



Chapitre de livre

2004

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Qu'est-ce que la pratique en droit international?

Boisson de Chazournes, Laurence

How to cite

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. Qu'est-ce que la pratique en droit international? In: La pratique et le droit international : Colloque de Genève. Société française pour le droit international (Ed.). Paris : Editions A. Pedone, 2004. p. 13–47.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:36443>

QU'EST-CE QUE LA PRATIQUE EN DROIT INTERNATIONAL ?

par

Laurence BOISSON de CHAZOURNES

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève,
Directrice du Département de droit international public
et organisation internationale

Introduction : La pratique comme élément matriciel du droit international

Qui n'a pas utilisé l'expression « la pratique montre que » ou encore la formule « cette règle bien établie dans la pratique internationale », tout en se disant que si ces expressions sont utiles et faciles à manier pour asseoir un raisonnement juridique, elles sont pourtant énigmatiques, avec un contenu qui peut paraître très incertain. En effet, quel est le sens à donner à la notion de pratique ? Quelle est sa portée en droit international ? Comment l'identifier ? Telles sont quelques-unes des nombreuses questions qui se posent aux praticiens et théoriciens du droit international.

Au cours de l'histoire, la pratique a progressivement gagné une place de premier rang, notamment avec l'essor du positivisme, celui-ci s'appuyant sur le fait étatique pour dire le droit. La doctrine s'est largement édifiée sur cette base. La question toutefois est de savoir ce qu'est la pratique à prendre en compte et si elle est toujours liée de manière intime à la règle. Cela conduit à s'interroger sur les actes qui composent la pratique ainsi que sur les attributs qui permettent de la qualifier.

Le rôle de la pratique dans la formation du droit est important dans tous les domaines du droit, mais ce rôle est tout à fait significatif en droit international public. Cela résulte de la spécificité de l'ordre juridique international, et avant tout de ce que cet ordre ne connaît pas de législateur qui fasse le droit pour la communauté internationale¹. Ce droit est formé en premier lieu par les Etats intéressés et il est appliqué et mis en œuvre par eux. Le processus de formation du droit international est décentralisé, et dans une grande mesure spontané. De ce fait on comprend pourquoi le système du droit international public repose de

¹ Voir W. Goralczyk, « Rapport général », *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées suisses du 20-24 juin 1983, Paris, Economica, 1985, p. 537.

façon matricielle sur la pratique des Etats ainsi que sur celle d'autres sujets et acteurs de droit international.

En outre, le milieu international présente une caractéristique importante à souligner. L'individualisation y est très poussée. La considération de l'intérêt personnel d'un Etat y tient une place infiniment plus importante que celle de l'intérêt de l'individu dans l'ordre interne. Ces différenciations profondes qui procèdent de « l'individualité ethnique et historique propre des nations »² sont également à l'origine de l'importance de la pratique en droit international, comme lien entre ces individualités pour éventuellement tenter de les transcender. Le droit international est ainsi en grande partie le résultat de pratiques juxtaposées et systématisées des Etats membres de la société internationale, ou de pratiques « communautarisées » lorsqu'elles revêtent un certain degré d'uniformité ou d'universalité.

S'agissant de la définition de la pratique, on se référera à celle donnée par le *Dictionnaire de droit international public*. Il y est dit que c'est la « manière habituelle d'agir, de procéder ou de décider d'un Etat ou d'une organisation internationale ; le comportement habituel d'un organe »³. Ainsi, de manière générale, on retiendra que la pratique peut *prima facie* être définie en droit international public comme la conduite des organes des sujets du droit international.

La singularité sémiologique et sémantique que l'on attache souvent à « la pratique » ne doit toutefois pas voiler le « pluralisme juridique » induit par cette notion : Derrière l'arbre de « la » pratique, il y a la forêt « des » pratiques. En effet, d'abord, l'élément *ratione materiae* auquel renvoie la définition de la pratique, à savoir « la conduite », est juridiquement volatile : est-ce une conduite matérialisable dans un « acte juridique » ou dans un « fait juridique », ou encore est-elle objectivable par le biais d'une « situation juridique » ? Est-ce une conduite « expressive », « tacite » ou « silencieuse » ? Est-ce une conduite « active » ou « passive » ? Est-ce une conduite « isolée » ou « constante » ? Est-ce une conduite « unilatérale » ou « multilatérale » ? Est-ce une conduite « autonormatrice » ou « hétéronormatrice » ? Est-ce une conduite « *praeter legem* », « *contra legem* » ou « *extra legem* » ? Ensuite l'expression « relations internationales » est elle-même polycentrique : s'agit-il de relations « interétatiques *per se* » ou de relations entre « Etats et organisations internationales » ou encore de relations « entre organisations internationales *stricto sensu* » ? Ou encore de relations avec d'autres acteurs internationaux ou même de relations entre ces derniers ? S'agit-il de relations « bilatérales », « plurilatérales » ou « multilatérales » ? Enfin la notion d'« organes des sujets du droit international » est intrinsèquement et extrinsèquement épars : est-elle le fait des organes « externes » ou « internes » des sujets de droit international ? Comment va-t-on procéder à l'imputabilité, *in abstracto* ou *in concreto* ? D'autres acteurs peuvent-ils être concernés ?

² C. De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1970, p. 166.

³ *Dictionnaire de droit international public*, sous la direction de Jean Salmon, Bruylant, AUF, Bruxelles, 2001, p. 860.

La pratique est à la fois, un peu et beaucoup de toutes ces caractéristiques. La notion de pratique en droit international public doit être interprétée largement (*in extenso*), et cela tant en considération des sujets et des acteurs⁴, que de leur action, omission ou abstention, des actes physiques ou des actes juridiques accomplis par eux, ou même de leurs simples déclarations ou revendications. La notion englobe tout fait et acte qui exprime un choix de leur auteur de se comporter d'une certaine manière à l'égard d'autres sujets de l'ordre international. On éliminera dans ce contexte les faits involontaires, non inscrits dans un comportement répondant à des considérations normatives⁵.

La pratique se révèle ainsi une notion polymorphe et protéiforme. De par ces traits de caractère, elle est et reste en grande partie une véritable énigme en droit international que l'on tentera de percer. Ce caractère énigmatique de la pratique sera analysé tout d'abord, dans son rapport avec la règle de droit international. Il s'agira précisément d'objectiver la texture, la substance ou encore le substratum de la pratique. Celle-ci repose-t-elle matériellement (c'est-à-dire dans son origine et sa constitution), intrinsèquement (c'est-à-dire dans son contenu) et extrinsèquement (c'est-à-dire dans ses effets juridiques) sur la règle de droit international, qu'elle soit coutumière ou conventionnelle ? « Comment la pratique accède-t-elle à la juridicité » ? C'est l'énigme *ratione materiae* de la pratique (I). Ensuite, les relations de « filiation » de la pratique seront identifiées. Il s'agira de se demander « qui génère la pratique en droit international ». Le constat est celui du caractère diffus des canaux ou des acteurs de production de la pratique internationale, d'où l'énigme *ratione personae* de la pratique (II).

I. L'ÉNIGME « RATIONE MATERIAE » DE LA PRATIQUE

Dans un premier temps, on analysera le rôle et la place de la pratique dans le processus de formation de la coutume, tout en se demandant si la pratique peut s'en détacher. Puis on s'interrogera sur les interfaces de la pratique avec la norme juridique.

A. Autonomie de la pratique par rapport au processus de « formation » de la coutume ?

La pratique joue un rôle véritablement marquant dans la formation du droit coutumier. Elle en constitue l'élément matériel, ce qu'exprime notamment l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice (CIJ). Une question est celle de savoir s'il est adéquat d'analyser la pratique comme un élément constitutif « autonome » de la coutume internationale, ou s'il faut plutôt appréhender la pratique dans sa relation de grande proximité avec l'*opinio juris*. Cette question amène à traiter successivement des habits traditionnels de la pratique ou de la caractérisation de celle-ci et de la relation entre pratique et *opinio juris*. Il faudra également se demander s'il est possible d'envisager la

⁴ Même si on doit prendre en compte les faits et comportements d'acteurs autres que les Etats, il n'en est pas moins certain que c'est la pratique étatique qui compte avant tout.

⁵ De même, des actes et faits accomplis sous le sceau du secret, à la seule connaissance de leur auteur, n'entrent pas dans la définition que l'on retiendra de la pratique.

pratique en dehors d'une logique coutumière. On verra que la pratique est présente, mais qu'elle tend à s'effacer dans sa relation avec l'autre, en l'occurrence l'*opinio juris*, tout en pouvant se démarquer.

1) A propos des habits traditionnels de la pratique en tant qu'élément constitutif de la coutume

Dans le cadre de la formation du droit coutumier, la question principale est celle des conditions qui font que des comportements deviennent pratique internationale ou « pratique générale » au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ. Il est généralement considéré que la répétition de comportements semblables constitue une condition de l'avènement d'une pratique. La jurisprudence internationale traduit ces exigences lorsqu'elle parle de « pratique constante et uniforme »⁶. Tenter de définir ce que ces conditions renferment, c'est pourtant s'aventurer sur un chemin sans beaucoup d'issues.

L'une des caractérisations est celle de la « constance » de la pratique⁷. Cette constance renvoie à l'idée de la répétition de la pratique dans la durée. Toutefois, on admet généralement que le facteur temps ne joue pas en soi de rôle fondamental. En outre, le phénomène de rétrécissement du temps nécessaire à la formation d'une règle coutumière est souvent mis en exergue. Ainsi dans les *affaires du Plateau continental de la mer du Nord*, la CIJ a admis que « le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi, un empêchement à la formulation d'une règle nouvelle de droit international coutumier »⁸. Ceci prend toute son ampleur dans un contexte d'accélération considérable des transformations économiques et sociales, s'ajoutant à celle du progrès scientifique et technique. Le droit se doit de répondre à ces défis sous peine d'accentuer son retard sur les événements⁹. La question est alors de savoir ce qui détermine la pratique « faiseuse de droit » dans ces circonstances.

Une autre caractérisation de la pratique renvoie à son « uniformité » ou à sa « généralité ». Il est évident que l'on ne peut exiger pour la naissance d'une norme coutumière générale, une pratique active, c'est-à-dire l'action de tous les

⁶ *Affaire du Droit de passage en territoire indien (Portugal c. Inde)*, arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 40 ; *Advisory Opinion of the Arbitral Tribunal constituted in virtue of the Compromis signed at Rome on 30 June 1964 by the Governments of the United States of America and of the Italian Republic*, RSA, vol. XVI, p. 100.

⁷ *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt du 20 février 1969, *Opinion dissidente du Juge Lachs*, C.I.J. Recueil 1969, p. 231 : « En somme, la pratique générale des Etats pourrait être reconnue comme un commencement de preuve de ce que la règle est acceptée comme étant le droit. Cette preuve peut naturellement être contestée sur le plan de la pratique elle-même, si celle-ci comporte beaucoup 'd'incertitude et de contradictions' (*Affaire du Droit d'asile*, arrêt, C.I.J. Recueil 1950, p. 277) ».

⁸ *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord*, *op. cit.*, p. 43.

⁹ Voir J. Charpentier, « Tendances de l'élaboration du droit international public coutumier », in : SFDI, *L'élaboration du droit international public*, Paris, Pedone, 1975, p. 109 : « l'apparition quasi-simultanée des mêmes problèmes au sein de la plupart des Etats, qui les oblige à y faire face à bref délai, et la connaissance instantanée que chacun d'eux possède, grâce aux moyens d'information modernes, des décisions adoptées par les autres, qui les force à agir rapidement sous peine d'être présumés y consentir, réduisent considérablement la durée de formation de la coutume ».

Etats. Comme l'a déclaré la CIJ, il suffit d'une participation très large et représentative. Cela ressort de plusieurs de ses arrêts lorsqu'ils recourent à l'expression « généralement adoptée par la pratique des Etats »¹⁰. La pratique générale est donc une pratique active d'un grand nombre d'Etats participant à un domaine donné des relations internationales, tacitement reconnue ou pour le moins tolérée par les autres Etats. Mais des questions restent : comment prend naissance une telle pratique commune des Etats ? Est-elle le résultat de leurs intérêts communs ?¹¹ La jurisprudence ne se contente pas d'une approche numérique. Elle exige en outre, selon la formule de l'arrêt sur le *Plateau continental de la mer du Nord*, que « la pratique des Etats, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme... ». Il semble bien que la pratique des Etats particulièrement intéressés soit une condition nécessaire de la formation d'une règle coutumière, sans aller jusqu'à considérer que la pratique des Etats particulièrement intéressés, fussent-ils même minoritaires, suffirait à engendrer une règle coutumière¹².

La CIJ, dans l'affaire du *Droit de passage en territoire indien*, a souligné le rôle pouvant être joué par la pratique même dans un contexte bilatéral. A propos de la prétention du Portugal à un droit de passage tiré de la « coutume internationale » et des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », la Cour déclara que : « l'affaire remonte à une période et concerne une région où les rapports n'étaient pas régis par des règles formulées avec précision, mais largement commandés par la pratique [...] se trouvant en présence d'une pratique clairement établie entre deux Etats et acceptée comme régissant leurs rapports, la Cour doit attribuer un effet décisif à cette pratique en vue de déterminer leurs droits et obligations spécifiques. *Une telle pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles* »¹³.

