

Samantha Besson / Odile Ammann

# **La pratique suisse relative à la détermination du droit international coutumier**

2016

Cahiers fribourgeois de droit européen no 21  
Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 21

Samantha Besson / Odile Ammann

Respectivement, Professeure de droit international public et de droit européen &  
Doctorante en droit international public,  
Université de Fribourg

**La pratique suisse relative à la détermination  
du droit international coutumier**

L'Institut de droit européen, dirigé par les Professeurs Marc Amstutz, Samantha Besson et Astrid Epiney, contribue, en tant que centre de compétence des Facultés de droit des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg, à ce que les ressources des trois universités dans ce domaine soient utilisées le plus efficacement possible. Ses activités englobent, hormis les tâches relatives à l'enseignement du droit européen, la gestion d'une bibliothèque et d'un centre de documentation européenne, l'organisation de manifestations pour la formation continue ainsi que la recherche scientifique en droit européen, des avis de droit et des expertises.

Les Cahiers fribourgeois de droit européen proposent des textes, en français, en allemand, en anglais et en italien, qui, pour différentes raisons, ne se prêtent pas à une publication commerciale, tels que des «papers» de discussion de doctorants, des avis de droit ou des versions écrites de conférences données à l'Université de Fribourg.

Das Institut für Europarecht unter der Leitung von Professor Marc Amstutz und den Professorinnen Samantha Besson und Astrid Epiney hat als Kompetenzzentrum der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg unter anderem die Aufgabe, zu der effizienten Nutzung der auf diesem Gebiet zu Verfügung stehenden Ressourcen beizutragen. Neben den mit der Lehre im Europarecht verbundenen Aufgaben zählen zu seinen Aktivitäten die Führung einer europarechtlichen Bibliothek und eines europäischen Dokumentationszentrums, die Organisation von Weiterbildungen sowie die wissenschaftliche Forschung im Europarecht und das Erstellen von Rechtsgutachten.

Die Freiburger Schriften zum Europarecht beinhalten Texte auf Deutsch, Französisch, Englisch und Italienisch, die aus verschiedenen Gründen nicht für eine kommerzielle Veröffentlichung geeignet sind, wie z.B. Diskussionspapiere von Doktoranden, Rechtsgutachten oder schriftliche Fassungen von an der Universität Freiburg gehaltenen Vorträgen.

**Editeur / Herausgeber**

Institut de droit européen / Institut für Europarecht  
Avenue de Beauregard 11  
CH-1700 Fribourg

euroinstitut@unifr.ch

[www.unifr.ch/ius/euroinstitut](http://www.unifr.ch/ius/euroinstitut)

Août 2016

Copyright chez les auteurs / bei den Autorinnen

Pas disponible en librairie / nicht im Buchhandel erhältlich

# Table des matières

<i>Avant-propos</i> .....	1
<b>A. <i>Le contexte, la question et la méthode de recherche</i></b> .....	<b>3</b>
<b>I. Le contexte</b> .....	<b>3</b>
1. La demande de la CDI .....	3
2. Les quatre rapports du Rapporteur spécial (2013-2016) et la dernière version des projets de conclusions (2016) .....	3
<b>II. La question</b> .....	<b>7</b>
1. La « détermination » du droit international coutumier, son « identification » et sa « formation » .....	7
2. La « pratique » .....	9
3. Les « autorités suisses » .....	10
<b>III. La méthode</b> .....	<b>11</b>
1. Les sources consultées .....	11
2. La période couverte .....	13
3. La langue de travail .....	14
<b>IV. Excursus terminologique</b> .....	<b>16</b>
1. Droit international coutumier .....	16
2. Pratique .....	17
3. <i>Opinio juris</i> .....	17
4. Usage .....	18
5. Traités .....	20
6. Principes généraux .....	21
<b>B. <i>Les spécificités suisses en matière de détermination du droit international coutumier</i></b> .....	<b>23</b>
<b>I. Le monisme</b> .....	<b>23</b>
<b>II. La primauté</b> .....	<b>24</b>
<b>III. L'effet direct</b> .....	<b>26</b>
<b>IV. La « Völkerrechtsfreundlichkeit »</b> .....	<b>28</b>
<b>V. La séparation des pouvoirs et l'indépendance du pouvoir judiciaire</b> .....	<b>29</b>
<b>VI. L'art. 190 Cst.</b> .....	<b>31</b>
<b>VII. L'absence d'obligation explicite de recourir au droit international coutumier</b> .....	<b>32</b>
<b>VIII. Le fédéralisme</b> .....	<b>32</b>
<b>IX. Les domaines matériels coutumiers importants pour la Suisse</b> .....	<b>33</b>
<b>C. <i>La pratique suisse de détermination du droit international coutumier : analyse</i></b> .....	<b>35</b>
<b>I. Le cadre de la détermination des autorités suisses</b> .....	<b>36</b>
1. Les institutions .....	36
a) Les tribunaux .....	36
b) L'administration .....	37

