

Sommaire

Table des matières	VIII
Liste des contributeurs	XV
Table des abréviations	XVII
Avant-propos Samantha Besson/Yves Mausen/Pascal Pichonnaz	1
Survol des contributions	3
1^{ère} partie : Le consentement et les sources du droit	11
Le consentement et la légitimité morale du pouvoir politique Laetitia Ramelet	13
L'élément subjectif dans la coutume internationale Aymeric Hêche	31
2^{ème} partie : Le consentement et l'union conjugale	55
Le consentement dans le cadre de l'union libre : l'approche pluraliste Johanna Muheim	57
3^{ème} partie : Le consentement et la capacité juridique	83
La volonté naturelle en droit privé suisse Sarah Gros	85
Le consentement des mineurs dans le domaine médical Benedetta Sara Galetti	113
4^{ème} partie : Le consentement et le genre	133
Les opérations non consenties d'assignation sexuelle sur les enfants intersexes: enjeux actuels en droit suisse Sofia Balzaretta	135

5^{ème} partie : Le consentement et la procréation	155
Le consentement et ses conditions dans le cadre de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA) Tiffaine Stegmüller	157
Entre autodétermination et restrictions à la procréation médicalement assistée Valérie Savioz-Viaccoz	181
6^{ème} partie : Le consentement et l'intervention médicale	203
Le consentement dans le modèle d'assurance de télémédecine Virginie Mantilla-Conti	205
7^{ème} partie : Le consentement et le travail	230
Le consentement tacite à la réduction de salaire Semsija Etemi	233
8^{ème} partie : Le consentement, la violence et la mort	254
Des formes du consentement étatique et de ses limites : analyse au regard de l'excès de mandat par des forces armées étrangères Aurélie Galetto	256
Le consentement aux actes sur le cadavre Nicolas Tschumy	279
9^{ème} partie : Le consentement et la propriété intellectuelle	305
Consentement à la mise en circulation d'exemplaires brevetés : un accord à l'épuisement des droits du brevet ? Pierre Heuzé	307
10^{ème} partie : Le consentement et le règlement des différends	325
La justice existe-t-elle sur le plan international ? Remise en question du consentement des États à la juridiction Clément Marquet	327

Liste des abréviations

§	paragraphe(s)
a (+ abbreviation)	ancien (version abrogée d'une loi ou d'un article de loi)
ADN	acide désoxyribonucléique
AI	Assurance-invalidité
AISUF	Arbeit aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg
ALCP	Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681)
al.	alinéa(s)
ALI	American Law Institute
art.	article(s)
ASSM	Académie suisse des sciences médicales
ATF	arrêt du Tribunal fédéral publié au Recueil officiel des Arrêts du Tribunal fédéral
Bd.	Band
BK	Berner Kommentar (commentaire bernois)
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BO/CE	Bulletin officiel du Conseil des États
BO/CN	Bulletin officiel du Conseil national
BSK	Basler Kommentar (commentaire bâlois)
Bull Med Suisses	Bulletin des médecins suisses
BverfG	Bundesverfassungsgericht (all. Tribunal constitutionnel fédéral allemand)
c.	contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CDE	Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107)
CDHB	Convention pour la protection des Droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, du 7 avril 1997 (RS 0.109)
CDI	Commission du droit international des Nations Unies

Liste des abréviations

CEDAO	Communauté économique des États d’Afrique de l’Ouest
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
cit.	citatio, cité(e)(s)
CIJ	Cour internationale de Justice
CJ GE	Cour de justice du Canton de Genève
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJUE	Cour de justice de l’Union européenne
CNE	Commission nationale d’éthique dans le domaine de la médecine humain
CO	Code des obligations, LF complétant le Code civil suisse, du 30 mars 1911 (RS 220)
CoE	Conseil de l’Europe
CommFam	Commentaire du droit de la famille
consid.	considérant(s)
Conv.Oviedo	Convention pour la protection des Droits de l’Homme et de la dignité de l’être humain à l’égard des applications de la biologie et de la médecine du 4 avril 1997 (Convention sur les Droits de l’Homme et la biomédecine ; RS 0.810.2)
CourEdH	Cour européenne des droits de l’homme
CP	Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile suisse, du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
CPMA	Centre de procréation médicalement assistée
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
cpr.	comparer
CR	Commentaire romand
CSPfr	Code de santé publique français
Cst. féd.	Constitution fédérale, du 18 avril 1999 (RS 101)
CUSO	Conférence universitaire de Suisse occidentale

CVI	Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111)
DIP	diagnostic préimplantatoire
dir.	sous la direction de
DSD	Disorder of Sex Development
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ég.	également
en part.	en particulier
ESR Komm	Erwachsenenschutzrecht Kommentar
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (et d'autres)
etc.	et caetera
FamPra.ch	La pratique du droit de la famille
FF	Feuille fédérale
FIV	Fécondation <i>in vitro</i>
FIVETE	Fécondation <i>in vitro</i> et transfert d'embryon
FLQ	Family Law Quaterly
FMH	Fédération des médecins suisses
GKE	Greenstar-Kanzi
HFG	Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz; RS 810.30)
HFR	Hôpital fribourgeois
HILL	Health Insurance Liability Law
HMO	Health Maintenance Organization
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
<i>id.</i>	<i>idem</i> (le même)
ILA	International Law Association
IPAM	Indice des primes d'assurance-maladie
ISDC	Institut suisse de droit comparé
ISIS	Islamic State of Iraq and Sham (« État islamique en Irak at au Levant »)
JdT	Journal des Tribunaux
JZ	Juristen Zeitung
LAGH	Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur l'analyse génétique humaine (RS 810.12)

Liste des abréviations

LAMA	ancienne loi sur l'assurance-maladie
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance maladie (RS 832.10)
LBI	Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention
LCD	Loi fédérale du 18 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LDA	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (Loi sur le droit d'auteur), du 9 octobre 1992 (RS 231.1)
LDCV	Loi cantonale du 28 septembre 2004 sur le droit de cité vaudois
let.	letter(s)
<i>lit.</i>	<i>litera</i>
LEtr	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (RS 142.20)
LGBTI	Lesbiennes, gay, bisexuel-le-s, intersexes
L.J.	Law Journal
Loi sur la stérilisation	Loi fédérale sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes, du 17 décembre 2004 (RS 211.111.1).
Loi sur la transplantation	Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, du 8 octobre 2004 (RS 810.21)
LPart	Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe (RS 211.231)
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1)
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale des assurances-sociales (RS 830.1)
LPMA	Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (RS 810.11)
L.rev.	Law review
LRCS	Loi fédérale du 19 décembre 2003 relative à la recherche sur les cellules souches (RS 810.31)
LRH	Loi fédérale du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain (RS 810.30)
LSAMal	Loi fédérale du 26 septembre 2014 sur la surveillance de l'assurance-maladie (RS 832.12)
LSan (+ canton)	Loi cantonale sur la santé

LTx	Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (RS 810.21)
N	Numéro(s) marginal(aux)
npb	note(s) de bas de page
no(s)	numéro(s)
OAMAI	Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (RS 832.102)
OEC	Ordonnance fédérale du 28 avril 2004 sur l'état civil (RS 211.112.2)
OEIT	Ordonnance du 17 décembre 2014 sur les enquêtes de sécurité en cas d'incident dans le domaine des transports (RS 742.161)
OEP	Ordonnance du 29 avril 2015 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (RS 818.101.1)
OFEC	Office fédéral de l'État civil
OFAS	Office fédérale des assurances-sociales
OFS	Office fédéral de la statistique
OFSP	Office fédérale de la santé publique
OLPD	Ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi sur la protection des données (RS 235.11)
OGer	Obergericht
ONG	Organisation non-gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
OPAS	Ordonnance du Département fédéral de l'intérieur du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (RS 832.112.31)
<i>op. cit.</i>	opus citatum (lat. œuvre citée)
OPMA	Ordonnance du 4 décembre 2000 sur la procréation médicalement assistée (RS 810.112.2)
OTx	Ordonnance fédérale du 16 mars 2007 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origines humaine (RS 810.211)
p./pp.	page(s)
p.ex.	par exemple
par.	paragraphe(s)
PJA	Pratique juridique actuelle
PMA	procréation médicalement assistée