Même si les éléments de constance et de généralité font florès dans la jurisprudence depuis la fin des années 1960, son examen montre que l'exigence matérielle (à savoir une pratique dotée de constance et d'uniformité) et

¹⁰ *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni/Norvège)*, arrêt du 18 décembre 1951, C.I.J. Recueil 1951, p. 128. Voir aussi *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, C.I.J. Recueil 1986, pp. 97-98, par. 184 (ci-après dénommée aussi affaire *Nicaragua*) : « La Cour, à laquelle l'article 38 du Statut prescrit entre autres d'appliquer la coutume internationale 'comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit', ne peut ignorer le rôle essentiel d'une pratique générale ». On mettra à part le cas d'une règle coutumière qui ne pourrait lier un Etat qui a manifesté d'une manière constante et non équivoque son refus de l'accepter. Ce refus de l'acceptation, sous forme de protestation par exemple, doit avoir été manifesté alors que la pratique n'avait pas encore abouti à la naissance de la norme coutumière concernée.

¹¹ Par exemple, le respect des immunités des représentants diplomatiques est dans l'intérêt de tous les Etats.

¹² Sur ces aspects, voir J. Barberis, « Réflexions sur la coutume internationale », *AFDI*, 1990, pp. 23-25. Sur l'identification de la pratique des Etats intéressés, un parallèle peut être fait avec l'*Affaire Communautés européennes - Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, Rapport du groupe spécial, 1^{er} décembre 2003, doc. WT/DS246/R, par. 7. 159 : « Le Groupe spécial considère que la pratique générale des pays donneurs de préférences confirme l'interprétation commune et cohérente donnée par les Membres de l'expression 'sans discrimination' ».

¹³ *Affaire du Droit de passage en territoire indien*, *op. cit.*, pp. 43-44 (italiques ajoutés). Voir, sur la question, G. Cohen-Jonathan, « La coutume locale », *AFDI*, 1961, pp. 119-140.

l'exigence temporelle (une pratique d'une durée suffisante) sont interprétées souplement. Les propos de la CIJ dans l'affaire *Nicaragua* en sont une illustration ; elle précisa que : « ...la Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les Etats y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle »¹⁴.

Une dernière caractéristique quelquefois évoquée est celle de la « matérialité » de la pratique. On est là confronté à la définition de l'effectivité, et notamment à la prise en compte du pouvoir des faits ainsi que de leur persévérance. La pratique est-elle intrinsèquement porteuse d'effectivité ? Si l'élément pratique peut être appréhendé par le caractère organique de son auteur, encore faut-il qu'il passe le test de la « matérialité ». La CIJ a insisté, dans l'arrêt sur le *Plateau continental de la Mer du Nord*, sur le fait que pour que l'on parle de coutume, encore faut-il que les actes de la pratique « par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis » expriment une *opinio juris*. Mais cette pratique effective n'est pas toujours aisée à identifier¹⁵. La problématique du décalage, pour ne pas dire du grand écart, entre la pratique des déclarations et la pratique des violations est une donnée de la vie internationale. Peut-on se rassurer en tentant de s'arrimer au contenu de la règle et scruter les contours des possibles exceptions ou justifications pour enfermer la pratique dans un cadre juridique ?¹⁶ Mais que faire lorsqu'il n'est pas possible de dompter juridiquement la pratique ?

Il ressort de ces quelques propos que les habits traditionnels de la pratique dans le contexte du processus de formation de la coutume sont des vêtements à pans multiples qui s'adaptent aux circonstances, y compris celles imposant un rétrécissement drastique de l'habit. La pratique apparaît plurielle dans sa façon d'être, mais comme on va le voir, elle est surtout liée dans son existence à l'intention des auteurs du comportement.

¹⁴ *Affaire Nicaragua, op. cit.*, p. 98, par. 186.

¹⁵ Voir, à ce propos, G. Buzzini, « La théorie des sources face au droit international général. Réflexions sur l'émergence du droit objectif dans l'ordre juridique international », *RGDIP*, 2002, n° 3, pp. 607-608. L'auteur cite l'exemple du droit international humanitaire, dont il apparaît souvent impossible de sonder, de manière impartiale et fiable, le respect sur le champ de bataille. C'est pourquoi la chambre d'appel du TPIY, dans son arrêt rendu le 2 octobre 1995 en l'affaire *Tadic*, a admis l'existence de règles coutumières régissant la conduite des hostilités dans les conflits armés non internationaux – et prévoyant la responsabilité pénale individuelle en cas de violation – en s'appuyant non pas sur les comportements réellement adoptés par les troupes impliquées dans ces conflits, mais sur les déclarations des Etats, leurs manuels militaires et la jurisprudence : TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c/ Dusko Tadic alias « Dule »*, Affaire n° IT-94-1-AR72, *Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, 2 octobre 1995, par. 99.

¹⁶ Voir *Affaire Nicaragua, op. cit.*, p. 98, par. 186.

2) Relation entre pratique et *opinio juris* : Lien indissociable ou autonomie

La pratique est généralement présentée comme l'élément matériel qui constitue la coutume, en association avec l'*opinio juris sive necessitatis*. Ce sont des rapports étroits qui lient ces deux éléments. La pratique constitue le plus souvent la preuve ou, selon les cas, la confirmation de l'*opinio juris*. Il a été dit dans l'affaire *Nicaragua* : « ...dans le domaine du droit international coutumier il ne suffit pas que les parties soient du même avis sur le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle. La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des Etats est confirmée dans la pratique »¹⁷. L'affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord* révèle en filigrane que la pratique est à elle seule insuffisante pour créer une coutume : « Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*. Les Etats 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 [...] 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 »¹⁸.

La frontière relative à la différenciation entre pratique et *opinio juris* est floue et peu étanche. Ces deux éléments ne sont-ils pas consubstantiellement liés ?¹⁹ Les difficultés liées à la distinction, voire la séparation, de la pratique et de l'*opinio juris* sont perceptibles dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*. Selon la Cour, l'*opinio juris* « se prouve par voie d'induction en partant de l'analyse d'une pratique suffisamment étoffée et convaincante »²⁰. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, la Cour parle de « signes d'une pratique dénotant la croyance » en une règle de droit²¹.

Un autre problème est celui de savoir à partir de quand la pratique, grâce à une alliance avec la conviction d'être lié par une obligation juridique, se transforme en règle de droit. Comme l'a écrit le juge Lachs, « postuler que tous les Etats, même ceux qui donnent le départ d'une pratique quelconque, sont convaincus

¹⁷ *Affaire Nicaragua, op. cit.*, p. 98, par. 184.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 44.

¹⁹ Pour une analyse des subtilités de la relation entre pratique et *opinio juris*, voir B. Stern, « La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions », in : *Mélanges offerts à Paul Reuter, Le droit international : Unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 479-499.

²⁰ *Affaire de la Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 12 octobre 1984 (rendu par la Chambre constituée par Ordonnance de la Cour du 20 janvier 1982), C.I.J. Recueil 1984, p. 299, par. 111.*

²¹ *Op. cit.*, p. 108, par. 206.

d'agir en vertu d'une obligation juridique, c'est recourir à la fiction »²². Mais alors à partir de quel moment pourra-t-on affirmer que la pratique passe de l'ordre du factuel à celui du juridique ? Certains sont allés jusqu'à nier la rationalité de la théorie classique des deux éléments en considérant qu'aucun des deux éléments n'avait une « individualité propre »²³. La distinction faite par Luigi Condorelli apporte quelques éclaircissements. A côté d'une identification diachronique, les règles coutumières peuvent également être constatées de manière « synchronique », soulignant de ce fait que la pratique peut précéder la conviction d'être lié, peut l'accompagner dans sa quête de maturité et son épanouissement, et pourrait par ricochet ou *in fine* en découler²⁴. Il est vrai qu'en certains domaines, le lien entre pratique et *opinio juris* tend à évoluer. Selon les termes du Professeur Weil, « au lieu de partir de la pratique que l'on testerait à la pierre de touche de l'*opinio juris*, on tend aujourd'hui à partir de l'*opinio juris*, que l'on confirmera, le cas échéant, par la pratique »²⁵. L'auteur cite à son appui la CIJ dans l'affaire *Nicaragua*, laquelle avait précisé qu'elle « doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des Etats est confirmée par la pratique »²⁶. En certains cas, la pratique ne s'est pas même vue reconnaître un rôle de figurant. Ainsi dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, la CIJ s'est reposée sur « la conviction juridique de l'ensemble des Etats »²⁷ pour asseoir l'existence coutumière d'une norme. Dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour a déclaré que « les prescriptions du droit conventionnel ne font que correspondre à des convictions qui, depuis longtemps, sont bien établies en droit international coutumier »²⁸ s'agissant de la souveraineté de l'Etat sur sa mer territoriale et l'espace aérien au-dessus de celle-ci. Le problème est que si la pratique voit son rôle minimisé dans le processus de formation de la coutume, il y a alors le risque que l'*opinio juris* devienne évanescence, manquant d'appui matériel pour être apparente.

Toutefois, malgré ces tendances, la pratique continue de trouver place dans certains arrêts de la CIJ. Par exemple dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* la Cour a constaté que l'Iran a violé des « règles du droit international général consacrées par une longue pratique »²⁹. De même dans l'affaire du *Plateau continental*, la Cour a déclaré que « la pratique des Etats démontre que l'institution de la zone économique exclusive [...] s'est intégrée au droit coutumier »³⁰.

²² Lachs, opinion dissidente, *Affaires du Plateau continental de la Mer du Nord*, *op. cit.*, pp. 231-232.

²³ P. Haggemacher, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *RGDIP*, vol. 90, 1986, p. 114.

²⁴ L. Condorelli, « Consuetudine internazionale », *Digesto*, 4^e éd., Turin, UTET, 1989, tiré à part, p. 38.

²⁵ P. Weil, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, tome 37, 1992-VI, p. 172.

²⁶ *Op. cit.*, pp. 173-174.

²⁷ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, *op. cit.*, p. 299, par. 111.

²⁸ *Op. cit.*, p. 111, par. 212.

²⁹ *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, *C.I.J. Recueil 1980* (ci-après *Affaire des otages*), *op. cit.*, p. 44.

³⁰ *Affaire du Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt du 3 juin 1985, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 33, par. 34.

Le paradoxe de la pratique ne s'arrête pas à ce qui vient d'être dit. Il est en effet intéressant de remarquer que la pratique peut également constituer un élément autonome qui joue comme référent juridique, sans avoir à passer par les fourches caudines de l'association avec la conviction d'être lié. Ne peut-on déduire cela des propos de la CIJ dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* : « La Cour a examiné avec soin la pratique des Etats [...] Elle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité »³¹.

3) Envisager la pratique en dehors de la « logique coutumière »

Au regard de la souplesse et des interprétations multiples du rôle de la pratique dans la formation du droit coutumier, on est conduit à se demander si la pratique, ou tout du moins une forme de pratique n'a pas sa place en dehors de la logique coutumière. Cette autre approche du rôle et de la place de la pratique tiendrait au fait que la coutume s'accommode mal de la succession trop rapide de manifestations dont le caractère souvent équivoque ou les contradictions ne lui permettent pas de se cristalliser en « pratiques générales acceptées comme étant le droit ». Cela a été exprimé par Charles de Visscher pour lequel « une vie internationale beaucoup plus active que par le passé ne peut s'alimenter au long et lent cheminement de la coutume comme source importante de transformation du droit. Il y est suppléé par le rôle croissant de certaines *effectivités* que l'expérience de ces dernières années a mises en évidence. Il s'agit de domaines nouveaux où l'on discerne la *pesée directe du fait*, de certaines situations de fait sur la formation du droit »³².

Certains pans du droit international tel le droit international de l'environnement « assouplissent » les critères de juridicité de la pratique et font sortir celle-ci du cadre strict de la formation de la règle coutumière. Pourquoi ne pas considérer que la pratique en droit international peut exister de façon autonome ? Celle-ci n'aurait pas besoin de répondre dans ce contexte aux critères de constance et d'uniformité, pour revêtir une certaine valeur juridique ou produire des effets de droit pour un Etat ou des Etats. Ainsi, par exemple, dans le contexte de nombreux instruments relatifs à la protection de l'environnement et de la santé, il est fait référence aux « meilleures pratiques environnementales ». Celles-ci désignent l'application de stratégies et mesures de réglementation environnementale pour prévenir ou corriger une atteinte donnée à l'environnement³³. Ces pratiques environnementales différeront selon les capacités de chaque Etat et peuvent même rapidement évoluer au sein d'un

³¹ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt du 11 avril 2000, C.I.J. Recueil 2002, par. 58.*

³² C. de Visscher, *op. cit.*, p. 174.

³³ Sur les pouvoirs des Conférences des parties dans le cadre des conventions multilatérales sur l'environnement, voir O. Ferrajolo, « Les réunions des Etats parties aux traités relatifs à la protection de l'environnement », *RGDIP*, 2003, n° 1, pp. 73-87.

même Etat, selon les situations. Elles sont dénuées ainsi de toute constance ou uniformité. Elles n'en constituent pas moins une ou des pratiques au sens du droit international de l'environnement. Ce sont des pratiques qui sont prises en compte en dehors de toute référence au processus de formation de la coutume internationale. L'élément juridique n'est pas absent car le développement de ces pratiques s'arrime à des cadres institutionnels ou conventionnels. Ces derniers jouent le rôle de cercles de légalité et de légitimité³⁴. C'est par ces relais que ces pratiques sont prises en compte et que leur juridicité peut être appréciée³⁵. D'autre part, il y a des pratiques dont le respect semble s'inscrire dans une logique avant tout politique. Ainsi les pratiques financières mises en place sous l'impulsion du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI), du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire ou d'autres instances n'ont pas l'ambition première de produire des effets juridiques précis ou de s'ancrer dans une logique coutumière. Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire a été créé par les gouverneurs des banques centrales des pays du Groupe des Dix à la fin de 1974. Il regroupe des banques centrales et des organismes de réglementation et de surveillance bancaires des principaux pays industrialisés dont les représentants se rencontrent à la Banque des règlements internationaux (BRI) pour discuter des enjeux liés à la surveillance prudentielle des activités bancaires. Néanmoins, il établit des normes et des lignes directrices générales et formule des recommandations quant à des pratiques « exemplaires » destinées à être mises en œuvre par tous les Etats membres et les organismes bancaires internationaux. Les pratiques, recommandations et standards sont d'autant plus suivis qu'ils sont accompagnés de mécanismes de contrôle de leur respect, eux aussi d'essence politique³⁶. Une telle situation permet aux pratiques d'avoir leur propre vie en dehors d'un rattachement primaire à une règle de droit international.

