Unis, mais que l'exclusion qui en résultait était sans préjudice, soit à l'égard des autres traités, soit à l'égard des autres sources de droit mentionnées à l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice*. Cette jurisprudence apporte un éclaircissement significatif sur la portée de la coutume, qui garde une applicabilité propre et peut concurrencer les normes conventionnelles et la volonté souveraine des États.

C'est de la même manière qu'en raison d'une coutume bien établie, la compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et

20. Barberis, « *Réflexions* », *supra* note 2 à la p. 30.

21. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, [1984], C.I.J. Rec. 392 au para. 73 [*Nicaragua 1984*].

22. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, [1986] C.I.J. Rec. 14 aux para. 177, 179 [*Nicaragua 1986*].

23. *Ibid.* au para. 182.

Braïla²⁴ s'est vue imposée à la Roumanie, malgré le désaccord de cette dernière.

Dans l'*Affaire du Plateau continental de la mer du Nord* de 1969, la Cour internationale de Justice dispose que « [l]es États intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique »²⁵.

Dès l'*Affaire du « Lotus »*, la Cour internationale de Justice rejette un précédent dans la mesure où il n'était pas motivé par la conscience d'un devoir de s'abstenir : « c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale »²⁶.

Dans son article intitulé « La coutume sage et la coutume sauvage », René-Jean Dupuy²⁷, lorsqu'il établit une inversion des deux temps de formation de la coutume, met l'accent sur l'ambiguïté de l'expression de la volonté des sujets du droit international. Sa théorie oblige à accorder une plus grande attention aux circonstances qui ont entouré l'adoption de la règle nouvelle. Cette interrogation présuppose la nécessité d'analyser les causes profondes de l'*opinio juris*, ses composantes matérielles et rationnelles et non uniquement le simple consentement étatique.

Ce même auteur définit l'*opinio juris* comme une « excroissance soudaine [puissant] sa racine plus dans les volontés alertées »²⁸. Or, peut-on réellement penser qu'une décision prise dans une situation « alerte » relève de la volonté souveraine et omnipotente des États? Loin sans faux, il s'agit plutôt, en réalité, d'une prise de conscience soudaine de la nécessité d'agir dans l'immédiateté, laquelle dépasse le simple consentement à une règle. Cette acceptation dépend plus d'une soumission formelle à une règle naissante ou existante à laquelle les États ont le sentiment de devoir se conformer parce qu'elle répond à une exigence logique, que le simple désir de se voir imposer une règle. Dupuy ajoute que « [l]es rapports internes à la structure de la coutume se trouvent altérés au profit de l'élément volontaire »²⁹. Cependant, il ne s'agit pas de la volonté exclusive des États, mais de

24. *Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla* (1927), Avis consultatif, C.P.J.I. (Sér. B) n° 14 à la p. 6 ; Peter Haggemacher, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale » (1986) 90 R.G.D.I.P. 5 à la p. 36.

25. *Plateau continental*, *supra* note 11 au para. 77.

26. *Lotus*, *supra* note 6 à la p. 28.

27. René-Jean Dupuy, « Coutume sage et coutume sauvage » dans *Mélanges offerts à Charles Rousseau : La Communauté Internationale*, Paris, Éditions A. Pédone, 1974 à la p. 75 [Dupuy].

28. *Ibid.* à la p. 76.

29. *Ibid.* à la p. 84.

tous les sujets de droit particulièrement intéressés. L'auteur désire insister sur le fait que le comportement des sujets du droit international est pris en compte, dans la formation de la coutume sauvage, en tant qu'*opinio juris* avant de l'être comme précédent constitutif d'une pratique. Selon lui, la pratique ne précède le droit que dans les sociétés primitives.

La Cour internationale de Justice, dans sa décision de 1982, dite l'*Affaire du Plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne)*³⁰, ainsi que les sentences arbitrales *Texaco et Taliasatic* de 1977³¹ et *Aminoil* de 1982³², dégagent la notion de tendance coutumière. Celle-ci fait référence, non à la volonté étatique qui ne peut engendrer des tendances de consentement, mais à une prise de conscience de la nécessité d'une règle naissante. Cela revient à envisager le consentement de l'État, ne pouvant obéir qu'à une simple alternative, le refus ou l'accord, comme présentant une insuffisance manifeste. La notion de tendance revient à admettre que l'*opinio juris* est composée d'éléments extra consensuels et sa recherche ne se réduit pas à l'alternative susmentionnée.

L'une des caractéristiques essentielles du droit coutumier est que ses normes ont une validité générale qui inclut les États qui ont participé à son élaboration et à sa conception, ceux qui se sont abstenus d'y prendre part et aussi les États nouveaux intégrés ultérieurement à la communauté internationale. Par conséquent, un juge appelé à appliquer une norme coutumière n'est pas obligé de vérifier si les parties au litige ont participé à sa création. De même, un État qui invoque une coutume n'est pas tenu de prouver la participation de l'autre État.