Liste des abréviations

PPD	Initiative pour une procréation respectant la dignité
PPO	Preffered provider organization
Prof.	professeur
RAMA	Jurisprudence et pratique administrative
réf. cit.	référence(s) citée(s)
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RDC	République démocratique du Congo
RDS	Revue de droit suisse
RDT	Revue du droit de tutelle
Rec.	Recueil des arrêts de la Cour internationale de Justice
Réf.	référence(s)
req.	requête
Rés.	résumé
Rev Med Suisse	Revue médical suisse
RJB	Revue des juristes bernois
RMA	Revue de la protection des mineurs et des adultes
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSAS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle
RSG	Recueil systématique genevois
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSN	Recueil systématique neuchâtelois
RSVD	Recueil systématique de la législation vaudoise
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
s./ss	et suivant(e)/et suivant(e)s
SCIJ	Statut de la Cour internationale de Justice
SESE	Service suisse d'enquête de sécurité
SJ	Semaine judiciaire
TF	Tribunal fédéral
trad.	traduction
UCLA	University of California – Los Angeles
U- Colo.	Unoiversity of Colorado
UNEF	United Nations Emergency Force
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la

	science et la culture
UNTAET	United Nations Transitional Administration in East Timor
USA	United States of America
vol.	volume
VUWLR	Victoria University of Wellington Law Review
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1937 (RS 201)
ZK	Zürcher Kommentar (Commentaire zurichois)

AYMERIC HÊCHE

L'élément subjectif dans la coutume internationale

Introduction	31
I. Dionisio Anzilotti ou le consentement tacite à la coutume	32
1. La conception volontariste de la coutume	32
2. Les réactions contre la fiction du consentement tacite	35
II. Karol Wolfke ou l'acceptation présumée comme équivalent de l' <i>opinio juris</i>	37
1. Le « consentement tacite à la coutume » réinventé	37
2. L'affirmation du rôle incontournable du consentement dans la coutume	39
III. Sir Michael Wood ou l'approche pragmatique de la doctrine des deux éléments	42
1. Le consensus actuel sur les deux éléments du processus coutumier	42
2. Le consentement dans les travaux du rapporteur spécial	43
3. L'élément subjectif, condition auxiliaire de la coutume ?	47
Conclusion	49
Bibliographie	52

Introduction

La doctrine majoritaire conçoit la coutume comme la réunion de deux éléments : la pratique et l'*opinio juris sive necessitatis*. Le point de repère en la matière est l'article 38 du Statut de la CIJ, dont la formulation fut héritée de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI)¹.

¹ BRADLEY, pp. 43-46. Les travaux préparatoires du comité des juristes se rattachaient à l'école historique (C.F. VON SAVIGNY) et au *Volksgeist* : la coutume était unitaire et non pas scindée entre deux éléments comme la doctrine traditionnelle la conçoit. La pratique ne faisait que témoigner de l'*opinio juris* : ainsi, le premier acte était accompli en raison du sentiment préexistant de l'obligation de devoir suivre une certaine ligne de conduite. Cette conception

Notre contribution se propose de retracer dans les grandes lignes le rôle joué par la volonté et le consentement dans le processus de création du droit coutumier. Pour ce faire, trois auteurs serviront de jalons (Dionisio Anzilotti, Karol Wolfke et Sir Michael Wood). Par la suite, nous tenterons d'utiliser en général « volonté » pour faire référence à la dimension de libre choix opéré par un État (comme un individu qui exprime de manière unilatérale ses intentions, sans chercher à recueillir une autorisation) et « consentement » comme l'acceptation de la pratique ou d'une norme internationale². Le partage exact entre volonté et consentement est toutefois ardu et la division préétablie ne sera pas toujours scrupuleusement respectée. Au gré des doctrines, l'élément subjectif s'est tantôt orienté vers la volonté, tantôt vers le consentement.

Le courant volontariste, dominant au début du XX^{ème} siècle, a développé la théorie du consentement tacite à la coutume afin d'expliquer sa force obligatoire envers les États qui ne l'ont pas expressément acceptée. Adopté en réaction, l'objectivisme détachera la force obligatoire de la coutume de tout consentement étatique.

Actuellement, l'approche des deux éléments est solidement ancrée dans la doctrine. La coutume s'équilibre désormais entre les deux courants, et le rôle joué par le consentement dans la formation de la coutume n'est plus nié.

Nous nous proposons de voir comment l'élément subjectif de la coutume (ou *opinio juris*) est appréhendé et les doctrines auxquelles il a donné lieu au fil du temps.

I. Dionisio Anzilotti ou le consentement tacite à la coutume

1. La conception volontariste de la coutume

Dionisio Anzilotti est le représentant tout indiqué du courant volontariste ; il siégea à la CPJI dans l'affaire *Lotus*³ et son *Cours de droit international*⁴ exerça une grande influence.

Concernant les sources, Anzilotti distingue les traités et la coutume selon la manière dont l'État y exprime sa volonté. Les traités relèvent principalement de l'*explicite*,

avait le mérite d'éviter le « paradoxe chronologique » de la coutume (la pratique initiale est une violation car l'*opinio juris* n'existe pas encore), mis en exergue notamment par LEFKOWITZ.

² BESSON, p. 295.

³ CPJI, arrêt du 7 septembre 1927, *Lotus*, série A, n° 10.

⁴ Anzilotti.

tandis que la coutume s'appuie sur le *tacite*⁵. Cette partition des « deux modes d'établissement des normes juridiques internationales »⁶ déploie toute sa force à condition de prendre un peu de recul.

Dans l'ordre juridique international, le principe *pacta sunt servanda* est la norme suprême⁷, en conséquence les États ne sont liés que s'ils l'ont voulu. L'arrêt *Lotus* illustre ce point de vue :

*« 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 et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. »*⁸

La totalité du droit provenant de la volonté des États, il convient de faire rentrer les sources du droit dans ce schéma. Les traités, en tant qu'accord exprès (et rencontre) de volontés, ne posent pas de problème⁹. La coutume, par contre, s'inscrit mal dans ce schéma. Étant une « constante répétition d'une manière donnée d'agir dans des circonstances données »¹⁰, la volonté y est à première vue exogène. L'œuvre du volontarisme est de voir une manifestation de volonté sous forme tacite dans les comportements des États¹¹ (qu'il s'agisse d'une action « physique » ou « verbale »).

Pourquoi un tel recours au consentement tacite à la coutume ? Ce choix permet de se situer à mi-chemin entre deux exigences de volonté : soit la volonté doit être générale et n'implique pas tous les États, soit chaque État ne sera lié que s'il l'a expressément voulu¹². Par l'artifice du consentement tacite, les États n'ont pas

⁵ *Ibid.*, p. 68.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, p. 44.

⁸ CPJI, arrêt du 7 septembre 1927, *Lotus*, série A, n° 10, p. 18.

⁹ Parce que le volontarisme crée une grille d'analyse *ad hoc* des règles relatives aux traités et se contente de la transposer à la coutume : MORELLI, p. 454. Le consentement propre au droit des traités est différent de celui de la coutume : en droit des traités, il y a *rencontre* de deux consentements (rencontre parfois imparfaite où les États « agree to disagree » : BESSON, p. 314), cette rencontre permet la création du traité mais n'en est qu'un élément parmi d'autres (*ibid.*, p. 297). Tandis que dans la coutume, le consentement est « unilatéral » ou « juxtaposé » : l'État consent à ce que des droits ou des obligations lui soient applicables (*ibid.*, p. 315). Les conditions nécessaires à la création d'une coutume nivellent les désaccords entre États, tandis que dans le cadre des traités, c'est la négociation qui joue ce rôle de réduction des désaccords.

¹⁰ ANZILOTTI, p. 73.

¹¹ *Ibid.*

¹² WEIL, pp. 69-70.

besoin de tous se situer au même niveau de volonté ; l'État resté passif peut se voir opposer son inaction, et la volonté de l'État actif ne fera pas de doute.

Le point délicat est de savoir comment débusquer cette volonté tapie dans les comportements. Anzilotti dresse le catalogue des quatre catégories de faits « desquels résulte la volonté des États de se comporter réciproquement et obligatoirement d'une manière donnée »¹³. De ce catalogue on retiendra deux caractéristiques :

- L'exigence d'une *constatation univoque* de la présence d'une volonté qui *dépasse le simple usage*¹⁴ ;
- Est révélateur d'une volonté l'accomplissement par plusieurs États d'actes *similaires* ou d'actes partageant *un noyau commun*¹⁵.