Il est intéressant de remarquer que même si de telles pratiques se sont développées dans un souci de pragmatisme, voire d'efficacité, et sont le fruit de

³⁴ L. Boisson de Chazournes, « La mise en œuvre du développement durable », in : *Les Nations Unies et la protection de l'environnement : La promotion d'un développement durable* (sous la direction de S. Maljean-Dubois et R. Mehdì), Paris, Pedone, 1999, pp. 61-77.

³⁵ Un autre exemple de pratiques autonomes est celui des pratiques issues des conventions internationales de l'Organisation mondiale des douanes. Voir, par exemple, *Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers (Convention de Kyoto)*, entrée en vigueur le 25 septembre 1974, version révisée (juin 1999). L'Article 1^{er} de cette convention définit la « pratique recommandée » comme une disposition « [...] reconnue comme constituant un progrès dans la voie de l'harmonisation et de la simplification des régimes douaniers et pratiques douanières et dont l'application la plus large possible est jugée souhaitable ». La Résolution 1483 (2003) relative à l'Irak et adoptée par le Conseil de sécurité le 22 mai 2003 fournit un autre exemple. Le Conseil a décidé « que toutes les ventes à l'exportation de pétrole, de produits pétroliers et de gaz naturel provenant d'Irak effectuées après la date d'adoption de la présente résolution seront mises en conformité avec les pratiques optimales en vigueur sur le marché international », doc. S/Res/1483 (2003), par. 20.

³⁶ Voir B. Simmons, « International efforts against Money Laundering », in : *Commitment and Compliance, The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* (edited by D. Shelton), Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 244-263.

travaux d'experts, elles peuvent venir sur le devant de la scène juridique lors du règlement d'un différend. Se pose alors la question du statut à leur accorder.

En outre, il faut relever que la règle juridique peut tenter d'appréhender ces pratiques, voire de les enserrer dans son jeu. A l'OMC, des disciplines ont été adoptées par le Conseil du commerce des services pour faire en sorte que les pratiques nationales affectant le commerce des services comptables satisfassent aux prescriptions de l'article VI:4 de l'AGCS. De même l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) et l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) érigent les standards issus de certaines organisations de normalisation telles que le *Codex alimentarius* et l'Organisation Internationale de Normalisation (ISO) au rang de « normes, directives ou recommandations internationales pertinentes »³⁷.

B. Autonomie de la pratique par rapport au processus d' « application » de la norme ?

Seront évoqués tour à tour, le problème de la « normativité » de la pratique et les relations que celle-ci entretient avec la norme dans son processus d'application à travers les paradigmes de la consonance et de la dissonance.

1) Le problème de la « normativité » de la pratique

La pratique n'appelle pas toujours une traduction ou une reconnaissance juridique lui permettant d'être juridiquement comprise. Mais quand elle le fait, ce processus de traduction ou de reconnaissance juridique revêt deux dimensions. D'une part, il y a la voie d'accession d'une pratique à la juridicité par voie conventionnelle, coutumière ou par une autre source du droit. D'autre part, il y a celle de l'évaluation du degré de conformité d'une pratique subséquente à une norme juridique. Dans le premier cas on fait face à un processus de « juridicisation » ou de « normativisation » de la pratique alors que, dans le second cas, on est face à un processus d'« acceptation » de la norme. La pratique peut avoir besoin de la norme internationale pour bénéficier d'un « sacre » ou d'une « onction » juridique ; mais, la norme a besoin de la pratique pour garantir ou consolider son effectivité.

L'article 15 du Statut de la CDI exprime bien la dualité de la pratique dans son rapport avec la norme : dualité entre pratique « cristallisée » et pratique « embryonnaire » ou « en gestation ». Le terme *codification* s'applique aux cas où il s'agit de « formuler avec plus de précision et de systématiser les règles du droit international dans des domaines où il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales ». L'expression *développement progressif* concerne les cas où il s'agit de « rédiger des conventions sur des sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international ou relativement auxquels le droit ne s'est pas encore suffisamment développé

³⁷ Voir, par exemple, les articles 3:3 et 3:4 de l'Accord SPS. A propos du problème du statut et de l'opposabilité des normes élaborées par le *Codex Alimentarius* au sein de l'OMC, voir *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, Rapport de l'Organe d'appel, 26 septembre 2002, doc. WT/DS231/AB/R.

dans la pratique des Etats ». Est-ce à dire pour autant que la pratique ne pourrait pas jouer hors-norme³⁸ ?

Il serait irréaliste, ou peut-être utopique, d'attribuer à tout comportement étatique, serait-il même quantitativement important et inclurait-il même les Etats particulièrement intéressés, un caractère potentiellement normatif³⁹. La Cour a elle-même reconnu que : « Il existe nombre d'actes internationaux [...] 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 »⁴⁰. Les relations entre la pratique et la règle internationale sont donc complexes. Il est rare que la pratique des Etats se développe dans un vide juridique. Le plus souvent cette pratique est déployée dans les domaines déjà couverts par des règles du droit international. Elle peut également prendre place dans des interstices qui se font jour. Le Prof. Goralczyk, dans son rapport général lors des travaux de l'Association Henri Capitant sur le rôle de la pratique dans la formation du droit international, a proposé que soient notamment distinguées les situations suivantes⁴¹ : La pratique se développe dans un domaine non réglé par le droit international⁴² ; la pratique se fonde sur le droit existant, et en l'interprétant et en l'appliquant elle le précise, voire le développe⁴³ ; la pratique est contraire au droit existant et peut mener vers sa modification ou son abrogation.

On tentera d'aborder cet essai de typologie au travers de deux paradigmes : celui de la consonance et celui de la dissonance.

2) Règle juridique et pratique : Consonance ?

D'une part, il y a la consonance « interprétative » et « qualificatrice » de la pratique et, d'autre part, la consonance « enrichissante » de la pratique.

³⁸ Le Juge Ammoun a considéré que : « Dans un effort renouvelé de la pensée juridique romano-méditerranéenne brisant la chrysalide du formalisme étriqué qui l'enserrait, le droit international déchire de même, quoique lentement et pièce à pièce, ses cadres traditionnels pour s'ouvrir à la réalité politique et sociale dans une société humaine qui ne connaît plus d'exclusives [...] En se détournant le droit international se condamne à la stérilité face à une société bouillonnante de vie. L'école normative et sa théorie pure du droit, dans la mesure où elles rejettent les éléments moraux, sociaux et politiques, qualifiés de métajuridiques, s'isolent des réalités internationales et des ses institutions progressives : *ubi societas, ibi jus* », *Affaires du Plateau continental de la Mer du Nord*, *op. cit.*, pp. 136-137.

³⁹ En ce sens, P. Weil, *op. cit.*, p. 163. Voir également S. Sur, « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *RGDIP*, vol. 89, 1985, p. 921.

⁴⁰ *Affaires du Plateau continental de la Mer du Nord*, *op. cit.*, p. 44, par. 77. Selon la CIJ dans l'affaire du *Droit d'asile* : « Il existe assurément une pratique selon laquelle l'agent diplomatique accordant l'asile sollicite immédiatement un sauf-conduit sans attendre que l'Etat territorial demande le départ du réfugié [...] mais cette pratique ne signifie pas et ne saurait signifier que l'Etat auquel une telle demande de sauf-conduit est adressée soit juridiquement tenu d'y faire droit » (*op. cit.*, p. 279).

⁴¹ W. Goralczyk, *op. cit.*, pp. 540-541.

⁴² Par exemple, lorsqu'en 1957 l'Union Soviétique et en 1958 les Etats-Unis ont placé les premiers satellites à l'orbite, cette activité représentait une entière nouveauté.

⁴³ Dans ce cas, la pratique s'appuie sur une norme existante, l'interprète l'enrichit et participe ainsi à son développement coutumier. Une pratique de ce genre peut s'appuyer sur une norme conventionnelle.

L'une des fonctions majeures de la pratique est de qualifier ou d'interpréter la règle juridique. En d'autres termes, la pratique peut permettre *ex post* de clarifier le contenu juridique d'une règle floue, rédigée en des termes trop généraux, ou encore d'une règle qui demande à être adaptée à des circonstances nouvelles. Ainsi, l'article 31, paragraphe 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 prévoit que dans l'interprétation d'un traité, il sera tenu compte, en même temps que du contexte, « de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ».

Par leur pratique, les Etats peuvent, lors d'un différend, donner au juge une claire indication sur leur préférence quant à l'interprétation à donner à une norme. Le Professeur Cot explique : « La conduite subséquente des parties devient un élément de preuve solide. Sa supériorité, notamment sur les travaux préparatoires, tient à la clarté de l'indication fournie. La pratique ultérieure des contractants est une manifestation concrète et active de leurs intentions, alors que les travaux préparatoires ne contiennent que des déclarations d'intention, de bonnes résolutions qui peuvent être abandonnées par la suite »⁴⁴. La pratique ultérieure vise donc *a priori* l'ensemble des actes juridiques ou des comportements de fait imputables aux parties à un traité qui, après l'entrée en vigueur de ce traité, font application de ses dispositions, et d'où résulte, à condition qu'ils soient identiques ou convergents, une interprétation collective évolutive, voire la désuétude des dispositions originaires⁴⁵. La pratique ultérieure couvre aussi l'ensemble des actes d'un organe international faisant application du traité constitutif d'une organisation internationale ainsi que les actes de droit dérivé adoptés sur la base de ce traité. La jurisprudence de la CIJ souligne le rôle de la pratique subséquente comme facteur dynamique d'interprétation, voire même comme élément autonome d'interprétation⁴⁶. Sa position a pu varier au cours du temps. D'un côté, la Cour a semblé attribuer à la pratique une valeur statique en lui donnant une valeur interprétative uniquement dans l'hypothèse où elle reflétait les intentions originaires des parties. Tel est le cas dans les affaires du *Détroit de Corfou*⁴⁷, des *Réserves à la Convention pour la prévention et la*

⁴⁴ J.-P. Cot, « La conduite subséquente des parties à un traité », *RGDIP*, 1966, p. 652.

⁴⁵ La conduite subséquente d'une partie peut créer un engagement unilatéral en empêchant la partie dont elle émane d'alléguer la nullité d'un traité ou un motif pour y mettre fin ou pour cesser d'y être partie. Le mécanisme de la forclusion interdit à l'Etat qui s'est prévalu d'un traité d'exiger ensuite la disparition de l'engagement contractuel. La Convention de Vienne sur le droit des traités a confirmé ce point de vue dans son article 45 : « Un Etat ne peut plus invoquer une cause de nullité d'un traité [...] si, après avoir eu connaissance des faits, cet Etat... b) doit, à raison de sa conduite, être considéré comme ayant acquiescé, selon le cas, à la validité du traité ou à son maintien en vigueur ou en application ».

⁴⁶ Voir également l'affaire *Tadic*, dans laquelle le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie a précisé qu'il existe « une interprétation commune, manifestée par la 'pratique ultérieure' des Membres des Nations Unies dans leur ensemble, selon laquelle la 'menace contre la paix' de l'article 39 peut inclure les conflits armés internes », *op. cit.*, par. 30.

⁴⁷ *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni/Albanie)*, arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 25 : « Il ressort de l'attitude ultérieure des parties que leur intention, lorsqu'elles ont conclu le compromis, n'était pas d'empêcher la Cour de fixer le montant de l'indemnité ».

*répression du crime de génocide*⁴⁸ et du *Temple de Preah Vihear*⁴⁹. Dans le même sens, le juge Spender considérait dans son opinion individuelle jointe à l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2 de la Charte)*, qu'il existe un « principe général de droit international » voulant que « la conduite ultérieure des parties à un instrument bilatéral – ou multilatéral – peut donner des indications quant aux intentions dont elles étaient animées au moment de la conclusion dudit instrument et peut donc légitimement fournir un critère d'interprétation »⁵⁰.

D'un autre côté, la Cour semble avoir adopté une approche différente, en particulier eu égard aux traités constitutifs d'organisations internationales, en attribuant à la pratique le statut d'élément autonome d'interprétation. Dans l'avis relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, l'organe donne des indices en ce sens en affirmant que « les droits et devoirs d'une entité telle que l'Organisation doivent dépendre des buts et des fonctions de celle-ci, énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique »⁵¹. Dans la décision rendue par la *Commission du tracé de la frontière Erythrée-Ethiopie*⁵², la Commission arbitrale a accordé une place importante aux comportements postérieurs des parties à la conclusion des traités. Elle observe que « the role of the subsequent practice or conduct has also played a major part in the arguments of both sides. The function of such practice is not, it must be emphasised, relevant exclusively to the interpretation of the Treaties. It is quite possible that practice or conduct may affect the legal relations of the Parties even though it cannot be said to be practice in the application of the Treaty or to

⁴⁸ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, C.I.J. Recueil 1951, pp. 25-26.

⁴⁹ *Affaire du Temple de Preah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), Exceptions préliminaires, arrêt du 26 mai 1961*, C.I.J. Recueil 1961, pp. 33-35. Cette approche de la pratique subséquente se retrouve dans les opinions dissidentes des juges Badawi et Read dans l'affaire du *Droit d'asile* (C.I.J. Recueil 1950, p. 304 et p. 323 et ss.) et du juge Klaestad dans l'affaire de l'*Interhandel* (C.I.J. Recueil 1959, p. 78).