La généralité de la coutume peut résulter d'une prise de conscience largement majoritaire et non unanime des membres de la communauté internationale. Une norme coutumière élaborée dans ces conditions pourra s'imposer à des États qui n'ont pas pris part au processus ou qui chercheraient à rester en dehors de son champ d'application.

Il faut que la pratique, qui se doit d'arborer les qualités de constance et d'uniformité, soit vérifiée chez d'autres États. De plus, les normes coutumières générales qui ont vocation à l'universalité requièrent une pratique la plus générale possible, à défaut de représenter l'unanimité comme l'affirme l'arrêt de la Cour internationale de Justice de 1969 dans l'*Affaire du Plateau continental de la mer du Nord*³³ où le juge estime que pour créer une coutume « une participation très large et représentative [suffit], [...] à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés »³⁴. Cette parti-

30. [1982] C.I.J. Rec. 17.

31. *Texaco/Taliasatic*, *supra* note 16.

32. *Affaire Aminoil c. Koweït*, (1982) 109 J.D.I. 869 [*Aminoil*].

33. *Plateau continental*, *supra* note 11 à la p. 4.

34. *Ibid.* au para. 73.

cipation doit représenter « plus de la moitié des États intéressés [...] »³⁵.

L'interdiction de la politique de ségrégation a été reconnue par la très grande majorité des États et s'est imposée à l'Afrique du Sud³⁶, qui pratiquait l'apartheid, en dépit de ses réitératives oppositions, comme valeur coutumière universellement opposable.

Cette participation n'implique pas une action positive de la part d'un grand nombre d'États. Le droit extra atmosphérique a été élaboré par les seules puissances capables de maîtriser la technique spatiale³⁷. Les tentatives vaines de certains États d'établir une souveraineté sur l'orbite géostationnaire offrent un bon exemple, d'une part, de la nécessité de faire partie des États particulièrement intéressés et, d'autre part, de la portée générale de la coutume face à l'opposition étatique.

Cela exige la participation de ceux qui sont en mesure de contribuer concrètement à la naissance de la règle. Cette condition avait empêché la formation d'une règle coutumière interdisant de procéder à des essais nucléaires dans l'atmosphère³⁸ et aurait contribué à l'émergence du caractère coutumier de la règle des dix milles nautiques d'ouverture de baie³⁹.

Il semble que la pratique internationale ait opté pour une approche objectiviste⁴⁰ de la norme du droit international générale, qui laisse une place limitée au volontarisme⁴¹ et une grande marge de manœuvre au juge pour soutenir sa vision de la discipline juridique internationale. En plaçant au-dessus de la volonté de l'État le concept d'ordre juridique international⁴², il renvoie à des données objectives, tel que l'intérêt général, qui ne porte pas outrancièrement ombrage à la souveraineté des États.

35. *Ibid.* au para. 76.

36. «À propos des Nations Unies/Histoire : Des réalisations incontestables », en ligne : un.org <<http://www.un.org/french/aboutun/achieve.htm>>.

37. Olivier de Saint-Lager, « Les pays en développement et le droit des activités spatiales », dans Jacqueline Dutheil de la Rochère, dir., *Droit de l'espace*, Paris, Pédone, 1988, 315 ; Pierre-Marie Martin, *Droit des activités spatiales*, Paris, Masson, 1992 ; Prof. Dr. I.H.Ph. Diederiks-Verschoor, *An Introduction to Space Law*, Deventer (Pays-Bas), Kluwer Law and Taxation, 1993 ; Jean-Paul Pancrazio, *Droit international des espaces : air, mer, fleuves, terre, cosmos*, Paris, Masson & Armand Colin, 1997 [Pancrazio].

38. *Licéité*, *supra* note 7 à la p. 255 ; Manfred Mohr, « Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de l'emploi d'armes nucléaires—Quelques réflexions sur ses points forts et ses points faibles » (28 février 1997), en ligne : Comité international de la Croix-Rouge <<http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/iwpList74/025CC8383F0C3FE2C1256C75004200FB>>.

39. *Affaire des Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, [1951] C.I.J. Rec. 1951 à la p. 131.

40. Sur la question, voir *supra* note 9.

41. Sur la question, voir *supra* note 5.

42. Dinh, *supra* note 5 à la p. 200 ; Christian Dominicé, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation, Recueil d'études*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997 ; Marc A. Delplanque, « La gouvernance globale. Fin de l'ordre juridique international » thèse de doctorat en droit et économie du développement, Institut du Droit de la Paix et du Développement, 2000, en ligne : Réseau européen de droit & société <<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/collvir/delplanque/debut.htm#>> ; AG, *Rapport annuel du Secrétaire général sur l'activité de l'Organisation*, en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/french/docs/rapport98/sg985.htm>> (voir Partie V : Renforcement de l'ordre juridique international).