Cette liste de critères dresse les propriétés du tacite (une volonté existe, mais elle est tue) et y intègre la coutume. Cette intégration permet de relier la coutume à une volonté de l'État – même si celle-ci n'apparaît pas de manière évidente.

Dans l'optique d'Anzilotti, la volonté porte sur l'acceptation des obligations découlant de la coutume¹⁶ (en ce sens, l'État limite sa souveraineté). On déduit du comportement une volonté de s'engager à respecter la coutume¹⁷. Ce point est à souligner, car si par la suite la volonté n'est pas totalement expurgée de l'explication du phénomène coutumier, on la retrouve connectée à d'autres éléments¹⁸, mais toujours en deçà de l'acceptation des obligations¹⁹.

Le recours au tacite constitue la pierre d'achoppement de la théorie volontariste de la coutume. Si cette construction permet d'achever le système volontariste, elle a un

¹³ ANZILOTTI, p. 76. Respectivement, les faits concluants, les faits révélateurs de la volonté de s'obliger à une conduite déterminée à l'égard d'autres États, les faits réciproques et les faits révélateurs de volontés concordantes. Pour des considérations sur l'accord tacite en droit interne, on peut se reporter à la contribution de Semsija ETEMI dans le présent ouvrage.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 73.

¹⁷ WEIL, p. 69 : « le droit international est obligatoire pour les États parce que les États y ont consenti » ; KAMTO, p. 264 : « La coutume serait ainsi la manifestation d'un consentement implicite ; il s'agirait d'un accord tacite reposant sur les volontés concordantes mais non explicites des États participant à l'émergence d'une pratique constante ».

¹⁸ WOLFKE, p. 58.

¹⁹ Depuis la théorie de la coutume tacite, la volonté n'a pas totalement disparue, elle a plutôt régressé vers d'autres éléments à l'intérieur de la coutume.

coût puisqu'elle sera jugée comme défailante par rapport au processus coutumier qu'elle tente de représenter²⁰.

2. Les réactions contre la fiction du consentement tacite

« Fiction ». Adressée à une doctrine qui se donne pour but de « déterminer et d'étudier quelles sont [les règles du droit international] en les composant en forme logique de système »²¹, la critique ne saurait être plus acerbe. Au-delà d'une critique, c'est un jugement d'échec de la toute-puissance de la volonté de l'État. Cette remise en cause est l'occasion de profiler de nouvelles solutions au problème, de réaménager l'ordre juridique pour le faire correspondre au processus coutumier tel que perçu et théorisé par l'objectivisme – en somme, de sacrifier pour mieux créer.

Une première banderille nous vient de la succession d'États, spécifiquement des États nouveaux. Ces États sont liés par la coutume, bien qu'ils n'aient pas participé à son élaboration²². La thèse volontariste prétendait que le nouvel État acceptait tacitement le droit coutumier antérieur lorsqu'il liait des relations avec d'autres États, thèse dénoncée comme fictive puisque le nouvel État ne dispose en réalité d'aucun choix face au droit préexistant²³.

Même s'il est possible que certains États « veuillent » effectivement la coutume, il n'est pas juste d'assumer que *tous* les États s'y trouvent liés en raison de leur accord tacite²⁴. Le volontarisme se retrouve ainsi au mieux relégué au rang d'explication partielle de la coutume.

Une solution plus radicale rejetait purement et simplement la volonté comme ne faisant pas partie de la coutume. Ainsi, à la conception de la coutume conçue comme un acte juridique, on oppose la coutume comme étant un fait juridique²⁵. L'élément objectif de la coutume est conservé, l'élément subjectif doit par contre être transformé, de la *volonté* on passe à une *conviction* du caractère obligatoire de la

²⁰ En gardant à l'esprit que « law is a normative practice in which the conceptual-normative level plays a very important function and cannot simply be replaced by either factual observations or mere normative considerations » (BESSON, p. 294). La coutume dépend de l'arsenal théorique déployé pour l'expliquer, chaque théorie observe en même temps qu'elle construit son sujet d'observation.

²¹ ANZILOTTI, p. 48.

²² BASDEVANT, p. 515.

²³ *Ibid.*

²⁴ KAMTO, p. 273 : « La coutume générale ne peut [...] être assimilée à un accord tacite. Certes, la volonté ne lui est pas étrangère ; toutefois, elle ne naît pas nécessairement de la volonté de tous ses destinataires ».

²⁵ MORELLI, pp. 455-456 : « Une telle conduite est importante en elle-même, et non pas comme moyen de manifestation d'une volonté, volonté qui le plus souvent, n'existe pas ».

règle²⁶. Cet élément de la conviction permet de faire le partage entre une coutume et un usage²⁷.

Le passage de la *volonté* à la *conviction* du caractère obligatoire de la règle alloue une plus grande marge de manœuvre au tribunal pour constater l'existence d'une coutume²⁸. La conviction est un concept plus éthéré que la volonté, et elle ne se rattache pas à l'acceptation de la règle, mais au jugement sur le caractère juridique de celle-ci. Ces deux points doivent néanmoins être tempérés.

Si la conviction est plus diffuse²⁹, elle n'en reste pas moins, comme la volonté, un acte intellectif de l'État³⁰. Dans une optique volontariste, « s'il y a conviction, il y a volonté »³¹ : la volonté serait présente sous une forme amoindrie.

D'autre part, la volonté pourrait aussi faire irruption dans la conviction du caractère obligatoire de la règle. La conviction est laissée à la libre appréciation de l'État, qui peut donc choisir de vouloir (ou non) être convaincu du caractère obligatoire d'une règle³².

À cause des difficultés à établir la conviction du caractère obligatoire de la règle – établissement dont les écueils ressemblent à ceux de la recherche de la volonté dans la coutume tacite³³ – certains franchissent l'ultime étape et prônent l'abandon de l'élément subjectif pour ne conserver que la pratique³⁴.

On remarque que les vues exposées jusqu'à maintenant conservaient ou rejetaient la volonté dans l'explication de la coutume. De manière plus fine, Kamto distingue la

²⁶ *Ibid.*, p. 456.

²⁷ SØRENSEN, p. 47. On peut tracer là un parallèle avec un critère vu *supra* dans la partie I.1. : les faits doivent témoigner de la volonté des États d'assumer des *obligations*, pas seulement un usage. L'exigence d'aller au-delà de l'usage semble constituer un critère d'exclusion empêchant des pratiques d'accéder au rang coutumier plutôt que d'être vérifié pour chaque coutume. Le raisonnement serait déductif : parce qu'il ne se justifierait pas de sanctionner – au niveau de la responsabilité internationale – certains écarts de conduite, on serait en présence d'un usage. Cf. aussi SØRENSEN, p. 50 : « Il est intéressant de constater [...] que la Cour internationale s'est occupée de [l'élément subjectif] seulement dans les cas où elle est arrivée à la conclusion qu'aucune coutume ne s'était établie » et ILA, pp. 31 et 35.

²⁸ DE VISSCHER, p. 74.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ KAMTO privilégie une vision anthropomorphique de l'État, similaire au courant volontariste, pp. 270-271.

³¹ *Ibid.*, p. 265.

³² *Ibid.* : « Norme créée, la norme coutumière tirerait son caractère volontaire de l'*opinio juris*, c'est-à-dire de la conviction des sujets de droit qu'ils sont tenus (ou autorisés) à accomplir les actes qui constituent la coutume créatrice du droit », cf. aussi p. 271. L'objecteur persistant sera traité *infra*, dans la section III.2.c.

³³ Il s'agit de rechercher la volonté ou la conviction dans (ou à partir de) la pratique.

³⁴ SØRENSEN, p. 50.

volonté de l'État consubstantielle à la pratique et celle de l'*opinio juris* : la première est la volonté présente dans un comportement de l'État, la seconde est la volonté de considérer une règle comme obligatoire³⁵. La volonté présente dans la pratique est une source matérielle, elle contribue à la naissance de la coutume sur le plan des faits, mais n'est pas prise en compte par le droit. La volonté dans l'*opinio juris* est différente : certes, elle constitue également un acte de volition, mais cet acte est valorisé par le droit comme conviction du caractère obligatoire de la règle.