⁵⁰ Opinion individuelle du juge Spender, *Affaire relative à Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2 de la Charte), avis consultatif du 20 juillet 1962*, C.I.J. Recueil 1962, p. 189. Le Juge Lauterpacht a critiqué cette approche dans l'affaire du *Sud-ouest africain*, en estimant dans son opinion dissidente, que : « Une interprétation correcte d'un instrument constitutionnel doit tenir compte non seulement de la lettre formelle de l'instrument original, mais encore de son fonctionnement dans la pratique effective et à la lumière des tendances qui se sont révélées dans la vie de l'Organisation », *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du Sud-ouest africain, avis consultatif du 7 juin 1955*, C.I.J. Recueil 1955, p. 106.

⁵¹ *Affaire de la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (ci-après *Réparation des dommages*), avis consultatif du 11 avril 1949, Opinion individuelle du juge Spender, C.I.J. Recueil 1949, p. 180. De manière encore plus claire, la Cour fait référence à la pratique suivie dans l'application du traité en considérant que « les organes auxquels l'article 4 a confié le jugement de l'Organisation en matière d'admission ont constamment interprété ce texte en ce sens que l'Assemblée générale ne peut décider une admission que sur la base d'une recommandation émanant du Conseil de sécurité », *Affaire de la Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies*, avis consultatif du 3 mars 1950, C.I.J. Recueil 1950, p. 9.

⁵² *Eritrea-Ethiopia Boundary Commission, Decision Regarding Delimitation of the Border between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia*, décision du 13 avril 2002, disponible sur : <http://pca-cpa.org>.

constitute an agreement between them»⁵³. La Commission a considéré la pratique étatique ultérieure à la fois comme un moyen d'interprétation des traités, et comme une source du droit à titre autonome⁵⁴. Elle a précisé que « [...] it is required also to apply those rules of international law applicable generally to the determination of dispute borders including, in particular, the rules relating to the effect of conduct of the parties »⁵⁵. La pratique subséquente peut, en certaines circonstances, revêtir un habit « extrême » pour devenir une « pratique-estoppel » ou une « pratique-acquiescement »⁵⁶. L'effet d'*estoppel* de la pratique a pu être abordé sous divers angles. L'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906* témoigne d'une reconnaissance implicite⁵⁷ de l'effet d'*estoppel* ou d'acquiescement de la pratique, alors que l'affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord* met en relief les strictes conditions liées à cette qualification⁵⁸. Une autre hypothèse est celle où la pratique est appelée à « qualifier » le droit existant. Un exemple intéressant est sans aucun doute celui du sort qui a été réservé à l'Acte Final de la Conférence d'Helsinki⁵⁹. Au début, le gouvernement français l'a qualifié très prudemment de « déclaration d'intention » ou de « programme d'action » ; mais bien vite il apparaît que l'Acte final est une référence précieuse pour condamner le

⁵³ *Ibid.*, par. 3.6 (italiques ajoutés).

⁵⁴ Pour une conception plus étroite de la pratique subséquente, voir *Tribunal Arbitral constitué par la France et l'Organisation des Nations Unies pour l'Education, la Science et la Culture sur la Question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, Sentence du 14 janvier 2003, *RGDIP*, 2003, n° 1, p. 249, par. 74 : « [...] pour qu'il y ait pratique telle que celle visée par le paragraphe 3.c de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il est nécessaire qu'il y ait une concordance indiscutable entre les positions des parties et que ces positions aient été susceptibles d'avoir fixé le sens d'une disposition du traité ».

⁵⁵ La Commission a été ainsi amenée à distinguer trois catégories de comportements des Etats : les cartes, les effectivités (« activity on the ground tending to show the exercise of sovereign authority by the Party engaging in that activity ») et les échanges diplomatiques ou autres documents similaires lorsqu'ils expriment des prétentions de souveraineté ou un acquiescement.

⁵⁶ Sir Ian Sinclair, « Estoppel and Acquiescence », in : *Fifty Years of the International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, 1996, pp. 108-112.

⁵⁷ *Affaire de la Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, arrêt du 18 novembre 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 213 : « [...] Le Nicaragua a, par ses déclarations expresses et par son comportement, reconnu le caractère valable de la sentence et il n'est plus en droit de revenir sur cette reconnaissance pour contester la validité de la sentence ». Voir également, *Affaire du Temple de Préah Vihear*, *op. cit.*, p. 32 : « Même s'il existait un doute sur l'acceptation par le Siam en 1908 de la carte et par conséquent de la frontière qui y est indiquée, la Cour, tenant compte des événements ultérieurs, considérerait que la Thaïlande, en raison de sa conduite, ne saurait aujourd'hui affirmer qu'elle n'a pas accepté la carte. Pendant cinquante ans cet Etat a joui des avantages que la convention de 1904 lui assurait, quand ce ne serait que l'avantage d'une frontière stable [...] La Thaïlande ne peut aujourd'hui, tout en continuant à invoquer les bénéfices du règlement et à en jouir, contester qu'elle ait jamais été partie consentante au règlement ».

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 26 : « [...] la Cour est d'avis que seule l'existence d'une situation d'*estoppel* pourrait étayer pareille thèse : il faudrait que la République fédérale ne puisse plus contester l'applicabilité du régime conventionnel, en raison d'un comportement, de déclarations, etc., qui n'auraient pas seulement attesté d'une manière claire et constante son acceptation de ce régime mais auraient également amené le Danemark ou les Pays-Bas, se fondant sur cette attitude, à modifier leur position à leur détriment ou à subir un préjudice quelconque ».

⁵⁹ Cet exemple est tiré de J. Charpentier, « Rapport français », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*, pp. 573-574.

comportement de certains Etats signataires et dès lors l'analyse de sa valeur juridique devient plus fouillée : « sans être un traité de droit international » sa signature par 35 chefs d'Etats ou de Gouvernements « lui confère une autorité particulière », et de surcroît, « les principes qu'il contient possédaient déjà une valeur juridique contraignante... »⁶⁰. N'en est-il pas ainsi pour beaucoup d'autres déclarations et textes auxquels on ne voulait au départ conférer aucune force juridique ? Cela permet de comprendre en partie pourquoi les Etats portent tant d'attention aux négociations d'accords informels et autres actes du droit non contraignant. Leur pratique pourrait ensuite les conduire sur le terrain juridique, au travers de processus de qualification qui prennent place ultérieurement.

Pour ce qui est de la consonance « enrichissante » de la pratique, elle a trait à l'action normative de la pratique se greffant sur une norme existante et la dépassant. Ici la pratique s'appuie sur « une norme existante, l'interprète, l'enrichit, et participe ainsi à son développement coutumier »⁶¹. Lorsque la norme existante est le produit d'une convention de codification, il y a une dialectique qui entraîne que l'instrument issu de la pratique consolide cette dernière, tout en permettant à de nouvelles pratiques d'émerger. Un exemple concerne le statut des agents diplomatiques⁶². La France respectait rigoureusement les immunités de ces derniers, telles qu'elles avaient été codifiées par la Convention de Vienne du 18 avril 1961. A la suite d'une fusillade déclenchée devant l'ambassade d'Irak à Paris par des membres du personnel diplomatique irakien, au cours de laquelle un policier français fut tué et trois autres personnes blessées, elle s'est contentée d'expulser les agents diplomatiques pris sur le fait ; mais le risque du renouvellement de tels incidents a amené la France à prendre des dispositions tendant à limiter les autorisations de port d'armes dont ceux-ci bénéficiaient jusqu'alors. Sur ce point la Convention de Vienne est muette, posant seulement le principe que les agents diplomatiques « ont le devoir de respecter les lois et règlements de l'Etat accréditaire » (article 41). Les pratiques suivies ont de ce fait contribué à un développement du droit en ce domaine.

3) Règle juridique et pratique : Dissonance ?

Les rapports de la règle juridique avec la pratique doivent être aussi envisagés en termes de dissonance. Remarquons tout d'abord qu'un certain degré de déviance, au moins potentielle, est inhérent à la notion même de « droit ». Qui plus est, la formation d'une règle coutumière ne peut être subordonnée à l'existence d'une pratique universelle ou unanime. La différence qui sépare la loi juridique de la loi physique a été bien mise en lumière par le Professeur Verhoeven : « [...] il est de l'essence de la 'loi' juridique, à la différence par exemple de celle qui veut que la pomme de Newton lui tombe sur la tête, de pouvoir être violée »⁶³.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 574.

⁶¹ *Ibid.*, p. 575.

⁶² Cet exemple est repris de J. Charpentier, *ibid.*, p. 576.

⁶³ J. Verhoeven, « Le droit, le juge et la violence. Les arrêts Nicaragua c. Etats-Unis », *RGDIP*, vol. 91,2, 1987, p. 1204.

La dissonance peut se décliner sur plusieurs tons. Il peut s'agir d'une dissonance « modificatrice » ou « abrogative » de la pratique ou dissonance « *praeter legem* ». Il peut également être question d'une dissonance « illicite » de la pratique ou dissonance « *contra legem* ». Dans la première hypothèse, il faut relever que si le comportement des Etats peut confirmer et préciser le droit existant, il peut *a contrario* modifier ou créer le droit. Le sort réservé à l'article 38 du projet de la CDI sur le droit des traités entre Etats, qui prévoyait qu'« un traité peut être modifié par la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application du traité, lorsque celle-ci établit leur accord pour modifier les dispositions du traité », n'est pas illustratif de la réalité fonctionnelle de la pratique. La Conférence de Vienne sur le droit des traités n'a pas retenu l'article⁶⁴ mais cela ne signifie pas pour autant que la pratique ne puisse modifier les dispositions d'un traité. La Cour permanente de Justice internationale en son temps, dans l'affaire des *Emprunts serbes*, avait envisagé que « si l'on doit tenir compte de la manière d'agir ultérieure des Parties, c'est, non pas pour vérifier quels étaient les termes des contrats d'emprunt, mais bien pour rechercher si les Parties, par leur attitude, ont modifié ou affaibli leurs droits »⁶⁵.

L'exemple de l'article 27 de la Charte des NU relatif au pouvoir de décision au sein du Conseil de sécurité mérite d'être rappelé également. Il prévoit que les résolutions portant sur les questions autres que procédurales doivent être prises par un vote affirmatif de neuf membres, parmi lesquels les voix de tous les membres permanents. La question était de savoir si lorsqu'un membre permanent du Conseil de sécurité s'abstient de voter une résolution, il fallait considérer que celle-ci n'a pas été adoptée puisqu'elle n'avait pas recueilli les voix affirmatives de tous les membres permanents. La pratique est allée dans un autre sens : l'abstention d'un membre permanent n'empêche pas le Conseil de sécurité d'adopter une résolution. Cette situation a été pleinement entérinée dans l'avis consultatif de 1971 relatif au *Sud-ouest africain*. Pour la Cour : « 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, à en juger d'après les décisions de la présidence et les positions prises par les membres du Conseil, en particulier par les membres permanents, 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'Organisation »⁶⁶.

La décision de la *Commission du tracé de la frontière Erythrée-Ethiopie* contient un *dictum* fort remarquable, qui met en relief la complexité du traitement de la pratique modificatrice de la norme juridique pré-existante : « The nature and

⁶⁴ Sur les origines de l'article 38 du projet de la CDI sur le droit des traités et son sort, voir G. Distefano, *L'ordre international entre légalité et effectivité : Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Genève/Paris, IHEI/ Pedone, 2002, pp. 211-219.

⁶⁵ CPIJ, *Affaire des Emprunts Serbes*, 12 juillet 1929, *Série A*, n° 20/21, p. 38.

⁶⁶ *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971 (ci-après Conséquences juridiques)*, p. 22, par. 22.

extent of the conduct effective to produce a variation of the treaty is, of course, a matter of appreciation by the tribunal in each case. The decision of the International Court of Justice in the *Temple [of Preah Vihear]* case is generally pertinent in this connection. There, after identifying conduct by one party which it was reasonable to expect that the other party would expressly have rejected if it had disagreed with it, the Court concluded that the latter was estopped or precluded from challenging the validity and effect of the conduct of the first. This process has been variously described by such terms, amongst others, as estoppel, preclusion, acquiescence or implied or tacit agreement. But in each case the ingredients are the same : an act, course of conduct or omission by or under the authority of one party indicative of its view of the content of the applicable legal rule – whether of treaty or customary origin ; the knowledge, actual or reasonably to be inferred, of the other party, of such conduct or omission ; and a failure by the latter party within a reasonable time to reject, or dissociate itself from, the position taken by the first. Likewise, these concepts apply to the attitude of a party to its own conduct : it cannot subsequently act in a manner inconsistent with the legal position reflected in such conduct »⁶⁷.

La deuxième hypothèse de dissonance concerne les situations dans lesquelles la pratique est en violation avec la règle. La pratique peut être constituée par un comportement habituel d'infraction. La question de l'apartheid est un exemple poignant de cette pratique *contra legem*. L'avis de 1971 sur le *Sud-ouest africain* est édifiant à ce sujet⁶⁸, montrant en filigrane comment cette pratique de discrimination raciale était contraire au droit international.