On observe que les États occidentaux montrent une opinion favorable à la thèse selon laquelle une règle coutumière universelle existe dès qu'il y a une *opinio juris* générale. Les États en voie de développement, les plus nombreux sur la scène internationale, ont une attitude mitigée. Ils réclament une *opinio juris* unanime lorsqu'ils n'ont pu participer à la formation de la norme, soit parce qu'ils ont été absents, soit parce qu'ils ne pouvaient faire entendre leur voix en raison de leur faiblesse, et argumentent le fait qu'ils se sont vus contraints de l'accepter. Paradoxalement, ils se montrent plus souples dans la genèse des nouvelles coutumes issues des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. Cette attitude s'explique par le fait que cette dernière forme de génération coutumière laisse un certain champ d'action pour les États les moins influents, qui agissent par le biais de la force de la majorité.

La volonté de l'État garde alors une certaine place dans la formation coutumière.

B. LA PRISE EN COMPTE DE LA VOLONTÉ DES ÉTATS

Selon Brigitte Stern⁴³, la volonté des États garde un rôle central dans la formation coutumière. C'est elle qui crée la règle et elle seule peut empêcher que la règle lui soit opposable à condition de se manifester de manière expresse.

Néanmoins, les règles de portée générale doivent, par définition, s'appliquer à tous ses membres dans des conditions égales et ne peuvent être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement, et à volonté, par l'un quelconque des membres de la communauté à son avantage.

S'agissant de coutumes de portée géographique limitée, coutumes régionales et coutumes bilatérales, leur existence a été attestée par la pratique et la jurisprudence⁴⁴. On peut supposer que plus le cercle des États se réduit, plus la volonté des États est nécessaire. Il paraît alors évident d'affirmer que les coutumes bilatérales requièrent l'unanimité⁴⁵.

L'abstention, l'absence ou l'opposition d'un État n'empêchent pas toujours l'apparition d'une norme coutumière. La sécurité juridique défend de remettre en cause la validité du processus antérieur ainsi que l'existence des normes coutumières existantes à chaque fois qu'un nouvel État accède à l'indépendance.

La théorie de « l'objecteur persistant » (ou persistant objector) dispose que lorsqu'un État fait objection à la création de la règle coutumière, sans

43. Stern, *supra* note 17.

44. *Affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, [1950] C.I.J. Rec. 266 aux pp. 276-78 ; *Nicaragua 1986*, *supra* note 22 aux pp. 75-78 ; *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, [1952] C.I.J. Rec. 176 à la p. 200 [*France c. États-Unis d'Amérique*].

45. *Nicaragua 1986*, *ibid.* aux pp. 77-78 ; *France c. États-Unis d'Amérique*, *ibid.* ; *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, [1960] C.I.J. Rec. 6 aux pp. 39-40.

pour autant parvenir à empêcher son apparition, la règle lui est inopposable⁴⁶.

Dans l'*Affaire des pêcheries anglo-norvégienne* de 1951⁴⁷, le juge estime que la règle en question est inopposable à la Norvège parce que celle-ci s'est toujours élevée contre toute tentative de l'appliquer à sa côte. Toutefois, cette position reste difficile à maintenir et demande de la part des États contestataires une attitude active constante et permanente, sans garantir le succès de la démarche, comme le démontre l'exemple de la liberté des mers qui a subi des atténuations successives⁴⁸.

L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice de 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire dispose que « [l]'apparition en tant que *lex lata*, d'une règle coutumière prohibant spécifiquement l'emploi des armes nucléaires en tant que telles se heurte aux tensions qui subsistent entre, d'une part, une *opinio juris* naissante et, d'autre part, une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion »⁴⁹.

Cette opposition devient inefficace si elle s'est manifestée quand la coutume a déjà pris naissance ou qu'elle présente la qualité de *jus cogens*⁵⁰, c'est-à-dire de norme impérative à laquelle il ne peut être apporté aucune dérogation possible, ni atténuation, comme c'est le cas pour l'interdiction de l'apartheid.

L'opposition à la règle coutumière naissante est une prise de conscience de la portée contraignante de la coutume et de son opposabilité impérative. Le seul rempart, la seule voie dont l'État dispose pour contester l'application d'une coutume à son égard, relève de la volonté. La pleine portée de la volonté de l'État ne s'exprime que dans le processus individuel de « *persistant objector* » à la coutume naissante. Encore faut-il qu'elle se manifeste de manière expresse et réitérée comme le souligne la jurisprudence des pêcheries anglo-norvégienne susmentionnée⁵¹. Mais, son refus ne peut entraver le phénomène coutumier. Le volontarisme étatique⁵² a peu d'effets dans la formation et l'opposabilité générale de la coutume. Le juge ne fait que découvrir et révéler une coutume préexistante. Sa formation n'est pas due à la volonté exclusive et souveraine de l'État, bien que celui-ci puisse contribuer à la naissance d'une telle norme, mais de manière collective, et

46. Jonathan I. Charney, « The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law » [1985] *Brit. Y.B. Int'l L.* 1 ; Pierre-Marie Dupuy, « À propos de l'opposabilité de la coutume générale: enquête brève sur l'« objecteur persistant » dans Michel Villary, *Le droit international au service de la paix de la justice et du développement*, Paris, Pédone, 1991 à la p. 257-272.

47. *Supra* note 39.

48. Pancraccio, *supra* note 37.

49. *Supra* note 7 à la p. 255.