La forte cohérence interne de la vision volontariste de la coutume était maintenue par une fiction. En faisant éclater cette construction, les courants successifs ont dû trouver un palliatif afin de mettre la volonté à l'écart de l'explication du processus coutumier. De la gamme des solutions exposées, deux aspects ressortent. En premier lieu, ce sont les incertitudes entourant la manière de démontrer la conviction du caractère obligatoire de la règle ; on chasse la volonté, mais la déduction de l'élément subjectif sur la base des comportements demeure. En second lieu, c'est la difficulté de se défaire de la volonté, qui va ressurgir et se muer en consentement³⁶.

II. Karol Wolfke ou l'acceptation présumée comme équivalent de l'*opinio juris*

1. Le « consentement tacite à la coutume » réinventé

Nous avons retenu l'ouvrage de Wolfke (*Custom in Present International Law*, 1964), car il prend à bras-le-corps le problème de la coutume. La date de parution de l'ouvrage présente l'avantage de se situer après l'acmé de la réaction objectiviste, permettant d'avoir la distance nécessaire avec ce courant.

Pour encadrer son analyse de la coutume, Wolfke se rattache à l'article 38 SCIJ :

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

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

³⁵ KAMTO, p. 270.

³⁶ De la volonté de se lier propre à Anzilotti et conçue sur le modèle du droit des traités, on passe à un consentement unilatéral relatif au caractère obligatoire de la pratique.

La formule est un héritage historique de l'article 38 CPJI. Les travaux préparatoires fournissent peu d'informations précises sur les raisons ayant poussé le comité à retenir cette formule³⁷. Néanmoins, l'enseignement majeur est que les membres du comité consultatif ont expressément rejeté une formule proposée par le Baron Descamps qui prévoyait la primauté de l'élément de la pratique³⁸. Les autres membres préférèrent une approche unitaire de la coutume dans laquelle la conviction du caractère obligatoire de la règle précédait et motivait la pratique³⁹.

En mettant entre parenthèses l'histoire, la signification actuelle donnée à ces termes est que les États ont la conviction qu'une pratique correspond à une norme coutumière (similairement à ce que le Baron Descamps envisageait). Tout en s'inscrivant dans la théorie des deux éléments et sans remettre en cause la formule de l'*opinio juris sive necessitatis*, le rôle du consentement étatique dans l'élément subjectif sera scruté par Wolfke.

Les arrêts et avis de la CIJ indiquent que « l'acceptation comme étant le droit », loin d'être un fait objectif, constitue une émanation du consentement des États sous la forme d'une « presumed acquiescence in practice »⁴⁰. Précédemment aux travaux actuels, la Commission du droit international (CDI) s'était saisie de la coutume de 1949 à 1950. Au cours des travaux, la notion d'acquiescement fut citée à plusieurs reprises, notamment comme élément de la coutume⁴¹ et comme équivalent à l'absence de protestation⁴². La terminologie employée par les membres de la CDI n'était pas uniforme, les termes d'acquiescement, assentiment, absence de protestation et *opinio juris sive necessitatis* étaient indifféremment utilisés pour recouvrir l'idée « d'acceptation comme étant le droit »⁴³. De ces travaux de la CDI on retient surtout que :

« [Parmi les éléments de la coutume] acceptance was recognized as decisive. Although variously defined, for the majority it amounted to tacit or presumed acquiescence manifested mainly by absence of protest against the practice. Precisely in this sense, some of the members of the Commission used the term 'opinio juris sive necessitatis'. »⁴⁴

³⁷ WOLFKE, p. 25 ; voir également *supra* note n°1.

³⁸ BRADLEY, p. 44.

³⁹ *Ibid.*, p. 45.

⁴⁰ WOLFKE, p. 36.

⁴¹ *Ibid.*, p. 43 : « general acquiescence in the practice of other States ».

⁴² *Ibid.*, p. 45.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*, p. 50.

L'*opinio juris* ou « acceptation comme étant le droit » équivaut à un acquiescement. Et cette *forme* de consentement joue un rôle crucial dans la coutume. L'acquiescement peut être défini comme « une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement »⁴⁵.

La construction n'est pas aussi évidente que dans l'explication volontariste de la coutume. Toutefois, le parallèle existe : dans les deux cas la pratique occupe un rôle central, c'est par rapport à elle que l'on va déterminer si les États ont ou non acquiescé. Les États ne sont plus vus comme consentant directement au caractère obligatoire de la coutume, mais c'est maintenant leur comportement qui emporte adhésion à la règle. On est en présence d'un consentement tacite à la coutume réinventé, l'exigence d'une volonté de l'État est reformulée en un constat de consentement (sous la forme lâche d'un acquiescement).

En plus de justifier l'assimilation de l'*opinio juris* à un acquiescement sur la base des travaux de la CDI et des arrêts et avis de la CIJ, Wolfke se plonge dans le processus de création du droit coutumier pour y souligner le rôle tenu par l'acquiescement. Ce sera l'objet de la prochaine section.

2. L'affirmation du rôle incontournable du consentement dans la coutume

La formule de l'acceptation « comme étant le droit » de l'article 38 SCIJ constitue le point de départ de la réflexion. Un travail d'exégèse est nécessaire pour aller au-delà de ces termes. La première étape est d'y voir un avatar du consentement étatique⁴⁶. La seconde est de dessiner les contours de ce consentement : en l'occurrence une « presumed acquiescence »⁴⁷.

Pour arriver à cette conclusion, il convient de (re)vivre le processus de création du droit coutumier de l'intérieur, selon la perspective qu'un État peut en avoir. L'élément de la pratique sert de point de départ à cette reconstruction. Dans un cas d'espèce, la pratique se caractérise comme un acte⁴⁸ d'un État. On scinde l'analyse en deux étapes : celle de(s) l'émissaire(s) de l'acte (action) et celle des autres États (réaction). Les États acteurs peuvent accomplir les mêmes actes ou des actes

⁴⁵ CIJ, arrêt du 12 octobre 1984, *Golfe du Maine*, Rec. 1984, p. 305.

⁴⁶ WOLFKE, pp. 36 et 50.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Même dans l'hypothèse de la pratique « omissive », l'abstention s'inscrit dans un dialogue entre action et réaction. La coutume doit aussi répondre à des exigences de publicité et d'imputabilité, ce qui n'est pas sans évoquer les actes juridiques unilatéraux qui constituent des actes volontaires. ILA, pp. 15 et 17-18 ; CDI, II, pp. 19 et 35.

similaires qui partagent un noyau commun⁴⁹. Subséquemment, les États « spectateurs » qui n'ont pas initialement participé peuvent réagir de plusieurs manières : abstention, tolérance, acceptation, participation, opposition⁵⁰. Prenons ces différentes hypothèses une à une :

- Abstention : en soi il est impossible de savoir pourquoi un État s'abstient. Adhésion comme opposition à la pratique peuvent en être les motivations. Prolongée face aux occasions de réagir, l'abstention mène à une présomption d'acquiescement ;

- Tolérance : l'État fait savoir qu'il ne conteste pas la pratique sans pour autant se prononcer sur sa légalité. L'idée-force est la préservation du statut juridique antérieur à la pratique (*modus vivendi*). En cas de tolérance prolongée, la pratique est réputée acceptée ;

- Acceptation : elle peut avoir lieu au seul niveau subjectif, sans l'accomplissement d'actes physiques. L'État fait savoir qu'il admet la pratique comme correspondant au droit ;

- Participation : l'adhésion se fait par l'accomplissement d'actes similaires ou pareils à ceux des États acteurs ;

- Opposition : elle donne lieu à trois scénarii. L'opposition victorieuse empêche la pratique d'accéder au rang coutumier. L'opposition inaboutie rend la coutume opposable à l'État (ce n'est pas la *presumed acquiescence* qui le permet, mais le fait que la coutume doit être généralement acceptée, et non pas universellement acceptée)⁵¹. L'opposition individuelle ou objection persistante permet à un État de se soustraire à l'application de la coutume à son encontre (cf. *infra* section III.2.c) sur l'objecteur persistant).