Ceci étant, le traitement juridique de la pratique illicite n'est pas toujours aisé. Une conduite étatique peut dans certains cas être analysée aussi bien comme la violation d'une règle existante que comme le point de départ ou le maillon d'une pratique susceptible de donner naissance à une règle nouvelle qui la légitimera rétrospectivement. Selon le Professeur Weil, « cette dialectique subtile, qui fait de la violation d'aujourd'hui le germe éventuel de la règle de demain⁶⁹, donne naissance à une situation intermédiaire où la règle antérieure est affaiblie et déjà contestée sans que la règle nouvelle soit déjà affirmée, ce qui soulève un problème de seuil temporel qui ne peut être résolu par la seule photographie d'un

⁶⁷ *Commission du tracé de la frontière Erythrée-Ethiopie*, *op. cit.*, p. 23, par. 3.9. Voir dans le même sens, *Arbitral award in the Dispute concerning certain Boundary Pillars between the Arab Republic of Egypt and the State of Israel*, *International Legal Materials*, vol. 27, 1988, p. 1421, par. 235 : « [...] where the States concerned have, over a period of more than fifty years, identified a marker as a boundary pillar and acted upon that basis, it is no longer open to one of the Parties or to third states to challenge that longheld assumption on the basis of an alleged error. The principle of the stability of boundaries, confirmed by the International Court of Justice [...], requires that boundary markers, long accepted as such by the States concerned, should be respected and not open to challenge indefinitely on the basis of error ». Voir aussi *Affaire de l'Île Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt du 13 décembre 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 1060.

⁶⁸ *Conséquences juridiques*, *op. cit.*, pp. 56-57, par. 128-131.

⁶⁹ La Cour fait expressément mention de cette dialectique dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* : des comportements non conformes à une règle coutumière peuvent, selon le cas, être regardés soit « comme des violations de celle-ci », soit comme des « manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle », *op. cit.*, p. 98, par. 186 ; p. 109, par. 207.

comportement et exige, une fois de plus, une lecture juridique »⁷⁰. La CIJ, dans l'affaire *Nicaragua*, a tenté de relativiser autant que possible la portée de la pratique *contra legem* en déclarant que « si un Etat agit de manière apparemment inconciliable avec une règle reconnue, mais défend sa conduite en invoquant des exceptions ou justifications contenues dans la règle elle-même, il en résulte une confirmation plutôt qu'un affaiblissement de la règle, et cela que l'attitude de cet Etat puisse ou non se justifier en fait sur cette base »⁷¹.

L'affaire relative au *Timor Oriental* fournit une autre illustration du traitement de la pratique illicite et de la difficulté de l'appréhender. L'incorporation du Timor oriental à l'Indonésie avait été reconnue *de facto* par l'Australie en janvier 1978. Le ministre australien des affaires étrangères avait alors déclaré : « Il y a là une réalité dont nous devons prendre notre parti. Aussi le gouvernement a-t-il décidé que, même s'il critique toujours les moyens par lesquels l'intégration a été effectuée, il serait irréaliste de persister à refuser de reconnaître *de facto* que le Timor oriental fait partie de l'Indonésie ». On a là l'exemple d'une pratique illicite qui produit des effets juridiques, en l'espèce une reconnaissance. C'est dans ce contexte que le Portugal a soutenu que l'Australie, en négociant et concluant le traité de 1989 concernant le « Timor Gap » avec l'Indonésie, en commençant à l'exécuter, en prenant des mesures législatives internes pour son application et en poursuivant des négociations avec l'Indonésie, avait agi de manière illicite en ce qu'elle avait porté atteinte au droit du peuple du Timor oriental à disposer de lui-même et à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles ; elle avait également porté atteinte aux droits du Portugal comme puissance administrante et enfreint les Résolutions 384 et 389 du Conseil de sécurité. Ce point démontre que la reconnaissance par un Etat d'une pratique illicite peut le conduire à accomplir d'autres actes constituant à leur tour et par ricochet une pratique illicite. La Cour n'a malheureusement pas élucidé cette question, s'étant déclarée incompétente pour statuer sur les demandes du Portugal en l'absence de consentement de l'Indonésie⁷².

Dans le contexte de ces gammes de dissonances, l'on doit réserver un traitement spécial aux situations dans lesquelles la règle juridique doit être comprise en dehors de la pratique qui lui est afférente. Les concepts de *jus cogens*, de droits intransgressibles et d'obligations *erga omnes* semblent en effet porteurs de la prémisse selon laquelle l'objet de la règle et sa nature imposent son respect en toutes circonstances. C'est la conviction de la communauté internationale dans son ensemble qui l'emporte. La criminalisation progressive du droit international, au travers notamment de la mise en place de la Cour pénale internationale, offre des perspectives intéressantes en ce sens, même si les violations restent encore nombreuses⁷³. En droit international humanitaire, le respect de la clause Martens, énoncée dans la Convention de La Haye de 1899

⁷⁰ P. Weil, *op. cit.*, p. 168.

⁷¹ *Affaire Nicaragua, op. cit.*, p. 98, par. 186.

⁷² *Affaire relative au Timor Oriental, arrêt du 30 juin 1995, C.I.J. Recueil 1995*, pp. 97-98, par. 17-19 et par. 35.

⁷³ L. Condorelli, « La Cour pénale internationale : un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli) », *RGDIP*, 1999, p. 12.

sur les lois et coutumes de la guerre sur terre, et reprise ensuite dans les Conventions de Genève et leurs protocoles additionnels, s'inscrit dans ce même contexte, tentant de déjouer les effets dévastateurs d'une pratique qui ferait primer les intérêts militaires⁷⁴.

II. L'ÉNIGME « *RATIONE PERSONAE* » DE LA PRATIQUE

Après avoir appréhendé la pratique à la lumière de la formation et de l'application du droit, il importe de s'interroger sur les auteurs de la pratique. Les Etats jouent un rôle de tout premier plan ; il importe alors de se demander quels sont les organes et les actes étatiques concepteurs de leur pratique. Les organisations internationales sont également génitrices de pratiques, de même que certaines entités non-étatiques.

A. Le canal originaire de la pratique : les Etats

La pratique des Etats revêt bien sûr une grande importance, en raison de leur qualité à la fois de créateurs et de destinataires du droit international. Son appréhension permet de souligner que les différents visages de l'énigme de la pratique peuvent se recouper. Les rapports de filiation de la pratique se lisent de pair avec une analyse du contenu de celle-ci : ils se déchiffrent à l'aune des actes constitutifs de la pratique internationale. Ainsi, la belle étude du Professeur G. Cahin permet d'appréhender la pratique des Etats au travers de ses manifestations substantielles que sont les « actes matériels » ou « physiques », les « actions concrètes », « ainsi que le vaste ensemble des actes juridiques, c'est-à-dire toute manifestation de volonté faisant l'objet d'une verbalisation »⁷⁵.

Le substratum de la pratique renvoie notamment aux comportements physiques et matériels. Une part d'entre eux ont lieu « sur le terrain »⁷⁶, tel « le tir de canons albanais contre les navires britanniques le 15 mai 1946 »⁷⁷, « l'incursion américaine en Iran »⁷⁸ du 24 mai 1980 pour délivrer le personnel diplomatique retenu en otage à l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran avec l'appui du gouvernement iranien, ou encore les actes constitutifs de la « conduite des Etats-Unis à l'égard du Nicaragua »⁷⁹. Aux côtés de ces comportements matériels sur le terrain, des actes de type « institutionnel »⁸⁰ alimentent la pratique. Ainsi en est-il des pratiques se rapportant aux élections au sein d'organes d'une organisation internationale.

Les supports de la pratique des Etats sont divers. Il peut s'agir de la pratique diplomatique, de l'activité législative, de la pratique administrative, ou encore

⁷⁴ Sur ce point, voir A. Cassese, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 122.

⁷⁵ G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales : L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pedone, 2001, p. 96. Sur les éléments de la pratique, voir aussi J. Charpentier, *op. cit.*, p. 570.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 97. Les exemples cités sont repris de l'étude de G. Cahin, *op. cit.*, pp. 96-98.

⁷⁷ *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni/ Albanie), arrêté du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 27.*

⁷⁸ *Affaire des otages, op. cit.*, p. 43, par. 93.

⁷⁹ *Affaire Nicaragua, op. cit.*, p. 109, par. 208.

⁸⁰ G. Cahin, *op. cit.*, p. 97.

des décisions judiciaires⁸¹. La pratique diplomatique constitue la matrice de la pratique des Etats. Elle renvoie notamment à la correspondance diplomatique entre Etats. Cette correspondance est une source documentaire fondamentale dans le décodage et le décryptage de l'attitude d'un Etat vis-à-vis d'un problème juridique déterminé. Les dénominations sont diverses : notes diplomatiques, signées ou paraphées, notes verbales, aide-mémoire ou, tout simplement, lettres⁸².

Les déclarations politiques faites par un représentant d'un Etat sont un autre instrument-socle de la pratique diplomatique. Il est évident que les intentions, le comportement et la politique des Etats peuvent changer, mais la valeur et le crédit des déclarations faites par les gouvernements seraient sérieusement ébranlés si l'on méconnaissait des actes d'une telle importance ou si l'on considérait qu'ils ne lient pas les gouvernements qui les ont émis. En effet, pour reprendre les termes employés par la Cour dans d'autres circonstances : « On ne saurait interpréter un tel langage que comme l'expression réfléchie d'une conception juridique... »⁸³. La question qui pourrait se poser est celle de savoir s'il faut accorder le même statut aux déclarations orales et aux déclarations écrites dans l'identification de la pratique d'un Etat et dans l'imputation de cette pratique à ce même Etat. Dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, la Cour a déclaré que « pour ce qui est de la forme, il convient de noter que ce n'est pas là un domaine dans lequel le droit international impose des règles strictes ou spéciales. Qu'une déclaration soit verbale ou écrite, cela n'entraîne aucune différence essentielle, car de tels énoncés faits dans des circonstances particulières peuvent constituer des engagements en droit international sans avoir nécessairement à être consignés par écrit. La forme n'est donc pas décisive »⁸⁴. Il en ressort que l'identification de la pratique et son

⁸¹ Il peut arriver que la jurisprudence nationale influence la pratique d'un Etat. C'est le cas des différends qui ont opposé les Etats-Unis à Cuba, issus des nationalisations cubaines décrétées après l'avènement au pouvoir de Fidel Castro ; voir à ce propos l'affaire *Sabbatino* (Cour suprême des Etats-Unis, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 US398, 1964) citée par L. Ferrari-Bravo, « Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats », *RCADI*, 1985, vol. III, tome 192, p. 286).

⁸² *Ibid.*, p. 262.

⁸³ *Affaire des pêcheries norvégiennes*, *op. cit.*, p. 136.

⁸⁴ *Affaire des essais nucléaires*, *op. cit.*, p. 268, par. 45. Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, la Cour avait déjà dit que « [comme] c'est généralement le cas en droit international qui insiste particulièrement sur les intentions des parties, lorsque la loi ne prescrit pas de forme particulière, les parties sont libres de choisir celle qui leur plaît, pourvu que leur intention en ressorte clairement [...] la seule question pertinente est de savoir si la rédaction employée dans une déclaration donnée révèle clairement l'intention... », *op. cit.*, pp. 31-32. Voir aussi : *Affaires du sud-ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, *Exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962*, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 340. Selon la Cour dans son arrêt de 1962, à propos des déclarations du Gouvernement sud-africain relatives au mandat : « Il ne pouvait y avoir de la part du Gouvernement sud-africain de reconnaissance plus claire de la continuation, après la dissolution de la SDN, de ses obligations en vertu du Mandat pour le Sud-ouest africain ». Se référant à la pratique de l'Afrique du Sud, la Cour avait déjà dit en 1950 que « [s]es déclarations constituent la reconnaissance par le Gouvernement de l'Union de la continuation de ses obligations en vertu du Mandat et non une simple indication quant à la conduite future de ce Gouvernement », *Affaire du Statut international du Sud-ouest africain, avis consultatif du 11 juillet 1950*, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 135. La Cour a également

imputation à un Etat peuvent être objectivées aussi bien à travers une déclaration orale qu'une déclaration écrite, même s'il faut reconnaître que cette dernière forme présente plus de sécurité et de prévisibilité juridiques.

Il est à noter que la pratique diplomatique réserve une place grandissante à ce que le Professeur Ferrari Bravo a appelé la « diplomatie par *mass media* »⁸⁵, se référant aux déclarations et entretiens dans la presse, à la radio et à la télévision. On partage la mise en garde de l'auteur lorsqu'il préconise d'appréhender cette forme de diplomatie avec prudence car les déclarations sont parfois faites à destination de certains publics, notamment les opinions publiques nationales, plus qu'à destination d'autres Etats⁸⁶.

Doit-on considérer que la pratique devrait être limitée au comportement actif ou même aux actes physiques et que de simples déclarations ou revendications d'Etats non étayées par des actions concrètes ne peuvent pas être traitées comme une pratique des Etats⁸⁷? Une telle vision privilégierait les Etats qui disposent de moyens d'action sur la scène internationale. Les Etats ne disposant pas de ces moyens ne peuvent souvent manifester leur opinion que par des déclarations et des revendications.

Les actions constitutives de la pratique présentent des formes diverses. Elles peuvent être individuelles ou collectives, unilatérales ou concertées. Parmi les actes concertés, il faut relever les communiqués conjoints et les déclarations conjointes publiés à l'issue d'une rencontre ou d'une conférence internationale⁸⁸. Un autre critère de différenciation des formes actives de pratique permet de distinguer les actes « comportant une initiative juridique » et formalisant une prétention, de ceux qui expriment « une réaction à l'égard de cette initiative »⁸⁹. La délimitation par l'Etat de sa mer territoriale ou de sa zone économique exclusive, ou l'affirmation de sa souveraineté sur un territoire, relèvent de la première catégorie. En revanche, la reconnaissance de ces prétentions, comme

dit en 1950 : « En soumettant la question du futur statut international du Territoire au 'jugement' de l'Assemblée générale en tant qu'organe international compétent, le Gouvernement de l'Union a reconnu la compétence de l'Assemblée générale en la matière », *ibid.*, p. 142. On a donc ici l'exemple d'un comportement « unique » qui a engagé juridiquement un Etat. L'Afrique du Sud n'a pu selon la Cour revenir sur sa conduite initiale.

⁸⁵ L. Ferrari Bravo, *op. cit.*, p. 266.