50. Henri Rolin, « Vers un ordre public réellement international » dans *Hommage d'une Génération de Juristes au Président Basdevant*, Paris, Éditions A. Pédone, 1960, 441 ; Gennady M. Danilenko, « International *Jus Cogens*: Issues of Law-Making » (1991) 2:1 *E.J.I.L.* 42.

51. *Supra* note 39.

52. Lavenue, *supra* note 5 ; Dinh, *supra* note 5 ; Ruzié, *supra* note 3 aux pp. 10-11.

non unilatérale, en collaboration avec d'autres sujets de droit international. En définitive, l'État apparaît comme un acteur parmi d'autres mais disposant d'une place privilégiée.

Les volontaristes⁵³ estiment que le consentement des États demeure nécessaire à l'applicabilité de la coutume. Mais, ils admettent que ces sujets de droit peuvent, en quelque sorte, décider de ne pas être partie à la coutume en manifestant, tout au long de sa formation, qu'ils entendent ne pas être liés par la règle émergente. Ils reconnaissent enfin que ce désaveu reste difficile à maintenir à long terme et ne réussit à produire des effets que grâce à l'opposition d'un nombre suffisant d'États.

Au principe coutumier de liberté des mers et de navigation⁵⁴, dont la portée obligatoire a été affirmée par la force des temps séculaires, ont été opposées les aspirations des États nouveaux. Ces derniers ont, en l'espace de quelques années, bouleversé l'ordre établi pour instituer de nouvelles règles auxquelles les anciens États n'ont pu faire échec. Ainsi la coutume originaire régissant la liberté des mers s'est vue contrainte, limitée et modifiée profondément en raison de ses rapports conflictuels avec l'émergence triomphante d'une nouvelle norme, celle de la souveraineté permanente de l'État sur ses ressources naturelles⁵⁵. De cette confrontation entre ces deux normes coutumières, la première a souffert d'un contre-balancement en faveur de la seconde. En effet, les délimitations des eaux adjacentes aux côtes des États sont nées de cet affrontement. Celui-ci a été, par ailleurs, à l'origine de la formation de nouvelles normes coutumières, telles que la zone économique exclusive⁵⁶ ou les eaux territoriales sous souveraineté de l'État côtier, qui ont, par la suite, été consacrées par des textes écrits, en l'espèce la Convention de Montégo Bay de 1982⁵⁷.

Selon Haggemacher, l'*opinio juris* relève du domaine de la connaissance et non de la volonté⁵⁸. La Cour internationale de Justice, pour identi-

53. *Ibid.*

54. Pancraccio, *supra* note 37 ; Tulio Treves, « Codification du droit international et pratique des États dans le droit de la mer » (1990) 4 Rec. des Cours 9 ; E.D. Brown, *The International Law of the Sea*, 2 vol., Aldershot, Dartmouth, 1994.

55. Rosenberg, *supra* note 13.

56. B. Kwiatkowska, *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989 ; Francisco Orrego Vicuña « La zone économique exclusive dans la législation et la pratique des États » dans Jean Combacau et Pierre-Marie Dupuy, dir., *Droit de la Mer*, 2, Paris, Éditions A. Pédone, 1990 à la p. 5.

57. NU, Division des affaires maritimes et du droit de la mer, Bureau des affaires juridiques, *Le droit de la mer : Texte officiel de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 et de l'Accord concernant l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982*, New York, Publication des Nations Unies, 2000, en ligne : Organisation des Nations Unies <<http://www.un.org/french/law/los/unclos/closindx.htm>> ; Pour une discussion de cette convention, voir notamment Pancraccio, *supra* note 37 à la p. 136 ; Tullio Treves, *supra* note 54 ; Daniel Vignes, « La convention sur le droit de la mer répond-elle à l'attente ? » (1994) 6 *Studia Diplomatica* 29.

58. *Supra* note 24 aux pp. 11-12.

fier une *opinio juris*, vise une concordance des sentiments ou convictions et adopte une vision communautaire du droit qui échappe au concept volontariste. L'*opinio juris* reflète en réalité une position réceptive et passive, or, la notion de volonté sous-tend que le sujet de droit exerce, à son gré, une prise réelle sur la règle en vertu d'une attitude essentiellement active. On se rend compte que l'élément subjectif se rapproche d'une manifestation de volonté lorsqu'il s'agit de se départir d'une coutume que l'État a toujours répudiée. En revanche, il lui arrive de représenter une conscience juridique internationale dont il serait interdit à l'État de s'opposer en raison des nécessités nouvelles de la société internationale. Parfois, cette conscience n'est pas suffisamment formée pour s'imposer de la sorte.

La limite du consentement des États démontre une prise en compte de l'existence légitime d'autres intérêts que ceux de ces derniers. On retrouve comme préoccupations légitimes le maintien de la paix, l'intérêt de la sécurité des investissements privés, l'intervention humanitaire, et la protection de l'environnement, entre autres. L'État perd dès lors son omniprésence et son omnipotence dans les relations internationales. C'est cette prise en compte des nécessités nouvelles qui a permis l'émergence de nouveaux sujets de droit international.