De la gamme des réactions énumérées, seule l'opposition n'est pas assimilable à un constat final d'acceptation au sens large. L'acquiescement présumé à la règle sert de concept englobant ces différentes formes d'acceptations. La conviction et le sentiment sont remplacés par l'acquiescement présumé⁵².

À cet ordre de raisons, s'ajoute une explication circonstanciée de la situation de l'État « spectateur » :

⁴⁹ L'exigence d'uniformité, de constance de la coutume n'est pas absolue : ANZILOTTI, p. 76 (faits révélateurs de volontés concordantes) ; ILA, pp. 21-23 ; CDI, II, p. 43.

⁵⁰ THIRLWAY, p. 63 (« acceptance, rejection, toleration »). Nous ajoutons l'abstention et la participation.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 64-65.

⁵² WOLFKE, p. 58 : « The latter subjective element does not consist in any feeling, any conviction of States, but precisely in *presumed acceptance of the practice as expression of law* » [nos italiques] et p. 157 : « The criterion of belonging to customary law consists [...] in the presumption of the will of the subjects to be bound by the rule of law ».

« In international relations, above all, objectively verifiable behavior and attitude to such behavior is decisive. If a State does not react openly against a certain practice, the presumption arises that it acquiesces in that practice and even that it is not opposed to the practice giving rise to a new rule of international law. »⁵³

« The States simply know current international practice and the legal consequences of its toleration. »⁵⁴

Les États ne peuvent pas ignorer les mécanismes du processus coutumier. Acteurs ou spectateurs, ils connaissent les possibles conséquences de leurs actes et de leurs silences⁵⁵. La magie de la coutume opère au travers de l'acquiescement. C'est par son biais que les comportements passifs sont transmutés (voire forcés) en acceptation.

L'acquiescement achève la transformation de la pratique en coutume. Cependant, les deux éléments de la pratique et de l'acceptation au sens large de celle-ci doivent être mis en relation: « The most essential element of [the mechanism of the formation of custom] consists in conduct being expression of certain claims, and the toleration of such conduct (hence claims) by other States »⁵⁶ et « the Court took as a basis the presumption of knowledge of the practice and of the consequences of its acquiescence »⁵⁷.

Le consentement, sous la forme d'un acquiescement, joue un rôle incontournable dans la coutume. Il sert d'interface entre la pratique et la création d'une norme coutumière⁵⁸. En 1964, selon Wolfke: « only practice which is acquiesced in by the States concerned may give rise to customary rules of international law »⁵⁹. Dans le

⁵³ *Ibid.*, p. 54, nos italiques.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 130-131.

⁵⁵ On voit dans l'explication avancée par WOLFKE un « argument de la réflexivité », ou « argument de la conscience ». En participant au phénomène coutumier, les États ont forcément conscience que leurs actions s'inscrivent dans un système juridique qui rattache des conséquences à leurs actes. Cet argument est ensuite intégré par WOLFKE dans l'analyse juridique de la coutume.

⁵⁶ WOLFKE, p. 65.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 124.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 157 : « The criterion of belonging to customary law consists [...] in the presumption of the will of the subjects to be bound by the rule of law ».

⁵⁹ *Ibid.*, p. 169.

cadre de la doctrine des deux éléments, l'*opinio juris* correspond à cette acceptation sous forme d'acquiescement⁶⁰.

III. Sir Michael Wood ou l'approche pragmatique de la doctrine des deux éléments

1. Le consensus actuel sur les deux éléments du processus coutumier

Débuté en 2012, le travail de la CDI au sujet de la « détermination du droit international coutumier » est la dernière étude d'envergure de la coutume en date. Pour cette raison, les rapports de Sir Michael Wood peuvent nous éclairer sur les tendances suivies en matière de coutume.

La formulation de l'article 38 SCIJ est reprise presque telle quelle dans le Projet de conclusion 3 du rapporteur spécial : « Pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier et son contenu, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit »⁶¹. Cette approche, qui correspond au courant dominant⁶², est dite « binaire » : les deux éléments doivent être réunis afin d'établir l'existence d'une règle coutumière.

Les projets de conclusion 10 et 11 traitent plus en détail de l'élément subjectif⁶³. Avec beaucoup d'à-propos, le rapporteur spécial note la diversité avec laquelle l'élément subjectif de l'acceptation a été nommé⁶⁴. Au final, les expressions utilisées s'orientent dans une seule direction : « l'acceptation par les États du fait que leur comportement ou celui des autres est conforme au droit international coutumier »⁶⁵. Pour le rapporteur, l'expression *opinio juris sive necessitatis* s'inscrit aussi dans

⁶⁰ *Ibid.*, p. 166 : « The requirement of acceptance of practice, still frequently defined by writers by means of the term '*opinio juris sive necessitatis*,' increasingly amounts to tacit toleration of the practice ».

⁶¹ CDI, II, p. 15.

⁶² *Ibid.*, pp. 2, 7 et 11. De même : THIRLWAY, p. 57 ; BESSON/AMMANN, p. 16 ; ILA, p. 8 : l'acceptation est remplacée par la création de « legitimate expectations » (ce critère se rattache au principe de la bonne foi).

⁶³ CDI, II, pp. 56 et 70.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 46-51 et 54-55. Par ex. : croyance, sentiment, reconnaissance de la règle, opinion, volonté.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 55.

l'acceptation comme étant le droit⁶⁶. Les critères traditionnels de la coutume sont réaffirmés.

2. Le consentement dans les travaux du rapporteur spécial

a) La nécessaire dimension d'acceptation propre à l'élément subjectif

Comme on vient brièvement de le voir dans la section II, l'acceptation fait partie de l'explication du phénomène coutumier. Quelle place la CDI réserve-t-elle à l'acceptation ? Est-il possible que la pratique se suffise à elle-même ? A quelle nécessité l'acceptation satisfait-elle ? Équivaut-elle à un consentement de l'État ?

Les trois premières interrogations peuvent se placer sous la même bannière : l'acceptation transforme ce qui ne serait qu'un simple usage en droit⁶⁷. De même, l'exigence de la présence effective des deux éléments et de leur vérification indépendamment l'un de l'autre sont maintes fois réaffirmées⁶⁸.

Selon la CDI, l'acceptation a pour caractéristique d'être générale (et non universelle). Si la conduite d'un État ne correspond pas à la coutume, cela ne préjuge pas de l'applicabilité de la coutume à son égard. La preuve de la coutume est indépendante de la participation d'un État spécifique à celle-ci.

Au sujet de la dernière interrogation mentionnée en introduction, la caractérisation de l'*opinio juris* comme étant une « acceptation » permet d'éviter le dilemme *conviction* ou *volonté* de la règle⁶⁹. L'adhésion à la conviction (ou à la croyance) s'attache au courant objectiviste, tandis que la volonté renvoie à Anzilotti et au consensualisme. « Accepter » se présente comme une expression neutre, à la jonction des deux courants, ou en tout cas suffisamment plastique pour englober à la fois un comportement actif de participation volontaire et un acquiescement passif à la règle⁷⁰.

Comme illustré dans la section II.2, les attitudes des États peuvent correspondre à une grande palette de réaction (abstention, tolérance, adhésion, participation). Ainsi entendue, la notion d'acceptation permet la sauvegarde de la condition de l'*opinio*

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 55-56.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 8 et 59. Cela correspond au projet de conclusion 10, §2 (CDI, II, p. 56). Certains parlent de la vérification de l'*opinio non juris* dans le cas de l'usage : ILA, p. 31 et note n° 27 *supra*.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 2, 7, 11, 57, 59 ; CDI, III, pp. 5-6.

⁶⁹ CDI, II, p. 52 : « d'aucuns se sont demandés si l'élément subjectif caractérise effectivement la conviction (ou l'opinion) des États ou davantage leur consentement (ou leur volonté) ».

⁷⁰ MENDELSON, p. 283.

juris en distillant cette condition entre comportements actifs, volontaires, ou, au contraire, passifs et d'abstentions. Cette plasticité de la condition de l'élément subjectif a pour effet de consentir une grande marge d'appréciation aux tribunaux afin d'admettre l'existence d'une coutume⁷¹.

L'acquiescement joue le rôle de concept général pour tous les comportements passifs équivalant à une acceptation⁷².