⁸⁶ Voir sur ce point les affaires des *Essais nucléaires*, *op. cit.*, p. 268 et ss. et p. 473 et ss. L. Ferrari-Bravo considère que les déclarations à la presse dont il est question n'avaient pas de destinataire et, qui plus est, ne semblaient pas en vouloir, *ibid.*, p. 268.

⁸⁷ Sur ces questions, voir Ph. Cahier, « Le comportement des Etats comme source de droits et d'obligations », in : *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Imprimerie de la Tribune de Genève, 1968, pp. 237-265.

⁸⁸ Voir, sur la question, C. Tomuschat, « The concluding documents of world order conferences », in : *Mélanges Skubiszewski*, *op. cit.*, p. 563 et ss. On peut rappeler l'arrêt de la Cour du 19 décembre 1978 dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, *C.I.J. Recueil 1978*, où la Cour arriva à la conclusion qu'un communiqué conjoint émis à Bruxelles à la suite d'entretiens entre les deux Etats n'était pas une preuve suffisante de l'intention des parties de signer un compromis établissant la juridiction de la Cour.

⁸⁹ G. Cahin, *op. cit.*, p. 135. Voir également J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 91.

les protestations ou objections qu'elles provoquent, sont de façon inhérente des conduites réactives⁹⁰.

En dehors – ou en parallèle – de ces formes « explicites » de la pratique, il existe des formes « silencieuses » de la pratique objectivées par l'abstention. En droit interne comme en droit international, l'abstention est susceptible d'exprimer *de jure* et *de facto* la conduite de l'Etat, au même titre que les actions manifestées par un comportement ou une déclaration. Le silence peut avoir différentes significations. Selon la situation et les circonstances, il peut induire une négation, mais aussi une acceptation. La question se pose de savoir si le comportement passif, ou l'abstention, ou la tolérance constituent également des éléments de pratique. La réponse à cette question doit être nuancée. Il faut prendre en considération toutes les circonstances dans lesquelles un Etat s'est comporté de façon passive à l'égard des actes d'autres Etats. Un tel comportement peut bien refléter une attitude prise au travers d'un propos délibéré, mais il peut également résulter de l'absence d'informations suffisantes sur l'action d'autres Etats. Ce n'est que très rarement qu'un comportement passif contribue par lui-même et sans le concours d'autres facteurs à l'avènement d'une pratique créatrice du droit. La CPIJ a implicitement reconnu que l'abstention peut être constitutive de pratique lorsqu'elle a fait observer, dans l'affaire *Lotus*, que « 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 »⁹¹. Une condition toutefois doit être remplie : il faut que l'Etat ait connaissance du comportement de l'Etat qui menace son droit. D'où l'importance d'une notification éventuelle ayant pour effet essentiel d'obliger les Etats intéressés à protester pour ne pas s'exposer à perdre leurs droits⁹².

Une autre façon d'appréhender la pratique de l'Etat est de type organique. La pratique d'un Etat n'est pas exclusivement celle des organes qui par leur vocation sont habilités à agir dans les rapports internationaux. Les arrêts de la CIJ dans les affaires de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*⁹³ et du *Temple de Préah Vihear*⁹⁴ ou encore la sentence du 22 décembre 1963 du Tribunal arbitral entre les Etats-Unis et la France appelé à interpréter un accord aérien entre ces deux Etats⁹⁵, montrent que des droits et obligations peuvent être déduits de comportements des Etats alors que ceux-ci se sont manifestés au moyen d'une série d'actes qui n'émanent pourtant pas d'organes engagés *prima facie* dans la conduite des relations internationales d'un Etat.

⁹⁰ G. Cahin, *op. cit.*, p. 135.

⁹¹ CPIJ, *Affaire du « Lotus »*, 7 septembre 1927, *Série A n° 10*, p. 28.

⁹² J. Bentz, « Le silence comme manifestation de volonté en droit public », *RGDIP*, vol. 67, 1963, p. 73.

⁹³ *Affaire de la Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, *op. cit.*, p. 213.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 32.

⁹⁵ *Interprétation de l'Accord aérien du 27 mars 1946*, Tribunal Arbitral institué par le compromis du 22 janvier 1963, *Sentence arbitrale du 22 décembre 1963*, *RGDIP*, 1965, p. 253. Voir également : *Affaire relative à la Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt du 20 juin 1959, *C.I.J. Recueil 1959*, pp. 227-230 ; *Affaire de l'Île Kasikili/Sedudu*, *op. cit.*, pp. 1075-1076 et 1092-1095.

La pratique émane, le plus souvent, du gouvernement ou de ses services. Elle peut aussi provenir de l'activité des organes législatifs et de celle des tribunaux⁹⁶. C'est une acception large qu'il faut retenir de l'imputation de la pratique à un Etat ; il convient donc de ne pas se limiter à la pratique de certains organes de l'Etat, ainsi que les tenants de la théorie volontariste le voudraient.

Qui plus est, « ces actes peuvent émaner d'autorités subalternes et avoir un caractère sporadique et de faible intensité »⁹⁷. Il est intéressant à cet effet de remarquer que ces caractéristiques d'imputation semblent aller au-delà de celles prévalant en droit de la responsabilité internationale d'un Etat.

Les questions d'imputation de la pratique revêtent une importance certaine dans un contexte d'internationalisation tous azimuts. De très nombreux secteurs de la société sont concernés par les affaires internationales, ce qui pousse inévitablement au décloisonnement de beaucoup de composantes d'un Etat et à leur implication dans la conduite des relations internationales d'un Etat. On fait dès lors face à un foisonnement de pratiques.

Une récente affaire a permis de mettre en éclairage des aspects intéressants relatifs à l'imputation d'une pratique à un Etat et une hiérarchie à opérer. Il s'agit de l'affaire de la *Question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*. Le problème était de savoir si, dans l'application de l'Accord de 1954, il s'était établi une pratique ayant donné lieu à une interprétation tendant à étendre les dispositions de l'article 22 b) de l'accord de siège de 1954 aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France. Les parties au différend étaient divisées sur la nature de la pratique ultérieure qui devait être prise en compte. Pour l'UNESCO, la pratique d'un Etat est constituée par les actes, attitudes et comportements de tous ses organes, notamment l'administration fiscale. La position de la France, à l'opposé, était que la pratique de l'administration fiscale a été tout au plus une forme de tolérance ou de courtoisie et que, s'agissant de la notion de « pratique ultérieure », seules les positions des autorités ayant compétence pour engager l'Etat sont de nature à pouvoir être retenues, lorsque l'on cherche s'il y a eu une interprétation d'un traité par les parties. Le Tribunal Arbitral devait donc rechercher qui sont les auteurs de la pratique susceptible d'être considérée, et partant, s'interroger sur la qualité des auteurs de la pratique pertinente⁹⁸. Pour le Tribunal, le facteur déterminant est l'expression non équivoque de la position de l'Etat. Cette position peut résulter tout aussi bien de déclarations ou de conduites des autorités investies du *treaty making power*, que de déclarations ou de

⁹⁶ Pour d'autres développements, voir K. Zemanek, « What Is 'State practice' and who Makes It ? », in : *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin/Heidelberg/New York, Springer Verlag, 1995, pp. 289-306.

⁹⁷ Ph. Cahier, « Le comportement des Etats comme source de droits et d'obligations », *op. cit.*, p. 245.

⁹⁸ La question qui se posait au Tribunal avait déjà été traitée par la CIJ dans plusieurs décisions et notamment dans les affaires de la *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières*, du *Temple de Préah Vihear*, de l'*Ile Kasikili/Sedudu*, voir *supra* note 95. Dans ces différends, la CIJ a eu à envisager le comportement d'organes autres que ceux qui avaient compétence pour engager l'Etat sur le plan international pour la recherche d'une pratique valant interprétation d'un accord.

conduites des organes administratifs chargés de l'application d'un accord donné. Mais dans l'un et l'autre cas, il est nécessaire que la position de l'Etat contractant soit sans équivoque, surtout quand il s'agit d'un traité entraînant une obligation.

Il se trouve qu'en l'espèce, il existait une nette discordance, d'ailleurs relevée par l'UNESCO elle-même, entre, d'une part, les déclarations des autorités susceptibles d'exprimer la position de l'Etat français et, d'autre part, les attitudes des services fiscaux français. Qui plus est, s'agissant de ces derniers, on ne pouvait pas déduire de leur comportement une position sans équivoque d'où il résulterait que, pour eux, l'article 22 b) de l'Accord de siège de 1954 est applicable aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France. De l'avis du Tribunal, quand il y a divergence entre le comportement de l'administration et celui des autorités susceptibles d'exprimer la position d'un Etat, il faut préférer celui de ces dernières.

On voit ainsi se dégager une sorte de hiérarchie entre ce que l'on pourrait dénommer une « pratique originaire » et une « pratique dérivée ». La première serait celle des autorités habilitées constitutionnellement à engager l'Etat sur le plan international, alors que la seconde proviendrait des organes étatiques chargés de l'application d'un traité international. C'est sans doute là, une indication utile pour discerner, identifier et éventuellement classer les pratiques à prendre en considération à fin d'établissement, d'interprétation voire de modification d'une règle de droit.

B. Le canal dérivé de la pratique : les Organisations internationales

La Cour, dans son avis de 1949 sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avait précisé, dans un *dictum* fort intéressant, que « les droits et devoirs d'une entité telle que l'Organisation doivent dépendre des buts et des fonctions de celle-ci énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés par la pratique... »⁹⁹. La pratique est conçue comme moyen de permettre à une organisation de remplir les objectifs qui lui ont été assignés par son acte constitutif¹⁰⁰. Un rôle de premier plan lui été ainsi reconnu et les organisations internationales n'ont pas été en reste dans son développement. Si la pratique de ces dernières est riche, cela tient en grande partie au caractère novateur du phénomène des organisations internationales dans l'ordre juridique

⁹⁹ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *op. cit.*, p. 180. Un autre exemple est celui de l'arbitrage récent rendu à propos de problèmes de compensation dus au rachat d'actions par la Banque de règlements internationaux. Celui-ci a mis l'accent sur la pratique de l'organisation pour interpréter l'acte constitutif de celle-ci : Arbitration Tribunal established pursuant to Article XV of the Agreement signed at the Hague on 20 January 1930, *Dr. Horst Reineccius, First Eagle Sogen Funds, Inc., Mr. Pierre Mathieu and La Société de concours hippique de La Châtre vs. Bank for International Settlements, Partial Award on the Lawfulness of the Recall of the Privately Held Shares on 8 January 2001 and the Applicable Standards for Valuation of those Shares*, 22 novembre 2002, disponible sur <http://www.pca-cpa.org>.

¹⁰⁰ Voir, sur la question, P. Reuter, « Quelques réflexions sur la notion de 'pratique internationale' spécialement en matière d'organisations internationales », in : *Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milan, A. Giuffrè Editore, 1984, p. 200. Voir aussi, Opinion individuelle du juge Fitzmaurice dans l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies*, *op. cit.*, p. 213.

contemporain, à la fois comme nouveaux sujets de droit international et comme porteuses d'ordres juridiques à construire et consolider.

De manière générale, en tant que sujets de droit international, les organisations internationales contribuent au façonnement du droit international. Cette contribution revêt différents visages, montrant là encore le caractère pluriel de la pratique. Certains seront évoqués plus avant. Ainsi une organisation internationale peut être véhicule de pratique pour ses Etats membres. Elle peut avoir sa propre pratique externe par l'intermédiaire de ses organes politiques et intégrés. Elle peut également développer des pratiques qui lui sont propres dans son ordre interne.

Pour ce qui est de la pratique des Etats membres d'une organisation internationale, il est généralement reconnu que les résolutions des organes des organisations internationales contribuent à la formation des règles internationales. Cela est notamment le cas pour les actes des organes pléniers, et notamment l'Assemblée générale des Nations Unies. Il est à peine besoin d'égrener les noms des grandes résolutions que sont la Résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960, la Résolution 3314 (XXIX) sur la définition de l'agression ou encore les résolutions relatives au nouvel ordre économique international que d'aucuns voulaient voir instaurer, pour saisir leur apport, plus ou moins conséquent selon les cas, dans la formation du droit international coutumier. Les questions qui se posent ont trait aux relations des résolutions avec la pratique et la conviction d'être lié, notamment au fait de savoir si le vote d'une résolution est élément de la pratique ou l'expression d'une conviction juridique en marche¹⁰¹. Il convient également de remarquer que la pratique peut être appréhendée sous un autre éclairage, celui de la pratique subséquente à l'adoption d'une résolution pour révéler ou non l'existence d'une coutume¹⁰².

L'importance de cette pratique doit notamment être appréciée à l'aune du rôle de l'Assemblée générale comme forum d'expression de la communauté internationale en son entier pour forger les règles d'un devenir commun. Celui-ci semble toutefois être devenu marginal, dans l'ombre d'un organe politique restreint dont les résolutions et décisions participent également au développement du droit international, et cela dans des domaines de plus en plus nombreux, que l'on pense à la lutte contre le terrorisme ou au droit international humanitaire. Est-ce là un jeu d'ombre et de lumière qu'un autre regard pourra déjouer ? Ou est-ce là encore un signe de la transformation du rôle de la pratique dans le processus de formation de la coutume ? On fait là face, de nouveau, au problème de la pratique silencieuse, en l'espèce celle des Etats non membres du Conseil de sécurité.

La pratique des organes intégrés d'une organisation internationale, et plus spécifiquement celle des organes administratifs, est intéressante à souligner.

¹⁰¹ Dans son avis de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la CIJ paraît avoir opté pour le second élément, disant que les résolutions « peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio iuris* » ; *C.I.J. Recueil 1996*, pp. 254-255 par. 70.

¹⁰² P. M. Dupuy, *Droit international public*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2000, p. 369.