III. La coutume résulte de comportements émanant de différents sujets de droit international

IL CONVIENT DE PRÉCISER de quelle manière se manifeste l'intervention de ces nouveaux sujets de droit international (A) avant d'exposer l'apport de ces derniers dans l'ordonnancement juridique international (B).

A. LA MANIFESTATION NORMATIVE DES DIVERS SUJETS DE DROIT INTERNATIONAL DANS LE PROCESSUS COUTUMIER

L'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice* est silencieux en la matière⁵⁹. La Cour permanente de justice internationale dans l'*Affaire du « Lotus »* de 1927 ne fait référence qu'aux États et tente, par là même, de leur réserver une place exclusive dans la définition des sujets de droit international autorisés à participer au processus coutumier⁶⁰.

Dès lors, on pourrait supposer qu'il est impossible de se poser la question de savoir si les personnes privées peuvent créer des normes coutumières⁶¹. Aussitôt qu'elles exerceraient cette activité, elles seraient considérées comme étant des organes de l'État. Toutefois, cette hypothèse montre

59. *Supra* note 1.

60. *Lotus*, *supra* note 6 à la p. 18.

61. Carreau, *supra* note 12 à la p. 257.

très vite ses limites et se révèle donc être une justification de valeur insuffisante. En effet, elle ne mentionne pas le fait que ces personnes privées ne sont pas mandatées par leur État (cette question se complique encore davantage au sujet des entreprises multinationales), qu'elles agissent en fonction de leurs intérêts propres et non de ceux de l'État auquel elles sont statutairement liées et qu'elles ne peuvent engager automatiquement la responsabilité de ce dernier (sauf sous certaines conditions⁶²).

Selon Barberis, il est difficile de rencontrer des phénomènes coutumiers engendrés par des personnes privées⁶³. Or, la pratique démontre que des sujets de droit international autres que les États se font reconnaître un rôle dans le processus normatif coutumier. Face à l'accélération de l'histoire, des techniques et de l'évolution des relations internationales, l'État se trouve incapable de répondre aux nouvelles exigences normatives. C'est sur ce terrain d'incapacité où le manque patent d'une présence active étatique se fait sentir, que ces nouveaux acteurs jouent un rôle pour le moins remarquable.

En 1969, dans l'*Affaire du Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour internationale de Justice examine, pour établir l'*opinio juris*, la volonté de tous les acteurs utiles et pertinents afin de déceler la volonté des auteurs de la règle de l'équidistance. Ainsi sont pris en compte les travaux de la Commission du Droit international des Nations Unies lorsque la Cour souligne que : « [...] rien n'indique qu'il ne soit venu à l'esprit d'aucun de ses membres qu'elle dû adopter une règle fondée sur l'équidistance pour le motif qu'une telle règle [...] était [...] obligatoire en droit international coutumier »⁶⁴; il en est de même pour le Comité d'experts hydrographes⁶⁵ et la Conférence de Genève⁶⁶. La Cour relève : « [...] il est clair qu'à aucun moment on n'a considéré que la notion d'équidistance soit liée de façon inhérente et nécessaire à la doctrine du plateau continental »⁶⁷.

Les institutions internationales telles que la Cour permanente de justice internationale et la Cour internationale de Justice n'hésitent pas à citer leurs propres jurisprudences comme précédents utiles⁶⁸. La Cour internationale de Justice a soulevé à plusieurs reprises des références à des règles engendrées de la sorte⁶⁹.

Dans la formation coutumière, les organisations internationales interviennent, quant à elles, de deux manières. Sur le plan interne, l'*Affaire de la*

62. NU, « *Trail Smelter Case* » (1941) 3 Recueil des sentences arbitrales à la p. 1938.

63. Barberis, « *Réflexions* », *supra* note 2 à la p. 35.

64. *Supra* note 11 au para. 49.

65. *Ibid.* au para. 50.

66. *Ibid.* au para. 54.

67. *Ibid.* au para. 55.

68. Charles Rousseau, *Droit international public*, t. 1, 6e éd., Paris, Sirey, 1970, aux pp. 338-339 ; Dinh, *supra* note 5 à la p. 322.

69. Voir par ex. *Plateau continental*, *supra* note 11 au para. 78.

Namibie⁷⁰, concernant les conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant la Résolution 276 de 1970 du Conseil de Sécurité, nous apporte un élément de réponse des plus intéressants. La Cour a reconnu que la pratique d'une organisation internationale est de nature à créer une règle coutumière. Elle a ajouté que cette pratique, à l'instar de celle des États, ne nécessitait pas l'accord de tous ses membres. En l'espèce, l'Afrique du Sud contestait la validité de la résolution du Conseil de Sécurité, mettant fin à son mandat sur la Namibie, sous prétexte que deux membres permanents du Conseil s'étaient abstenus lors de l'adoption de la résolution alors que le paragraphe 27(3) de la Charte des Nations Unies exige un « vote affirmatif de tous ses membres ». La Cour a examiné la pratique du Conseil de sécurité et conclu :

[...] les débats qui se déroulent au Conseil de sécurité depuis de longues années prouvent abondamment que la pratique de l'abstention volontaire d'un membre permanent a toujours et uniformément été interprétée [...] comme ne faisant pas obstacle à l'adoption de résolutions. La procédure suivie par le Conseil de sécurité [...] a été généralement acceptée par les Membres des Nations Unies et constitue la preuve d'une pratique générale de l'Organisation⁷¹.