Les comportements adoptés par les États en réaction à une revendication des États acteurs⁷³ servent de substituts à la recherche d'une conviction – insaisissable attitude mentale de l'État vis-à-vis de la règle coutumière⁷⁴. Utilisée de cette manière, « l'acceptation comme étant le droit » rapporte la conviction du caractère obligatoire de la règle (*opinio juris*) à l'attitude et aux réactions adoptées par les États spectateurs.

b) Le « double-comptage » et la preuve de l'*opinio juris*

L'expression « double-comptage »⁷⁵ désigne l'établissement de la pratique et de l'*opinio juris* grâce à un même matériel (« certaines pratiques peuvent en soi rapporter la preuve de l'*opinio juris* »⁷⁶). Sur le principe, la CDI veut éviter le double-comptage⁷⁷. La liste suivante énumère les éléments qui, selon la CDI, peuvent à la fois constituer de la pratique⁷⁸ et être le support de l'*opinio juris*⁷⁹:

- Actes et correspondances diplomatiques ;
- Jurisprudence interne ;
- Publications officielles ;
- Mémoires internes d'agents de l'État ;

⁷¹ Et donc de se concentrer en priorité sur la recherche de la pratique.

⁷² CDI, II, p. 45 ; CDI, III, pp. 11-12, qui cite la définition de l'acquiescement proposée dans l'affaire du *Golfe du Maine*.

⁷³ Il n'est pas nécessaire de prouver la conviction des États acteurs. ILA, p. 39 : « Obviously, those who initiate the practice do consent to the rule ».

⁷⁴ Il existe cependant des cas où l'*opinio juris* est attestée par des documents, c'est l'exemple des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies.

⁷⁵ BESSON/AMMANN, pp. 142-143 ; ILA, pp. 41 et 61.

⁷⁶ CDI, II, p. 57.

⁷⁷ Cf. note n° 61 (CDI, II, p. 59 : « le même comportement ne devrait pas servir dans un cas à prouver à la fois la pratique et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit »). Le projet de conclusion 11, §4 prenait expressément en compte le double-comptage (CDI, II, p. 74).

⁷⁸ CDI, II, pp. 23-29.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 61-65. L'expression est « déceler la preuve de la pratique », ce qui montre que ces éléments ne sont pas en soi une expression de l'*opinio juris*, mais ils la contiennent.

- Résolutions d'organes d'organisations internationales.

Cet échantillon des recoupements illustre la problématique chronique du double-comptage⁸⁰. Si dans un cas le seul matériel pour établir une coutume est de la jurisprudence interne, celle-ci servira à scruter les deux éléments de la coutume. Double-comptage ne signifie pas pour autant un examen unique de l'élément pour en conclure à la double présence de la pratique et de l'*opinio juris*, l'élément doit subir les deux tests indépendamment⁸¹.

Dans les faits, l'élément subjectif peut se confondre avec la pratique⁸². Bien souvent, c'est simplement parce qu'un État s'est engagé dans une pratique qu'on conclura à sa conviction quant au caractère obligatoire de la règle. Dans le jeu coutumier, l'*opinio juris* passe presque systématiquement en deuxième position.

Comment les divers éléments énumérés par la CDI (jurisprudence, publications, résolutions, etc.) nous renseignent-ils sur l'*opinio juris* ? Soit on y trouve une prise de position explicite en faveur de la nature coutumière de la règle (une conviction ou une croyance de l'État), soit, sur la base des expressions utilisées, on déduit que l'État se considère lié par une coutume. Le texte est un « comportement objectif »⁸³ qui peut refléter l'attitude mentale de l'État.

La ligne suivie par la CDI sur la question est assez pragmatique ; si le double-comptage ne peut pas être évité, sa présence ne sera pas pour autant rédhitoire. Au final, les rapports ne donnent que peu d'indications sur le procédé pour déduire l'*opinio juris*. Ce qui importe, c'est que la pratique *témoigne* de la conviction du caractère obligatoire de la règle⁸⁴.

Un élément n'apparaît pas dans la liste des pratiques et des *opinio juris* figurant dans le deuxième rapport : l'inaction ou l'abstention. Le projet de conclusion mentionne cet élément à deux reprises⁸⁵. En 2017, le projet n'exclut pas l'application du double-comptage à l'inaction. Le rapporteur précise toutefois qu'il s'agit de deux inactions différentes : l'inaction-pratique serait une abstention, et l'inaction-*opinio juris* serait une tolérance ou un acquiescement⁸⁶. Cette distinction n'a pas d'autre conséquence que d'illustrer une fois encore l'examen différencié à conduire pour chacun des deux éléments. L'inaction d'un État spectateur peut constituer à la fois

⁸⁰ BESSON/AMMANN, pp. 142-143 : la pratique suisse en matière de droit coutumier illustre l'utilisation du double-comptage. Les États, même quand ils conduisent une évaluation du processus coutumier, passent comme chat sur braise sur l'*opinio juris*.

⁸¹ ARAJÄRVI, p. 18.

⁸² *Ibid.*, p. 34.

⁸³ CDI, II, p. 56 ; ILA, p. 14.

⁸⁴ CDI, II, p. 55. Le rapporteur cite WOLFKE.

⁸⁵ Conclusions n° 6, §1 et 10, §3. CDI, *Projet*, pp. 2 et 3.

⁸⁶ CDI, III, p. 11.

une pratique⁸⁷ et être le support de son *opinio juris*⁸⁸. Dans cette configuration extrême, le double-comptage signifie identité parfaite entre pratique et *opinio juris*.

c) L'objecteur persistant

La théorie⁸⁹ de l'objecteur persistant permet à un État de ne pas être lié par une coutume s'il s'oppose fermement à celle-ci durant et après sa formation⁹⁰. L'objecteur persistant révèle la nature « consensualiste » de la coutume⁹¹ : si une protestation constante et répétée fait échec à l'opposabilité de la coutume, c'est bien la preuve que celle-ci dépend pour une part de l'assentiment des États .

L'hypothèse de voir dans l'objecteur persistant un vestige du consentement tacite à la coutume doit être exclue : le concept serait une création doctrinale apparue en 1966⁹². Les deux jurisprudences⁹³ servant de point d'ancrage à l'objecteur persistant sont les affaires du *Droit d'asile*⁹⁴ et des *Pêcheries Norvégiennes*⁹⁵. Il est intéressant de voir quelles caractéristiques la coutume présentait dans ces deux cas. Dans *Droit d'asile*, il s'agissait d'une coutume régionale⁹⁶ : « la Partie qui invoque une coutume de cette nature doit prouver qu'elle s'est constituée de telle manière qu'elle est devenue obligatoire pour l'autre Partie »⁹⁷.

La preuve de l'existence de la coutume se transforme en preuve de la participation. La norme est opposable non plus en raison de son seul statut de coutume *générale*, mais en raison de la part concrète que l'État y a pris. Pour De Visscher : « dans l'hypothèse extrême de la coutume bilatérale, la distinction entre conviction juridique et volonté, entre coutume et accord tacite, est proche de la fiction »⁹⁸.

Dans l'affaire des *Pêcheries*, l'existence d'une coutume ne fut pas retenue, mais l'opposition de la Norvège aurait de toute manière exclu l'application de la coutume

⁸⁷ CDI, II, p. 29 ; ILA, pp. 15 et 36.

⁸⁸ CDI, II, p. 69 ; CDI, III, p. 11.

⁸⁹ Une frange de la doctrine considère que l'objecteur persistant ne fait partie du droit positif (CDI, III, p. 88, note n° 214) ou que cette théorie présente un danger (ARAJÄRVI, pp. 26-28).

⁹⁰ Voir le Projet de conclusion 15 (CDI, *Projet*, pp. 4-5) et CDI, III, pp. 67-69.

⁹¹ CDI, III, pp. 65-66 ; KAMTO, pp. 271-272 ; ARAJÄRVI, p. 31 ; BESSON, p. 295. GREEN réfute le lien entre volontarisme et objecteur persistant, pp. 240-250.

⁹² GREEN, p. 23.

⁹³ *Ibid.*, p. 34.

⁹⁴ CIJ, arrêt du 20 novembre 1950, *Droit d'asile*, Rec. 1950, p. 266.