Parmi ces pratiques, on peut distinguer les pratiques découlant des fonctions du Secrétaire général. Tel est le cas de nombreuses pratiques suivies par cet organe en tant que dépositaire des traités multilatéraux universels et régionaux. Lors de l'avis consultatif relatif aux *Réserves à la Convention sur le génocide*, la Cour avait pris en compte la pratique du Secrétaire général, celui-ci ayant de lui-même limité la portée du principe d'acceptation unanime des réserves appliqué par son prédécesseur à la SDN¹⁰³. Les relations de l'organisation avec son personnel donnent par ailleurs lieu à de nombreuses pratiques administratives¹⁰⁴, dont le Secrétaire général assume la responsabilité, en vertu de son pouvoir hiérarchique exclusif sur l'ensemble des agents¹⁰⁵.

La pratique des organisations internationales doit aussi être appréhendée sous l'angle du développement conjoint de pratiques par les organes politiques et les organes administratifs. Si l'évolution de la pratique des forces de maintien de la paix des Nations Unies repose sur l'action du Conseil de sécurité, elle est également fortement tributaire du Secrétariat des Nations Unies. En effet, en vertu de l'article 98 de la Charte des Nations Unies, ce dernier, prenant appui sur une ou plusieurs résolutions du Conseil de sécurité, a la responsabilité d'organiser la force, puis la direction des activités opérationnelles¹⁰⁶. Dans le domaine de l'application du droit international humanitaire par ces forces, le Secrétaire général a ainsi joué un rôle majeur pour l'épanouissement de ce corps de normes. La circulaire d'août 1999 sur le « Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies » a substantiellement élargi le champ d'application du droit international des conflits armés applicable à celles-ci, en faisant fi de la distinction entre conflits internes et conflits internationaux¹⁰⁷.

Le Secrétariat d'une organisation internationale peut élaborer des pratiques en dehors de toute réglementation ou directive générale d'un organe délibérant. Le Secrétaire général négocie et conclut au nom de l'Organisation tous les accords

¹⁰³ C.I.J. Recueil 1951, p. 15.

¹⁰⁴ La pratique administrative est définie comme la pratique suivie par l'administration dans des matières déterminées. Ainsi en est-il du statut de la fonction publique internationale. Dans l'affaire *Davidian*, le TANU a jugé que « Quant à la demande en annulation de la décision par laquelle la Commission de recours a refusé de recommander le remboursement des frais de voyage du requérant, le Tribunal constate qu'aucune disposition du Statut ou du Règlement du personnel ne prévoit ce remboursement, qu'il n'existait aucun accord liant le défendeur en la matière et qu'aucune pratique administrative n'a été invoquée en ce sens » ; TANU, *Affaire Davidian*, jugement no 75, *Jugements du TANU*, 1958 1962, p. 36.

¹⁰⁵ G. Cahin, *op. cit.*, pp. 62-63. Voir *Demande de réformation du jugement n° 273 du TANU, avis consultatif du 20 juillet 1982*, C.I.J. Recueil 1982, p. 359, par. 68.

¹⁰⁶ Voir *Affaire relative à Certaines dépenses des Nations Unies, op. cit.*, pp. 176-177. Les initiatives du Secrétaire général dans l'affaire du Congo ont fait l'objet « d'examen, de confirmations, d'approbations et de ratifications par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale », G. Cahin, *op. cit.*, p. 72.

¹⁰⁷ Nations Unies, *Circulaire du Secrétaire général sur le « Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies »*, ST/SGB/1999/13, 6 août 1999, disponible sur : <http://www.icrc.org>.

administratifs et de gestion¹⁰⁸. D'autres pratiques relatives au bon fonctionnement de l'organisation peuvent être initiées par le Secrétariat d'une organisation. Elles pourront ensuite être entérinées par les organes politiques compétents. Ces pratiques découlent intrinsèquement de la vie même de l'organisation, en quelque sorte de ses propres nécessités sociales. Elles constituent le nécessaire huilage de la vie institutionnelle et cela à l'instar des pratiques développées au sein des administrations nationales. Elles ont pour but d'assurer une mise en œuvre efficace, voire cohérente du mandat imparti aux organisations concernées.

Faisant état de cette pratique variée, il convient d'observer que l'organisation internationale peut être le lieu de développement de pratiques convergentes mais elle pourrait aussi être le lieu de pratiques contradictoires. Dans des systèmes juridiques en partie a-hiérarchisés, quel est l'organe qui doit avoir le dernier mot ? Y a-t-il un *practice-making power* pour certains organes et non d'autres ?

Dans cette perspective, il est crucial de s'interroger sur les éventuelles limitations constitutionnelles au développement et à la prise en compte de ces pratiques. Une organisation internationale peut développer sa pratique afin de remplir les objectifs qui lui ont été assignés par son acte constitutif. Comme la Cour l'a relevé, s'agissant des Nations Unies, « chaque organe doit donc, tout au moins en premier lieu déterminer sa propre compétence »¹⁰⁹. La Cour a également précisé que « lorsque l'Organisation prend des mesures [...] appropriées à l'accomplissement des buts déclarés des Nations Unies, il est à présumer que cette action ne dépasse pas les pouvoirs de l'Organisation »¹¹⁰.

On saisit alors les enjeux liés à la possibilité d'un contrôle par un organe judiciaire, ce dernier pouvant exprimer quelques réticences à donner son sceau juridique aux évolutions dessinées par la pratique d'un organe au sein d'une organisation. Ainsi en a-t-il été de la Cour des Communautés européennes pour des raisons qui tenaient à sa crainte de voir remis en cause l'équilibre des rapports institutionnels entre les différents organes européens en matière de faculté de conclure des traités¹¹¹. La CIJ n'a pas eu la même attitude et a avalisé certaines pratiques. Tel a par exemple été le cas dans son avis sur la Namibie, lorsqu'elle a considéré que l'abstention d'un Etat membre n'empêchait pas l'adoption d'une décision du Conseil de sécurité.

¹⁰⁸ Voir, notamment, l'Etude du Secrétariat sur la pratique suivie par l'ONU, les Institutions spécialisées et l'AIEA en ce qui concerne leur statut juridique, leurs privilèges et leurs immunités, Doc. A/CN4/L.118 et Add. 1 et 2, ACDI 1967, vol. II, pp. 243-244, citée par G. Cahin, *op. cit.*, p. 64.

¹⁰⁹ *Affaires du sud-ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, *Exceptions préliminaires*, *op. cit.*, p. 168.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 168.

¹¹¹ Voir CJCE, affaire C-327/91 (France c. Commission). La Cour a dit que « une simple pratique ne peut prévaloir sur les normes du traité », *Recueil* 1994, p. I-03641, par. 36. Il est intéressant de remarquer que dans le cadre du second pilier de l'Union européenne relatif à la politique étrangère et à la sécurité commune, la pratique des organes, et notamment du Conseil, semble trouver cours plus librement en matière de conclusion de traités. Cela pourrait être en partie lié au fait que pour l'heure il n'y a pas de contrôle judiciaire pouvant être exercé dans ce domaine.

C. Les canaux *sui generis* de la pratique

L'accent sera mis sur les deux canaux principaux que sont le juge international et les acteurs non étatiques.

1) Le juge international : juge inspiré par la pratique et juge qui inspire la pratique

Le juge international inspire la pratique et est inspiré par la pratique. Les décisions et avis des juridictions internationales contribuent de manière significative au développement de la pratique internationale. Ainsi, chacune des instances de règlement des différends développe sa propre pratique notamment en s'appuyant, dans le cadre d'une affaire, sur des décisions antérieures. Les arrêts et avis de la CPIJ et de la CIJ sont riches de ces références. La pratique telle qu'objectivée est-elle celle des sujets concernés ou celle de la Cour ? Là encore il y a un visage pluriel de la pratique puisqu'il semble bien qu'elle soit un peu des deux.

Face à la diversité des pratiques des sujets et acteurs de l'ordre juridique international, et à l'incertitude qui prévaut eu égard au statut juridique de nombre de celles-ci, le juge peut apporter sa contribution dans la clarification de leur contenu et de leur portée. Toutefois, il y a le risque de pratiques différentes et d'appréhension diverse des pratiques des sujets concernés en fonction des instances saisies, qu'elles soient internationales, internes ou internationalisées. On le sait, la prolifération des mécanismes de règlement des différends suscite une émulation, sinon une concurrence entre les diverses institutions. Un des moyens de résorption de ces problèmes repose sur la technique des références croisées : des instances de règlement des différends citent et s'appuient sur la pratique d'autres instances. Les rapports de l'Organe d'appel de l'OMC sont révélateurs de cette situation¹¹². Certaines juridictions, et notamment la CIJ, se gardent il est vrai de ce penchant. Se dégagent, par conséquent, ce que l'on pourrait dénommer d'un côté, des pratiques « circulaires » permettant des références et consolidations croisées, et de l'autre, des pratiques par sédimentation progressive au sein d'une seule juridiction.

Les juridictions peuvent aussi développer leur propre pratique¹¹³, notamment pour garantir l'intégrité et le bon déroulement de la fonction judiciaire. Dans ce

¹¹² L'Organe d'appel de l'OMC a refusé de se prononcer sur le statut du principe de précaution en faisant référence notamment à la pratique de la CIJ en la matière. Voir *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, rapport du 16 janvier 1998, Doc. WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, par. 123, note 93. Selon l'Organe d'appel : « Dans l'*Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, la Cour internationale de Justice a reconnu que dans le domaine de la protection de l'environnement de nouvelles normes avaient été mises au point et qu'elles avaient été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies, et qu'il fallait prendre dûment en considération ces nouvelles normes. Toutefois, nous notons que la Cour n'a pas mentionné le principe de précaution parmi ces normes récemment apparues. Elle n'a pas non plus déclaré que ce principe pouvait l'emporter sur les obligations du traité entre la Tchécoslovaquie et la Hongrie du 16 septembre 1977 relatif à la construction et au fonctionnement du système d'écluses de Gabčíkovo-Nagymaros ».

¹¹³ Sur la pratique des énoncés des affaires de la CIJ, voir M. Kamto, « L'intitulé d'une affaire devant la CIJ », *Revue Belge de droit international*, 2001, n° 1, pp. 6-22.

contexte, la CIJ a rappelé : « C'est à la Cour elle-même et non aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour »¹¹⁴. Les pratiques adoptées par la Cour internationale et relatives à la nomination des juges *ad hoc* et au choix des conseils s'inscrivent dans ce contexte¹¹⁵.

La répartition des coûts liés à un différend illustre la possible formulation *ab initio* de pratiques par le juge international. Lors de son opinion dissidente jointe à une affaire rendue au titre du Chapitre 11 de l'ALENA, l'affaire *S.D. Myers, Inc. and Government of Canada*, un des arbitres a mis en relief ce point : « actual practice varies widely. With respect to international commercial arbitrations in general, there appears to be no uniform practice »¹¹⁶. Un autre cas montre l'importance de la pratique des juridictions dans la répartition des coûts d'un différend. Il s'agit de l'affaire *Mondev International Ltd. and United States of America* : « NAFTA tribunals have not yet established a uniform practice in respect of the award of costs and expenses [...] An appreciation of these matters can fairly be taken into account in exercising the Tribunal's discretion in terms of costs and expenses »¹¹⁷.

Cette formulation de pratiques par le juge international s'illustre avec force dans le champ des *amici curiae*¹¹⁸. L'*amicus curiae* renvoie à la question de la participation d'acteurs non étatiques au processus de règlement des différends. De nombreuses juridictions internationales ont été confrontées à cette question. Certaines bénéficiaient de dispositions statutaires relatives à ce problème et ont pu développer une pratique en prenant appui sur celles-ci, tels la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour inter-américaine des droits de l'homme et les tribunaux pénaux internationaux. D'autres ont développé des pratiques en dehors d'un cadre statutaire explicite. C'est le cas notamment de l'Organe de règlement des différends de l'OMC¹¹⁹ et des tribunaux arbitraux statuant sur des différends opposant investisseurs et Etats¹²⁰.

¹¹⁴ *Affaire du Cameroun Septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), Exceptions préliminaires, arrêt du 2 décembre 1963, C.I.J. Recueil 1963, p. 29.*

¹¹⁵ Voir la Résolution visant la pratique interne de la Cour en matière judiciaire, adoptée le 12 avril 1976, disponible sur : <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdocumentbase> ; voir aussi les Instructions de procédure de la CIJ, disponibles sur le même site électronique.

¹¹⁶ NAFTA Arbitration under the UNCITRAL arbitration Rules, *Affaire S.D. Myers, Inc. and Government of Canada*, Dissenting opinion of Professor Bryan P. Schwartz (concerning the apportionment of costs between the Disputing Parties), 30th December 2002, par. 6, disponible sur : <http://www.appletonlaw.com/cases>.

¹¹⁷ *Mondev International Ltd. And United States of America, ICSID ARB (AF)/99/2*, par. 159, disponible sur : <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>

¹¹⁸ D. Shelton, « The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings », *American Journal of International Law*, 1994, pp. 638 et ss.

¹¹⁹ L. Boisson de Chazournes, M. M. Mbengue, « L'*amicus curiae* devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC », in : *Droit l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement* (sous la direction de S. Maljean-Dubois), CERIC, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 400-443.