La Cour estime que la procédure suivie suffit à constituer la preuve d'une pratique générale qui s'impose à l'État. Ainsi, ce précédent établit une véritable révision constitutionnelle de la Charte constitutive élaborée par les États et non par l'Organisation elle-même.

Sur le plan extérieur, les actes unilatéraux à portée externe, telles que les résolutions, les conventions auxquelles elles participent et les relations que les organisations internationales entretiennent avec d'autres sujets de droit international peuvent également être à l'origine de la formation de normes de droit international général⁷².

Dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, la Cour constate « [...] [l'] *opinio juris* peut se déduire entre autres, [...] de l'attitude [...] des États à l'égard de certaines résolutions [...] »⁷³.

La Cour internationale de Justice, dans l'*Affaire sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* de 1996, annonce que les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies « [...] peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants, pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris* »⁷⁴. De même, les pratiques onusiennes de maintien de la paix ou les règles relatives au droit de la

70. *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, [1971] C.I.J. Rec. 16.

71. *Ibid.* au para. 22.

72. Sur la question du rôle normatif des organisations internationales, voir : Gérard Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales : L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Thèse, Paris, Pédone, 2001 à la p. 702.

73. *Nicaragua 1986*, *supra* note 22 au para. 188.

74. *Supra* note 7 aux para. 254-55.

décolonisation issues des résolutions de l'Assemblée générale, telle que la résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 des Nations Unies⁷⁵, sont régulièrement citées dans la doctrine comme référence à l'identification d'une règle de droit international coutumier.

En ce qui concerne les organisations non gouvernementales, dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* de 1986, la Cour internationale de Justice rappelle que pour ne pas avoir le caractère d'une intervention condamnable dans les affaires intérieures d'un autre État, une « assistance humanitaire » doit se limiter aux fins reconnues par la pratique de la Croix Rouge⁷⁶.

Les États peuvent se voir imposer le respect de normes d'origine privée soit parce qu'ils ont accepté d'y faire référence dans des conventions internationales ou parce que l'existence de ces normes est confirmée par la jurisprudence de leurs tribunaux internes ou d'instances internationales, comme le certifie l'évolution du droit des contrats transnationaux (*lex mercatoria*)⁷⁷.

S'agissant des personnes privées, la sentence arbitrale *Aminoil*⁷⁸ de 1982 nous apporte un éclaircissement des plus significatifs. L'arbitre, s'interrogeant sur la portée coutumière de la *lex petrolea*, dans le cadre du droit de nationalisation, s'attache d'abord à examiner les comportements de l'O.P.E.P. et des sociétés privées d'exploitation pétrolière⁷⁹. Ensuite il s'attarde à analyser le contexte économique et politique qui a poussé les entreprises transnationales à consentir à cette forme d'indemnisation. Aussi, il est amené à regarder les raisons, tant de fait que de droit, pour conclure que le consentement des entreprises en question a été donné sous l'effet de pressions économiques imposées par les États : « [les conditions dans lesquelles ces accords d'indemnisation ont été conclu] ont conduit les plus grandes sociétés transnationales à accepter *de facto* ce qu'exigeaient les pays exportateurs »⁸⁰. Ces dernières démontrent une acceptation abandonnée en raison d'un état de fait issu de considérations conjoncturelles et d'opportunités et non pour des raisons structurelles. Ces consentements entachés de la sorte n'ont aucune portée juridique et ne peuvent jouer aucun rôle dans la formation d'une règle générale parce qu'ils ne reflètent pas une *opinio juris*

75. *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, Rés. AG 1514 (XV), Doc. Off. AG NU, 15e sess., supp. no 16, Doc. NU A/4684 (1961) 66, en ligne : <http://www.un.org/documents/ga/res/15/ares15.htm>.

76. *Supra* note 22 au para. 242.

77. Voir notamment Jean-Hubert Moitry, « Arbitrage international et le droit de la concurrence : vers un ordre public de la *lex mercatoria*? » (1989) *Rev. arb.* 3 ; Jan Paulsson, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I. » (1990) *Rev. arb.* 55 ; Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria : Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992.

78. *Aminoil*, *supra* note 32.

79. *Ibid.*

80. *Ibid.* au para. 157.

s'entendant comme une conviction d'obéir à une règle juridique. « [L]'*opinio juris* semble étrangère à un consentement de ce type »⁸¹.