⁹⁵ CIJ, arrêt du 18 décembre 1951, *Affaire des Pêcheries*, Rec. 1951, p. 116.

⁹⁶ CIJ, arrêt du 20 novembre 1950, *Droit d'asile*, Rec. 1950, p. 276.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ DE VISSCHER, p. 75.

à son égard⁹⁹. Les échanges entre les deux États furent globalement décisifs pour conclure à l'impossibilité pour le Royaume-Uni de contester la délimitation maritime de la Norvège¹⁰⁰, l'inopposabilité de la coutume n'était qu'un des facteurs de l'arrêt.

Pour ces deux affaires, la théorie de l'objecteur persistant met en lumière l'importance accordée aux comportements manifestant l'acceptation¹⁰¹ des États .

3. L'élément subjectif, condition auxiliaire de la coutume ?

La question paraît légitime au vu des développements précédents. La réponse immédiate est que la coutume ne peut pas se passer de l'élément subjectif. La CDI affirme la nécessité de – et l'accord sur – l'approche des deux éléments¹⁰². La distinction entre usage et coutume ne peut se faire que grâce à l'*opinio juris*. Ou plutôt grâce à l'*opinio non juris*, car quand sa présence est explicitement recherchée, on débouche sur un constat d'absence de l'élément subjectif¹⁰³.

L'hypothèse d'une « coutume à géométrie variable »¹⁰⁴ dont un des deux éléments suffit à emporter statut de norme coutumière est écartée par la CDI : une pratique abondante nécessite l'acceptation pour devenir de la coutume¹⁰⁵, inversement une *opinio* sans pratique n'accède pas au rang coutumier¹⁰⁶. Le rapporteur admet toutefois qu'un des deux éléments puisse avoir plus d'importance selon les cas¹⁰⁷.

Les tentatives de mise à l'écart de l'*opinio juris* révèlent la difficulté d'en apporter la preuve, un expédient est d'affirmer que la pratique crée une présomption d'*opinio juris*¹⁰⁸.

⁹⁹ CII, arrêt du 18 décembre 1951, *Affaire des Pêcheries*, Rec. 1951, p. 131.

¹⁰⁰ La Norvège n'a jamais acquiescé à la prétention du Royaume-Uni ; MENDELSON, pp. 265-266.

¹⁰¹ Inversement, et comme en matière d'acquiescement, la protestation doit « être réitérée aussi souvent que les circonstances l'exigent » (CDI, III, p. 69).

¹⁰² Cf. *supra* note n° 61.

¹⁰³ ILA, p. 31 ; MENDELSON, p. 272 ; *supra*, note n° 27.

¹⁰⁴ ILA, pp. 40-41.

¹⁰⁵ CDI, II, p. 59.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 57-58. En sens contraire : ILA, p. 40 : « a substantial manifestation of acceptance (consent or belief) by States that a customary rule exists may compensate for a relative lack of practice, and vice versa » et 41 : « But whatever the theory, the result is the same: the more the practice, the less the need for the subjective element ».

¹⁰⁷ CDI, II, pp. 11-14 ; CDI, III, p. 8.

¹⁰⁸ SØRENSEN, pp. 50-51.

L'aspect temporel apporte une nuance supplémentaire, la naissance de la règle est différente de sa perpétuation. La distinction se traduit par une absence du sentiment du caractère obligatoire de la règle lors de la phase de formation : les États initient une pratique qui peut même violer le droit positif, la désirabilité de la règle sous-tend la pratique¹⁰⁹. La *volonté* des États de s'engager dans la pratique est bien présente dès le début, mais la *conviction* du caractère obligatoire en est absente. Par contre, quand une coutume existe, elle a *déjà* acquis un caractère normatif, obligatoire, l'*opinio juris* y est alors problématique¹¹⁰.

Les États qui initient une pratique la veulent en même temps¹¹¹. Les États spectateurs peuvent à leur tour s'engager dans la pratique ou y acquiescer¹¹². Pour ces États, la volonté est bien présente, incorporée et inextricablement liée à la pratique, mais c'est une volonté dirigée vers le comportement adopté, différente d'une *opinio* qui concerne le caractère obligatoire du comportement¹¹³.

La jurisprudence donne des indications sur les conditions à remplir par la pratique : celle-ci doit être uniforme, répétée et générale¹¹⁴. En soi, la satisfaction de ces conditions indique la volonté des États. Un décloisonnement entre pratique et acceptation comme étant le droit¹¹⁵ est permis :

- Uniformité : les États qui s'engagent dans la coutume accomplissent des actes partageant un noyau commun. Par la comparaison des comportements adoptés, on trace le contour de la règle et repère l'attitude réciproque des États (le couple action-réaction) ;
- Répétition : elle s'apprécie par les « occasions de réagir », c'est-à-dire par le nombre d'opportunités d'appliquer la coutume durant un laps de temps¹¹⁶. La répétition atteste d'une ligne de conduite consciente, choisie et suivie par les États ;
- Participation générale : en s'approchant de l'universalité, la pratique s'approche aussi d'une volonté unanime d'être suivie. Les États peuvent participer de différentes manières (cf. section II.2.).

¹⁰⁹ MENDELSON, pp. 279 et 281.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 279 : « We might invoke *opinio juris* as the explanation of why States conform to an established customary rule » et 283.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 264.

¹¹² Par ex. les États acquiescent en se conformant à un devoir : MENDELSON, pp. 265-266.

¹¹³ KAMTO opère cette distinction entre volonté pertinente ou non au regard du droit international : pp. 270-271.

¹¹⁴ CII, arrêt du 20 février 1969, *Plateau continental de la Mer du Nord*, Rec. 1969, pp. 43-44.

¹¹⁵ Deux définitions « d'acceptée comme étant le droit » se côtoient : accepter comme faire un choix (actif), ou accepter comme admettre (passif) : MENDELSON, p. 283.

¹¹⁶ CII, arrêt du 20 février 1969, *Plateau continental de la Mer du Nord*, Rec. 1969, pp. 44-46.

L'analyse de la pratique en ces trois conditions trouble le partage entre élément objectif et subjectif. L'établissement d'une pratique au regard de ces trois critères contient en germe un jugement positif sur l'acceptation comme étant le droit.

Dans les autres sections de cette contribution, l'*opinio juris* a été définie comme acceptation, ou comme forme de consentement. Il est aussi possible de tenir fermement la distinction entre conviction du caractère obligatoire de la règle et consentement. Selon Mendelson: « [consent] is a *sufficient* condition for being bound, it has never been held to be a *necessary* condition »¹¹⁷. Quand une coutume se base principalement sur la pratique, l'*opinio juris* devient un élément secondaire, superfétatoire, le consentement suffit pour créer la coutume. Une explication basée sur la pratique, sans recours à l'*opinio juris*, fonctionne dans la plupart des cas¹¹⁸.

Au terme de cet aperçu, l'*opinio juris* n'est pas un élément accessoire de la coutume. Elle intervient certes dans un faible nombre de cas lors de la phase de création du droit coutumier, accréditant la thèse de la coutume « à géométrie variable ». Par contre, elle constitue un élément essentiel de l'explication de la nature contraignante de la coutume dès lors que celle-ci s'est constituée et se perpétue.

Conclusion

Nous nous sommes intéressés à un seul aspect de la coutume, laissant dans l'ombre des problématiques qui auraient pu approfondir l'explication de l'élément subjectif¹¹⁹. Notre parti pris a été d'exposer les liens entre la pratique et l'*opinio juris* durant la phase de création du droit coutumier, d'abord sous l'angle de la volonté (Anzilotti), puis sous celui du consentement (Wolfke et Wood). Pour citer Mendelson: « It seems fair to say that much of the material is ambiguous enough to allow commentators to find in it whatever their preconceptions lead them to expect »¹²⁰ : en forçant le trait, on peut affirmer qu'il existe autant de manières de concevoir le processus coutumier que de juristes. Cette contribution ne vise en

¹¹⁷ MENDELSON, pp. 260 (italiques dans l'original) et 262.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 285 : « it is unnecessary [...] to establish the presence either of *opinio juris* or of consent, in most cases ».

¹¹⁹ La thématique de l'apparition de l'*opinio juris* avant ou en dépit de la pratique n'a pas été traitée.