¹²⁰ Ainsi, dans le cadre de l'ALENA, un récent arbitrage rendu dans l'affaire *Methanex Corporation v. United States* a accueilli des mémoires d'*amicus curiae*, en se fondant en partie sur l'acceptation d'interventions désintéressées dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC (voir *Decision on Petitions from Third Persons to Intervene as « Amici Curiae »*, 15 janvier 2001, disponible sur : <http://www.naftalaw.org/methanex/Methanex-Amicus.Decision.pdf>). Voir également

Dans un tout autre registre, la technique de l'interprétation évolutive met en relief le rôle du juge en tant que promoteur ou émulateur de la pratique internationale. Dans l'affaire du projet *Gabcikovo Nagymaros*, la CIJ, en reconnaissant le caractère vivant et non figé d'un traité international et la nécessité de l'interpréter dans une perspective évolutive, exhortait *de facto* les Etats parties au traité de 1977 à adopter des pratiques plus respectueuses de l'environnement et adaptées aux nouvelles normes et techniques du droit international de l'environnement. Dans le cadre du rapport dans l'affaire *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de crevettes et de produits à base de crevettes*, l'Organe d'appel de l'OMC a également confirmé la nécessité d'une lecture évolutive des Accords de l'OMC. Ainsi, il a mis en lumière l'obligation pour les Etats membres de l'OMC d'interpréter leurs obligations au titre des Accords de l'OMC dans une dynamique de respect des nouvelles exigences et préoccupations en matière de protection de l'environnement et de la santé. Les pratiques des Etats membres de l'OMC dans leurs échanges commerciaux doivent par conséquent prendre en compte les préoccupations environnementales et sanitaires. D'où une extension du champ d'application de l'Article XX g) du GATT de 1994, et notamment de la notion de « ressources naturelles épuisables »¹²¹.

2) La contribution des acteurs non étatiques à la pratique internationale

D'autres acteurs de la société internationale, qu'on leur reconnaisse ou non les attributs d'une subjectivité internationale, participent à la pratique internationale¹²². Si les principaux auteurs de la pratique sont les sujets de droit international ayant qualité pour accomplir des actes produisant des effets de droit dans l'ordre international, on ne doit toutefois pas sous-estimer l'apport d'acteurs non étatiques au façonnement de la pratique internationale.

P. Dumberry, « The Admissibility of *Amicus Curiae* Briefs by NGOs in Investors-States Arbitration : The Precedent set by the *Methanex* Case in the context of NAFTA Chapter 11 Proceedings », *Non-State Actors and International Law*, vol. 1, n° 3, 2001, pp. 201-214 ; B. Stern, « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur », *Revue de l'Arbitrage*, 2002, n° 2, pp. 329-345.

¹²¹ L. Boisson de Chazournes, M.M. Mbengue, « Le rôle des organes de différend de l'OMC dans le développement du droit : à propos des OGM », in : *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés* (sous la direction de J. Bourrinet et S. Maljean-Dubois), Paris, CERIC, La documentation Française, 2002, pp. 177-212.

¹²² Le juge Ammoun, dans son opinion individuelle jointe à l'Avis de 1971 sur le *Sud-ouest africain*, ouvre des perspectives larges en ce domaine quand il met en exergue le rôle que la pratique des acteurs non étatiques (peuples et populations autochtones) peut jouer dans l'éclosion de normes du droit international. Il s'est demandé notamment si certains actes internationaux ou universels auraient vu le jour sans une lutte héroïque des peuples aspirant du plus profond d'eux-mêmes à la liberté et à l'indépendance. Selon le Juge Ammoun : « *S'il est une 'pratique générale' pouvant, de façon incontestable, créer le droit aux termes de l'article 38, paragraphe 1 b), du Statut de la Cour, c'est bien celle que constitue l'action consciente des peuples eux-mêmes luttant avec détermination. Sans ces peuples, principalement d'Asie et d'Afrique, qui ont afflué, depuis la deuxième guerre mondiale, dans l'ONU aurait-on enregistré ce nombre imposant de déclarations et de résolutions qui ont traduit dans le droit et imposé aux rapports internationaux renoués les grands principes qu'ils avaient contribué à consacrer ?* », *op. cit.*, p. 74.

Les travaux des comités d'experts dont l'établissement n'est pas le fruit d'une décision interétatique sont évocateurs de la génération de pratiques par des acteurs non étatiques. Ainsi en est-il des travaux de l'Organisation internationale de normalisation (ISO), d'associations professionnelles et scientifiques comme l'Association médicale mondiale et le Comité international des organisations des sciences médicales¹²³, ou encore d'organisations à but philanthropique qui prennent des positions et adoptent des textes. L'identité des acteurs, l'objet des actes et comportements, leur incidence dans la vie internationale sont autant de critères qui permettent d'appréhender la portée des pratiques en question dans l'ordre international et d'asseoir leur légitimité.

Le contexte de la mondialisation fait une large place aux opérateurs économiques et à leur initiative dans le développement d'usages et de pratiques. Le processus de globalisation conduit en effet à l'apparition d'un « droit global », qui prend la forme de relations juridiques dont le traitement dépasse le cadre national et qui est conçu et appliqué largement en dehors de la logique classique des traités. Ce droit est notamment formé d'usages du commerce international connus sous le nom de *lex mercatoria*. En font également partie les principes dégagés par les instances arbitrales. Son autonomie par rapport aux modes classiques de formation des règles internationales ne fait pas de doute, même si un processus d'uniformisation de ces usages peut avoir cours dans le cadre de certaines organisations, telle UNIDROIT¹²⁴. En matière de droit du commerce international et notamment dans le domaine des investissements, les comportements des sociétés privées contribuent à forger certaines règles. Les enceintes de règlement des différends peuvent consacrer leur application. Ainsi, dans l'affaire *Aminoil*, le tribunal arbitral a-t-il pris en compte le comportement des entreprises pétrolières¹²⁵ pour tenter d'identifier les règles applicables en matière d'indemnisation en cas de nationalisation. D'autres pratiques commerciales sont créatrices de droit, telles la pratique contractuelle des entreprises et celle du recours à l'arbitrage. Ces pratiques ont progressivement été entérinées par le biais de législations nationales favorables à l'arbitrage commercial international¹²⁶.

De même, dans la sphère de la régulation d'Internet, les comportements d'acteurs non-étatiques façonnent la pratique internationale en ce domaine. La notion de *lex electronica* couvre les différents canaux et relais normatifs encadrant les relations des participants à la communication électronique. Dans le cyberspace, les règles de conduite sont issues de diverses instances jouissant d'une reconnaissance d'une grande partie de la communauté des usagers et des

¹²³ Pour une analyse de leur rôle dans le domaine de la bioéthique, voir L. Boisson de Chazournes, S. Maljean-Dubois, « Normes 'parajuridiques', système concurrent ou complémentaire. Le rôle des ONG internationales et de la *soft law* », in : *Normativité et biomédecine* (sous la direction de Brigitte Feuillet-Le Mintier), Paris, Economica, 2003, pp. 213-223.

¹²⁴ Voir J. Chevallier, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in : *Le droit saisi par la mondialisation* (sous la direction de Ch.-A. Morand), Bruxelles, Bruylant / Helbing & Lichtenhahn, 2001, pp. 44-48.

¹²⁵ Pour le texte de la sentence, voir *JDI*, 1982, pp. 903-904.

¹²⁶ Voir *L'influence internationale du droit français*, Conseil d'Etat, 2001, Paris, La Documentation française, p. 44.

acteurs. Les communautés et autres groupes d'acteurs forgent certains comportements « qui, en raison de leur caractère répété et réitéré, parviennent à constituer des guides normatifs assortis d'un degré de contrainte pratiquement aussi considérable que celui associé aux règles de droit »¹²⁷.

Il existe un ensemble d'organismes de normalisation spécifiques à Internet. Ainsi l'Internet Society (ISOC) est une organisation non gouvernementale chargée d'assurer la coopération et la coordination internationales entourant la technologie et les programmes d'Internet. Elle est composée d'entreprises, d'organisations gouvernementales et de fondations qui ont créé l'Internet et les technologies qui y sont afférentes. Même si cette organisation n'a pas pour vocation d'élaborer des réglementations, elle n'en a pas moins, par l'intermédiaire de son Président, publié des lignes directrices relatives à la conduite sur l'Internet et l'utilisation du réseau. Dans les faits, les différentes entités exerçant un certain degré de contrôle sur les espaces électroniques ont développé leurs propres règles d'adhésion, de fonctionnement et de règlement des différends¹²⁸.

Les ONG peuvent également rencontrer des succès dans le champ de la pratique conventionnelle. Ainsi en est-il de leur initiatives pour convaincre les Etats d'adopter des traités internationaux, telle la Convention d'Ottawa sur l'élimination des mines antipersonnelles. L'échec des négociations sur l'Accord multilatéral sur les investissements (AMI) porte leur marque. De même, les ONG pèsent d'un poids certain sur l'avenir des négociations de Doha¹²⁹. Le développement des communications internationales, grâce notamment à l'utilisation de l'Internet, donne aux ONG la capacité d'agir efficacement au niveau mondial, d'exercer des pressions sur les Etats, qui ne peuvent pas se désintéresser de l'image qu'ils présentent au monde¹³⁰.

Le rôle des ONG dans la mise en œuvre des traités internationaux, tout particulièrement en matière de droits de l'homme, est lui aussi significatif. Par leur action, les ONG peuvent infléchir l'application et l'interprétation des normes internationales¹³¹. L'évolution qu'a connue le principe de non-intervention à la lumière des exigences de respect des droits de l'homme, notamment avec l'invocation d'un principe d'ingérence humanitaire, est en partie due à l'action menée par les ONG sur le terrain politique, diplomatique et opérationnel.

Remarquons en dernier lieu qu'en certains domaines, la pratique normative d'ONG peut presque entièrement tenir lieu de pratique internationale. Il a pu être

¹²⁷ P. Trudel, « La Lex Electronica », in : *Le droit saisi par la mondialisation*, op. cit., p. 236.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 257.

¹²⁹ L. Boisson de Chazournes, M.M. Mbengue, « La Déclaration de Doha de la Conférence Ministérielle de l'Organisation mondiale du commerce et sa portée dans les relations commerce/environnement », *RGDIP*, 2002, n° 4, pp. 855-892.

¹³⁰ C.-A. Morand, « La Souveraineté, un concept dépassé à l'heure de la mondialisation ? », in : *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité, Liber Amicorum Abi-Saab* (édité par L. Boisson de Chazournes et V. Gowlland-Debbas), La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 171.

¹³¹ C.-A. Morand, *Ibid.*

observé à propos du droit de la bioéthique que le « droit subit ici la concurrence d'autres systèmes normatifs émanant, non des pouvoirs publics, mais de la communauté scientifique et médicale »¹³². Certaines déclarations de l'Association médicale mondiale ont été reprises par des résolutions de l'OMS et de l'UNESCO. En outre, des lois nationales et des juridictions nationales ont pu faire référence aux instruments élaborés par des ONG ou ont repris certains principes normatifs émanant, non de pouvoirs publics, mais de la communauté scientifique et médicale¹³³.

Ainsi, en reprenant les mots du Professeur Abi-Saab sur la *soft law*, l'on est amené à considérer que l'une des vertus de l'analyse de la pratique est celle de permettre de rejeter « une vision monolithique du droit comme instrument de contrainte hiérarchique, pour le concevoir également, de plus en plus, comme un moyen de réalisation d'un projet de société partagé parmi ses sujets, un droit négocié et directif, voulu et agréé plutôt qu'imposé, dans des sociétés démocratiques, de plus en plus complexes et segmentées »¹³⁴.

Conclusion

En concluant cette tentative de dévoilement de la notion de pratique, il paraît important de souligner deux problèmes qui mettent au défi une appréhension « sage » de celle-ci. Il importe tout d'abord de se demander si la résurgence de pratiques unilatérales dans un ordre juridique par nature hétérogène risque de conduire à l'affaiblissement sinon à l'éclatement du droit international¹³⁵. A l'heure de la mondialisation, pourrait-on entrevoir une pratique internationale « mondialisée » assise sur une plus grande réalité et effectivité de la notion de communauté internationale ? Certes, une pratique internationale « uniformisée » reste un « idéal type » selon l'expression de Max Weber. Toutefois, l'on est tenté d'espérer voir se dessiner des pratiques internationales « juridicisées », c'est-à-dire ayant toutes un fondement commun : la conformité, ou au moins la compatibilité, avec la règle de droit international.

D'autre part, à l'heure d'une communication tout azimut entraînant avec elle son flot continu d'informations, on pourrait penser que l'accès à la connaissance de la pratique est plus aisé. Mais cela est-il vrai ? N'y a-t-il pas en réalité une prolifération qui entraîne un brouillage des perceptions. Tout peut apparaître pratique et rien n'est pratique ? Si tel n'est pas le cas, on peut en revanche remarquer une plus grande difficulté à appréhender ce qui est véritablement pratique. Les relations internationales se densifient, s'institutionnalisent, se multilatéralisent et donnent de ce fait lieu à des prises de position, à des comportements et à des agissements de plus en plus nombreux. Ceux-ci sont-ils

¹³² S. Maljean-Dubois, « Bioéthique et droit international », *AFDI*, 2000, p. 84.

¹³³ L. Boisson de Chazournes, S. Maljean-Dubois, *op. cit.*, p. 218.

¹³⁴ G. Abi-Saab, « L'éloge du 'droit assourdi'. Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », in : *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 60.

¹³⁵ Voir, sur ce point, A. Yokaris, « Rapport Grec », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*, pp. 591-592

tous constitutifs d'éléments de la pratique internationale ? Certainement pas. Quels sont ceux qui doivent alors être identifiés comme tels ? Face à une telle situation, ne serait-il pas judicieux de tenter de dégager des règles secondaires d'identification de la pratique à prendre en compte¹³⁶ ? Cela semble d'autant plus nécessaire au regard du grand nombre de sujets et d'acteurs sur la scène internationale. Mais quels seraient les critères qui devraient prévaloir ? La pratique pourrait apporter sa part de réponse à ces interrogations, tout en laissant des zones d'ombre qu'il faudrait résorber.

¹³⁶ Au sens des « secondary rules of recognition » de Herbert Hart (*The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994).