c)	Le législateur.....	39
d)	Les rapports entre institutions .....	40
e)	La proportion de participation institutionnelle .....	40
2.	Le contexte juridique .....	41
a)	Les questions ayant trait au droit international coutumier uniquement.....	42
b)	Les conflits entre une norme de droit national et une norme de droit international coutumier .....	42
c)	Les conflits entre deux normes de droit international coutumier .....	45
3.	Le domaine matériel du droit international coutumier .....	46
<b>II.</b>	<b>Les moyens de détermination des autorités suisses .....</b>	<b>51</b>
1.	La détermination du droit international coutumier et les autres sources du droit international.....	51
a)	Le droit international conventionnel .....	52
aa)	La relation entre le droit international coutumier et le droit international conventionnel .....	52
bb)	Le droit international conventionnel dans la détermination du droit international coutumier.....	55
b)	Les principes généraux.....	67
2.	Les sources de détermination du droit international coutumier .....	69
a)	Les décisions judiciaires .....	70
aa)	Les décisions des tribunaux internationaux et régionaux .....	70
(1)	En général .....	70
(2)	Les décisions de la Cour internationale de Justice .....	72
(3)	Les décisions d'autres cours et tribunaux internationaux : les décisions des tribunaux pénaux internationaux et les sentences arbitrales.....	74
(4)	Les décisions des tribunaux régionaux : la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme .....	75
bb)	Les décisions judiciaires nationales.....	77
(1)	Les décisions des tribunaux suisses.....	78
(2)	Les décisions des tribunaux étrangers .....	78
b)	La doctrine .....	80
c)	Les travaux de la CDI et d'autres organismes professionnels de codification .....	84
d)	Les travaux des acteurs non étatiques et notamment du CICR .....	88
3.	Les méthodes de détermination du droit international coutumier.....	90
a)	La méthode d'identification des éléments constitutifs du droit international coutumier .....	90
b)	La méthode d'identification du droit international coutumier et les méthodes d'interprétation de ce droit.....	93
aa)	La méthode d'identification du droit international coutumier et les méthodes d'interprétation du droit coutumier suisse .....	94

bb)	La méthode d'identification du droit international coutumier et les méthodes d'interprétation des traités internationaux .....	97
<b>III.</b>	<b>Les critères de détermination des autorités suisses .....</b>	<b>98</b>
1.	Les critères d'identification du droit international coutumier .....	98
a)	Pratique .....	100
aa)	Pratique internationale .....	100
(1)	Formes et actes ; action et inaction (projet de conclusion 6, ch. 1) .....	100
(2)	Manifestations (projet de conclusion 6, ch. 2) .....	104
(3)	Hiérarchie (projet de conclusion 6, ch. 3) .....	110
(4)	Cohésion (projet de conclusion 7).....	110
(5)	Généralité (projet de conclusion 8, ch. 1).....	111
(6)	Constance/cohérence (projet de conclusion 8, ch. 1) .....	116
(7)	Représentativité (projet de conclusion 8, ch. 1) .....	119
(8)	Durée/régularité (projet de conclusion 8, ch. 2) .....	120
bb)	Pratique nationale (suisse) .....	121
(1)	Formes et actes ; action et inaction (projet de conclusion 6, ch. 1) .....	121
(2)	Manifestations (projet de conclusion 6, ch. 2) .....	123
(3)	Hiérarchie (projet de conclusion 6, ch. 3) .....	130
(4)	Cohésion (projet de conclusion 7).....	130
(5)	Généralité (projet de conclusion 8, ch. 1).....	131
(6)	Constance/cohérence (projet de conclusion 8, ch. 1) .....	131
(7)	Représentativité (projet de conclusion 8, ch. 1) .....	132
(8)	Durée/régularité (projet de conclusion 8, ch. 2) .....	135
b)	<i>Opinio juris</i> .....	136
aa)	<i>Opinio juris</i> internationale .....	136
(1)	Sentiment d'obligation juridique (projet de conclusion 9, ch. 1) ....	136
(2)	Coutume et habitude/usage (projet de conclusion 9, ch. 2).....	138
(3)	Formes de preuves (projet de conclusion 10, ch. 1 et 2) .....	138
(4)	Action/absence de réaction (projet de conclusion 10, ch. 3) .....	143
bb)	<i>Opinio juris</i> nationale (suisse) .....	144
(1)	Sentiment d'obligation juridique (projet de conclusion 9, ch. 1) ....	144
(2)	Coutume et habitude/usage (projet de conclusion 9, ch. 2).....	145
(3)	Formes de preuves (projet de conclusion 10, ch. 1 et 2) .....	146
(4)	Action/absence de réaction (projet de conclusion 10, ch. 3) .....	148
2.	Les critères de formation du droit international coutumier .....	149
<b>IV.</b>	<b>Les autres questions relatives à la détermination des autorités suisses .....</b>	<b>151</b>
1.	La modification et l'extinction du droit international coutumier .....	151
2.	L'objection persistante originaire et subséquente .....	154