B. L'APPORT DES SUJETS DE DROIT INTERNATIONAL DANS L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE INTERNATIONAL

La sentence arbitrale *Aminoil* de 1982 est une décision intéressante à plusieurs égards. Elle donne la pleine portée à l'élément subjectif qui doit s'identifier, pour les sujets intéressés, à une conviction d'obéir à une règle de droit contraignante. Par ailleurs, elle consacre la prise en compte d'une personne privée comme sujet du droit international qualifié à jouer un rôle significatif et influent dans le processus coutumier. Ce nouvel acteur se voit ainsi reconnaître une place et un rôle similaire à celui de l'État (précision faite de la branche normative spécifique). Le tribunal arbitral laisse supposer que les comportements des grandes sociétés pétrolières ont une influence plus importante que celles de moindre envergure sur les évolutions du droit coutumier pétrolier. En outre, la personne privée bénéficie, en fin de compte, d'un traitement préférentiel à celui de l'État. En effet, le juge examinera les conjonctures politiques et économiques qui ont entouré le consentement de celle-ci alors que cette question ne sera pas abordée en ce qui concerne les États. Elle sera plutôt considérée comme relevant de la souveraineté étatique.

Toutefois, une interrogation vient à l'esprit et ne semble pas avoir été soulevée par la jurisprudence ou par la doctrine. On ne sait pas si les personnes privées, telles que les sociétés transnationales, peuvent avoir recours à la technique de l'objecteur persistant pour s'opposer à l'applicabilité d'une règle coutumière à leur égard. Rien ne l'empêche mais rien, néanmoins, ne le prévoit ni l'autorise. Certes, cette technique a été conçue en adéquation avec le volontarisme⁸² étatique à une époque où on ne parlait pas de l'existence de sujets de droit international autres que les États et le volontarisme des sociétés n'était pas non plus à l'ordre du jour. De cette difficulté, à laquelle il n'a pas été apporté d'éléments de réponses pertinents mais uniquement des pistes de réflexion, on peut tout de même conclure qu'il s'agit d'un indice tendant à présupposer que ces personnes privées, bien qu'élevées au même niveau que l'État dans la sentence arbitrale *Aminoil*, n'en gardent pas moins un statut et des droits inférieurs. À l'heure actuelle, seul l'État dispose des pleines capacités juridiques du sujet de droit international. Mais cela ne suffit pas à faire de lui l'unique sujet de droit international.

Finalement, il ressort de ces remarques que, face aux besoins nouveaux, de nombreux acteurs sont dorénavant perçus comme incontournables dans le champ d'élaboration normatif. Leur rôle, reconnu par les instances juridiques,

81. *Ibid.*

82. *Supra* note 5.

bouscule littéralement les forces étatiques. Ces acteurs vont jusqu'à concurrencer et surpasser l'État dans certains domaines⁸³. Ainsi, les droits fondamentaux de la personne et la protection de l'environnement ont suivi un développement considérable grâce à l'activisme et à la surenchère des organisations non gouvernementales⁸⁴. Ces dernières sont devenues, aujourd'hui, de véritables acteurs structurants de la scène internationale⁸⁵.

L'État peut se voir opposer une coutume à laquelle il n'a pas participé ou consenti, élaborée par des sujets de droit international non étatique. Cela l'amène à adopter une attitude vigilante mais également active dans cette effervescence normative coutumière au risque de se voir dépasser. En effet, il doit garder une attention de chaque instant, notamment face aux évolutions rapides du droit international, aidées en cela par les nombreux acteurs aujourd'hui capables d'influer dans l'ordonnement juridique international. Face aux besoins nouveaux, dans des domaines divers et variés, notamment dans ceux où l'État fait preuve de silence ou de présence passive, de nombreuses instances s'évertuent à participer au processus normatif coutumier sans beaucoup d'égards au principe de volonté souveraine des États. Ces derniers se voient bousculés par ces autres sujets de droit qui les obligent à rester actifs pour ne pas s'apercevoir ultérieurement que des normes ont atteint le rang de coutume sans qu'ils aient pu participer à leur élaboration ou exprimer une quelconque opposition lors de leur formation. L'État ne peut plus rester indifférent à ces nouveaux acteurs. Il a pris conscience de leur influence dans certains domaines, en particulier ceux auxquels il se désintéresse et fait preuve de manque manifeste, où ces nouveaux sujets exercent une action et un rôle significatif et singulièrement dynamique.

La multiplication, l'influence et la pratique des sujets de droit international constituent un indice révélateur du développement de l'état de droit⁸⁶ en dépit du concept obscur de la raison d'État⁸⁷, qui découle de la volonté souveraine des États. Ainsi la coutume contribue à étendre les relations internationales, par la prise en compte de tous les acteurs susceptibles de jouer un rôle dans les échanges internationaux, et régule les forces en présence dans la formation normative, en agissant dans les rapports interétatiques (en incluant tous les États, même les moins influents), dans les rapports entre les États et les autres sujets du droit, ainsi que dans les rapports

83. Amélie Blom et Frédéric Charillon, *Théories et concepts des relations internationales*, Paris, Hachette supérieur, 2001 (Blom et Charillon).

84. « Diplomatie humanitaire », en ligne : Comité International de la Croix-Rouge, <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/iwpList2/ICRC_Activities:Humanitarian_diplomacy>.