¹²⁰ MENDELSON, p. 249.

aucun cas à l'exhaustivité, d'autres approches du lien entre *opinio juris* et pratique sont possibles¹²¹.

L'article 38 SCIJ est le point de départ incontournable de toute réflexion sur la coutume¹²², il postule que la coutume consiste en une pratique accompagnée de l'acceptation de cette pratique. L'enjeu est de voir ce que recouvre au juste « l'acceptation » dans cette formule.

Plutôt qu'être une pure conviction de l'État, l'acceptation sert de pivot entre la pratique – facile à établir – et l'étape du franchissement du seuil normatif. L'élément subjectif de la coutume recouvre tout à la fois la volonté, le consentement et la conviction :

- La volonté : quand un État initie une pratique, il est réputé *vouloir* la coutume qui en découlerait¹²³. Cette volonté est présente pendant la formation de la coutume chez ceux qu'on a désignés comme États acteurs¹²⁴ (cf. *supra* section II.2) ;
- Le consentement : qu'il soit exprès ou tacite, il émane des États spectateurs et est dirigé vers la pratique des États acteurs. On y range une gamme large de comportements qui va de l'absence de protestations à l'accomplissement d'actes similaires à ceux pratiqués par des États acteurs. Ce consentement permet de s'acheminer vers la création de la règle ;
- La conviction (du caractère obligatoire de la règle, ou *opinio juris* au sens strict) : elle est réellement présente et définitivement établie une fois que la coutume existe, elle donne son caractère normatif à la coutume et explique pourquoi une coutume est obligatoire.

De ces trois attitudes mentales des États, seule est pertinente la conviction du caractère obligatoire de la règle au regard du droit international¹²⁵. Néanmoins, force est de constater que la volonté liée à l'accomplissement de la pratique ainsi que le consentement à l'accomplissement de cette pratique débordent sur l'établissement de l'élément subjectif, et donc sur la recherche de la conviction. L'exemple le plus frappant est le double-comptage.

¹²¹ Notamment pour éviter le paradoxe chronologique de la coutume : LEFKOWITZ propose comme solution de distinguer la validité d'une norme coutumière de son processus de création, pp. 202-203.

¹²² BESSON, p. 293.

¹²³ On peut lier ce jugement à la présomption que les États se comportent de bonne foi, et qu'en conséquence la pratique ne viole pas le droit international.

¹²⁴ BESSON, pp. 296-297 : « Generally, "consensus" is actually used in international law to refer to a (non-unanimous) *converging practice*, distinct from (unanimous) agreement (by consent). *It is the case, for instance, in customary international law – at least in the first phase* ». Nos italiques.

¹²⁵ KAMTO, pp. 270-271. La volonté d'agir d'une certaine manière dans le cadre de l'élément objectif (la pratique) n'est pas juridiquement pertinente.

Pour résumer, la coutume est normalement détachée du consentement, elle est dite « objective ». Deux voies peuvent être suivies pour mettre à mal cette assomption :

- Le consentement est incorporé en forme pleine ou amoindrie (acquiescement) à l'élément objectif. Choisir une pratique, c'est en même temps la vouloir. Comme l'établissement d'une coutume se focalise avant tout sur la détermination de la pratique, la volonté rejaillit dans la coutume par ce biais, en particulier pour les États acteurs ;

- L'élément subjectif se déduit des faits, des comportements, de la pratique : il est dans la plupart des cas dans une relation de dépendance envers l'élément objectif. Pour Wolfke, l'acceptation comme étant le droit se fait par un acquiescement des États spectateurs¹²⁶.

Le *consentement* en matière coutumière s'exprime dans deux dimensions¹²⁷ différentes : d'une part il sert de *fondement de l'obligation juridique* pour les États acteurs, et, d'autre part, il permet *l'émergence de la règle coutumière* en assimilant le comportement des États spectateurs à « l'acceptation » de l'article 38 SCIJ¹²⁸ (dans cette deuxième dimension, le consentement sert à satisfaire la condition de l'élément subjectif).

En introduction nous nous proposons de dévoiler l'évolution des diverses conceptions de l'élément subjectif. Sans surprise, notre proposition de conclusion est que le consentement est omniprésent dans le processus de création des normes coutumières. L'acquiescement est la forme privilégiée de ce consentement dans le cadre coutumier.

¹²⁶ WOLFKE, p. 169.

¹²⁷ Pour d'autres dimensions du consentement en droit international public, on pourra consulter les contributions d'Aurélien GALETTO (consentement comme suppression de l'illicite) et de Clément MARQUET (« ampleur » du consentement et adhésion en blanc à un régime juridique) dans le présent ouvrage. Cette pluralité de dimensions suggère que le consentement est difficilement appréhendable en dehors d'un cas d'espèce et qu'il doit être compris et encadré selon le but et les effets recherchés.

¹²⁸ Inspiré de BESSON, p. 292 : l'*opinio juris* est une condition à l'émergence d'une coutume, l'acceptation via le consentement des États acteurs permet ce passage obligé pour la création d'une règle coutumière. Après la création de la règle coutumière, les États spectateurs qui ont consentis par leur comportement peuvent manifester leur désaccord en invoquant des exceptions à – ou en interprétant – la règle coutumière. En ce sens les États spectateurs ont la possibilité de « disagree further » malgré leur consentement initial (*ibid.*).

Bibliographie

- ANZILOTTI Dionisio, *Cours de droit international*, (trad. de l'italien par GIDEL Gilbert), Paris 1929 (cité : ANZILOTTI).
- ARAJÁRVI Noora, « The Requisite Rigour in the Identification of Customary Law », in *International Community Law Review* 2017 (19), pp. 9 ss (cité : ARAJÁRVI).
- BASDEVANT Jules, « Règles générales du droit de la paix », in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 1936/4 (58), pp. 471 ss (cité : BASDEVANT).
- BESSON Samantha, « State Consent and Disagreement in International Law-Making. *Dissolving the Paradox* », in *Leiden Journal of International Law* 2016 (29), pp. 289 ss (cité : BESSON).
- BESSON Samantha / AMMANN Odile, « La pratique suisse relative à la détermination du droit international coutumier », in *Cahiers fribourgeois de droit européen* n° 21, Fribourg 2016 (cité : BESSON/AMMANN).
- BRADLEY Curtis, « Customary International Law Adjudication as Common Law Adjudication », in BRADLEY Curtis (édit.), *Custom's Future*, Cambridge 2016, pp. 34 ss (cité : BRADLEY).
- COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, « Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier », Document A/CN.4/672, in *Annuaire de la Commission du droit international* 2014 (cité : CDI, II).
- COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, « Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier », Document A/CN.4/682, in *Annuaire de la Commission du droit international* 2015 (cité : CDI, III).
- COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, « Projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction », Document A/CN.4/L.872, distribution limitée, 30 mai 2016 (cité : CDI, *Projet*).
- DE VISSCHER Paul, « Cours général de droit international public », in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 1972/2 (136), pp. 1 ss (cité : DE VISSCHER).
- GREEN James, *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford 2016 (cité : GREEN).
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law. Final Report of the Committee* [en ligne]. Disponible sur <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/30>> [consulté le 30 mars 2017] (cité : ILA).
- KAMTO Maurice, « La volonté de l'État en droit international », in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 2004 (310), pp. 9 ss (cité : KAMTO).
- LEFKOWITZ David, « The Sources of International Law: Some Philosophical Reflections », in BESSON Samantha et TASIOLAS John (édit.), *The Philosophy of International Law*, New York 2010, pp. 187 ss (cité : LEFKOWITZ).
- MENDELSON Maurice H., « The Formation of Customary International Law », in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 1998 (272), pp. 155 ss (cité : MENDELSON).

MORELLI Gaetano, « Cours général de droit international public », in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 1956/1 (89), pp. 437 ss (cité : MORELLI).

SØRENSEN Max, « Principes de droit international public » in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 1960/3 (101), pp. 1 ss (cité : SØRENSEN).

THIRLWAY Hugh, *The Sources of International Law*, Oxford 2014 (cité : THIRLWAY).

WEIL Prosper, « Le droit international en quête de son identité », in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 1992/6 (237), pp. 9 ss (cité : WEIL).

WOLFKE Karol, *Custom in Present international Law*, Wrocław 1964 (cité : WOLFKE).