3.	Le droit international coutumier impératif .....	156
4.	Le droit international coutumier particulier.....	159
5.	La pratique des organisations internationales .....	161
<b>D.</b>	<b><i>Une synthèse générale</i></b> .....	<b>166</b>
<b>I.</b>	<b>Les spécificités suisses en matière de détermination du droit international coutumier</b> .....	<b>166</b>
<b>II.</b>	<b>Le cadre de détermination du droit international coutumier</b> .....	<b>168</b>
<b>III.</b>	<b>Les moyens de détermination du droit international coutumier</b> .....	<b>169</b>
<b>IV.</b>	<b>Les critères de détermination du droit international coutumier</b> .....	<b>171</b>
<b>V.</b>	<b>Les autres questions relatives à la détermination du droit international coutumier</b> .....	<b>174</b>
<b>VI.</b>	<b>Une appréciation finale</b> .....	<b>175</b>
	<b><i>Table des abréviations</i></b> .....	<b>177</b>

## **Avant-propos**

La présente étude a été réalisée au printemps 2015, et finalisée au 31 août 2015, puis mise à jour aux fins de publication en été 2016. Elle est publiée avec l'autorisation de son commanditaire.

Contrairement à un article scientifique comprenant des considérations normatives et des références jurisprudentielles et doctrinales, cette étude est avant tout descriptive : son objectif premier est d'offrir un état des lieux de la pratique suisse de détermination du droit international coutumier. L'analyse fournit toutefois un point de départ utile à toute évaluation de cette pratique. Elle prend également position, de manière ponctuelle, sur des débats actuels liés aux travaux de la CDI en matière de droit international coutumier.

L'étude se fonde sur quatre annexes recensant des extraits de la pratique des différentes autorités suisses en la matière. Leur ampleur en rend la publication impossible. Les extraits plus importants sont reproduits en notes de bas de page, toutefois, voire même discutés dans le texte.

Les auteurs tiennent à remercier le Prof. Lucius Caflisch de ses bons conseils lors de la mise en place du cadre initial de recherche.

Samantha Besson et Odile Ammann  
Fribourg, le 4 août 2016

*« On parle de droit international coutumier lorsque les Etats adoptent certaines façons de faire tout en étant convaincus de remplir une obligation juridique. Deux conditions président à la naissance d'une règle coutumière, que la CIJ évalue séparément dans une jurisprudence constante : la 'pratique constante' de la part des Etats (élément objectif) et leur 'conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit' (ou opinio juris, élément subjectif). (...) Pour établir s'il y a pratique constante, il est nécessaire d'examiner et de confronter les comportements des Etats ou de mener d'autres études empiriques, par exemple dans le cadre d'organisations internationales. Pour l'opinio juris, la preuve en est plus difficile. En pratique, on conclut souvent de la pratique constante elle-même l'existence de la conviction d'obéir à une obligation juridique. En d'autres termes, l'examen de la pratique constante des Etats et de ses caractéristiques (durée, uniformité, étendue géographique) permet de tirer des conclusions quant à cette conviction. Cette pratique constante doit conforter l'observateur objectif, en toute bonne foi (...), dans l'opinion qu'elle se poursuivra, identique, à l'avenir. Le comportement des Etats doit revêtir une certaine régularité – au sens de l'obéissance à certaines règles. On trouvera d'autres indices de l'opinio juris dans le fait que les Etats reconnaissent une règle de manière très généralisée, par exemple lors d'une conférence internationale ou par l'adoption d'une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU concernant une matière régie par le droit coutumier. Toute règle du droit international coutumier déploie en principe ses effets juridiques à l'égard de tout sujet du droit international touché par son objet (En note : Le droit international coutumier n'a pas forcément une portée universelle; il peut avoir des effets régionaux ou naître entre deux Etats). C'est seulement si un Etat se refuse constamment à reconnaître l'apparition d'une règle coutumière en déclarant à de multiples reprises qu'il n'en accepte par le caractère impératif ('objecteur persistant') que cette règle ne le lie pas. Un Etat ou quelques Etats dans ce cas peuvent donc se soustraire à une règle du droit coutumier, même s'ils ne peuvent en empêcher l'apparition. Par contre, il est pratiquement impossible de se libérer d'une obligation de droit coutumier après qu'elle est apparue (objecteur subséquent). »*