85. Sur la question de la fonction structurante des nouveaux acteurs des relations internationales voir : Blom et Charillon, *supra* note 83.

86. Jacques Chevallier, *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, 1992 aux pp. 7 et 15.

87. Sur la question : Gérard Pandelon, *Esquisse d'une théorie politique du mensonge*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002.

entre ces derniers uniquement. La coutume trouve alors une nouvelle place dans l'ordonnancement juridique grâce à ces nouveaux sujets de droit international, comme le souligne très justement Brigitte Stern⁸⁸.

Il est aisé de remarquer que la coutume permet d'élaborer un nouvel ordre dans les relations internationales. Ce phénomène met en évidence un recul de la souveraineté⁸⁹ face aux nouvelles exigences contemporaines. Il consacre la légitimité des autres sujets de droit international sur la scène internationale et met en exergue des intérêts plus vastes que ceux de l'État, tels que la sécurité des investissements, la protection des droits fondamentaux de la personne, et la protection de l'environnement, entre autres.

René-Jean Dupuy⁹⁰ distingue la coutume sage, qu'il qualifie de pratique stable confortée par une *opinio juris in fine*, et la coutume sauvage, qui se caractérise par des comportements des sujets du droit international qui sont pris en compte en tant qu'*opinio juris* avant de l'être comme précédents constitutifs d'une pratique. Notre étude nous amène à penser que la norme internationale générale a connu une évolution qui confirme l'acception de l'auteur selon laquelle la coutume sauvage surpasse la coutume sage.

À ce titre, on peut considérer que la coutume sage est une coutume conservatrice, limitée, dépassée, irréaliste qui freine le développement normatif et le développement de l'état de droit. Par contre, la coutume sauvage fait preuve de dynamisme, de réalisme, de réactivité et d'adaptabilité aux nouvelles données internationales. Nous avons même souligné qu'elle contribuait au développement de l'état de droit, notamment parce qu'elle prend la mesure des intérêts de tous les sujets de droit international. Par conséquent, la coutume sauvage présente, somme toute, une plus grande sagesse que sa « cousine », la dénommée coutume sage.

IV. Conclusion

IL EST APPROPRIÉ, aujourd'hui, d'affirmer que le processus coutumier est un phénomène normatif ouvert, d'une souplesse unique et singulière au point même qu'il est permis d'avancer l'idée que la coutume internationale présente une qualité *sui generis*. L'affrontement entre le volontarisme⁹¹ et l'objectivisme⁹² paraît dépassé. Il semble incontestable de reconnaître le fait que la volonté étatique n'est plus fondamentale et indispensable à la formation de la

88. *Supra* note 17.

89. Paul Guggenheim, « La souveraineté dans l'histoire du droit des gens » dans *Mélanges offerts à Henri Rolin : problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964 à la p. 134 ; Joe Verhoeven, « L'état et l'ordre juridique international » (1982) 82 R.G.D.I.P. 749 ; Stevan Jovanovic, *Restriction des compétences discrétionnaires des États en droit international*, Paris, Pédone, 1988 à la p. 240.

90. *Supra* note 27.

91. *Supra* note 5.

92. *Supra* note 9.

règle de droit internationale. De même, l'État se trouve concurrencé et même surpassé par de nouveaux sujets de droit. Dans le phénomène coutumier, il s'avère que ces derniers montrent plus d'efficacité et de dynamisme que le premier acteur des relations internationales. Il serait, en outre, possible de soulever l'interrogation selon laquelle l'État n'est peut-être plus le sujet majeur des relations internationales quand certains avancent l'idée que les organisations non gouvernementales ont la fonction la plus structurante sur la scène internationale⁹³. Sans aller jusqu'à défendre cette thèse, il est incontestable que l'État ne possède pas une place exclusive dans le processus normatif coutumier parce que son consentement n'est plus prédominant et qu'il se trouve concurrencé par d'autres sujets du droit international.

On constate que la coutume montre deux facettes en apparence opposées mais qui révèlent en réalité une souplesse et un dynamisme intrinsèques. Par son aspect universel, établi par la force du temps, elle apporte une garantie de sécurité juridique. Par sa qualité de sauvage, qualifiée par René-Jean Dupuy⁹⁴, elle exhale ses vertus innovatrices, dynamiques et englobe tous les sujets du droit. Ses propriétés se manifestent très clairement dans des domaines spécifiques, tels que le droit international économique ou financier, qui ne peuvent subir les lenteurs de la procédure conventionnelle ou les années du processus coutumier.

Finalement, le phénomène coutumier présente deux caractéristiques essentielles. En premier lieu, il offre une certaine sécurité juridique à la norme constituée parce qu'il garantit son opposabilité générale. En second lieu, sa souplesse permet au droit d'évoluer et de s'adapter plus rapidement que toute autre règle juridique. Ces deux qualités paradoxales, sécurité/stabilité et flexibilité/dynamisme tendent encore à rendre le phénomène coutumier bien mystérieux.

93. Blom et Charillon, *supra* note 83.

94. *Supra* note 27.