Conseil fédéral, La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2083 s (la plupart des notes ont été omises)

L'extrait cité en exergue constitue l'une des prises de position des autorités suisses les plus exhaustives sur la détermination du droit international coutumier. Il identifie les principaux éléments constitutifs du droit international coutumier et les questions qui se posent lorsqu'il s'agit de les établir.

De nombreux autres documents et décisions des autorités suisses en matière de droit international coutumier permettent de procéder à un état des lieux de leur pratique de détermination. Celle-ci est marquée, nous le verrons, par certaines spécificités propres à la Suisse. C'est une présentation et une analyse de cette pratique suisse de détermination du droit international coutumier que propose la présente étude.

Après une présentation du contexte de cette étude, de la question posée et de la méthode de recherche choisie (A), il s'agit de rappeler certaines des spécificités qui conditionnent la pratique de détermination des autorités suisses (B), avant de présenter et d'analyser leur pratique de détermination proprement dite (C). L'étude se termine par une synthèse générale de cette pratique (D).

## **A. Le contexte, la question et la méthode de recherche**

### **I. Le contexte**

#### **1. La demande de la CDI**

Dans le cadre de ses réflexions sur le thème « Formation et identification du droit international coutumier »<sup>1</sup>, la Commission du droit international (CDI) a demandé aux États, lors de sa session de 2012, de lui donner « des informations sur leur pratique relative à la formation du droit international coutumier et aux types d'éléments pouvant servir à identifier ce droit dans une situation donnée. Cette pratique pourrait être reflétée dans : a) Des déclarations officielles faites devant des corps législatifs, des juridictions ou des organisations internationales ; b) Des décisions de juridictions nationales, régionales ou sous-régionales. »

La présente étude souhaite contribuer à cet effort de la CDI en livrant un aperçu sur la pratique suisse relative à la formation du droit international coutumier et aux types d'éléments pouvant servir à identifier ce droit dans une situation donnée.

#### **2. Les quatre rapports du Rapporteur spécial (2013-2016) et la dernière version des projets de conclusions (2016)**

Depuis 2013, Michael Wood, le Rapporteur spécial mandaté par la CDI a rédigé quatre rapports portant sur la formation et l'identification du droit international coutumier<sup>2</sup>.

La présente étude est fondée sur la version des projets de conclusions 1-16 provisoirement adoptée par le Comité de rédaction et dont la CDI a pris note le 6 août 2015<sup>3</sup>. Début juin 2016, la CDI a adopté ces 16 projets de conclusion, légèrement modifiés à nouveau par le Comité de rédaction et publiés le 30 mai 2016<sup>4</sup>.

Ces projets de conclusions consolidés sont reproduits ci-dessous. La numérotation indiquée entre crochets carrés renvoie à la numérotation proposée à l'origine par le Rapporteur spécial, lorsque cette numérotation antérieure diffère de la numérotation actuelle.

---

<sup>1</sup> Commission du droit international (CDI), 'Formation and Evidence of Customary International Law / Identification of Customary International Law', [http://legal.un.org/ilc/guide/1\\_13.htm](http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.htm).

<sup>2</sup> Les différents rapports sont disponibles sous [http://legal.un.org/ilc/guide/1\\_13.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml).

<sup>3</sup> Voir [http://legal.un.org/ilc/guide/1\\_13.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml).

<sup>4</sup> Voir la version du Comité de rédaction du 30 mai 2016 (A/CN.4/L.872) : <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.872>.

## **Partie I**

### **Introduction**

#### **Projet de conclusion 1**

##### *Portée*

Les présents projets de conclusion concernent la manière dont l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier doivent être déterminés.

## **Partie II**

### **Approche fondamentale**

#### **Projet de conclusion 2 [3]**

##### *Deux éléments constitutifs*

Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

#### **Projet de conclusion 3 [4]**

##### *Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs*

1. Dans l'appréciation des moyens permettant d'établir l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle, et des circonstances propres à chacun de ces moyens.
2. Chacun des deux éléments constitutifs doit être établi séparément. Cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence.

## **Partie III**

### **Pratique générale**

#### **Projet de conclusion 4 [5]**

##### *Exigence d'une pratique*

1. L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier signifie que c'est principalement la pratique des États qui contribue à la formation ou à l'expression de règles de droit international coutumier.
2. Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.
3. La conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2.

#### **Projet de conclusion 5 [6]**

##### *Comportement de l'État en tant que pratique de l'État*

La pratique de l'État consiste dans le comportement de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre.

#### **Projet de conclusion 6 [7]**

##### *Formes de pratique*

1. La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle comprend des actes matériels et verbaux. Elle peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction.
2. Les formes de pratiques étatiques comprennent, sans y être limitées : les actes et la correspondance diplomatiques; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale; la conduite relative aux traités; la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle « sur le terrain »; les actes législatifs et administratifs; et les décisions des juridictions internes.
3. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.

#### **Projet de conclusion 7 [8]**

##### ***Appréciation de la pratique d'un État***

1. Il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de l'État, laquelle doit être appréciée dans son ensemble.
2. Lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit.

#### **Projet de conclusion 8 [9]**

##### ***La pratique doit être générale***

1. La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante.
2. Il n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale.

#### **Partie IV**

##### **Acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)**

#### **Projet de conclusion 9 [10]**

##### ***Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)***

1. La condition, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) signifie que la pratique en question doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit.
2. Une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) doit être distinguée du simple usage ou de la simple habitude.

#### **Projet de conclusion 10 [11]**

##### ***Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)***

1. La preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut revêtir une large variété de formes.
2. Les formes de preuves de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États; les publications officielles; les avis juridiques gouvernementaux; la correspondance diplomatique; les décisions des juridictions nationales; les dispositions de traités; ainsi que la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale.
3. L'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction.

#### **Partie V**

##### **Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier**

#### **Projet de conclusion 11 [12]**

##### ***Traités***

1. Une règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la règle conventionnelle :
  - a) a codifié une règle de droit international coutumier existante à la date de la conclusion du traité;
  - b) a abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier qui avait commencé à émerger avant la conclusion du traité; ou
  - c) a servi de point de départ à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), engendrant ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier.
2. Le fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités peut signifier, sans toutefois que cela soit nécessairement le cas, que la règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier.

#### **Projet de conclusion 12 [13]**

##### ***Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales***

1. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ne peut pas, en elle-même, créer une règle de droit international coutumier.

2. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut fournir un élément de preuve pour établir l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement.

3. Une disposition d'une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que cette disposition correspond à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

#### **Projet de conclusion 13 [14]**

##### ***Décisions de juridictions***

1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier constituent un moyen auxiliaire de détermination desdites règles.

2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, à titre de moyen auxiliaire de détermination de telles règles.

#### **Projet de conclusion 14**

##### ***Doctrine***

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier.

#### **Partie VI**

##### **Objecteur persistant**

#### **Projet de conclusion 15 [16]**

##### ***Objecteur persistant***

1. Lorsqu'un État a objecté à une règle de droit international coutumier lorsqu'elle était en voie de formation, cette règle n'est pas opposable audit État aussi longtemps qu'il maintient son objection.

2. L'objection doit être exprimée clairement, être communiquée aux autres États et être maintenue de manière persistante.

#### **Partie VII**

##### **Droit international coutumier particulier**

#### **Projet de conclusion 16 [15]**

##### ***Droit international coutumier particulier***

1. Une règle de droit international coutumier particulier, qu'elle soit régionale, locale ou autre, est une règle de droit international coutumier qui ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États.

2. Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier particulier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale entre les États concernés qui est acceptée par eux comme étant le droit (*opinio juris*).

## II. La question

La présente étude porte sur la pratique suisse de détermination du droit international coutumier. La sous-question guidant cette analyse est la suivante : « Quelle est la pratique suisse relative à la formation du droit international coutumier et aux types d'éléments pouvant servir à identifier ce droit dans une situation donnée ? ».

Chacun de ces éléments peut être compris de différentes manières et doit donc être explicité.

### 1. La « détermination » du droit international coutumier, son « identification » et sa « formation »

Le premier élément de la question, et le plus important, est celui de la « détermination » du droit international coutumier, ou, plus précisément, ceux de l'« identification » et de la « formation » de ce droit, deux autres dimensions qui ressortent de la sous-question.

Premièrement, il s'agit avant tout de présenter et d'analyser, dans la présente étude, les éléments ou critères à l'aide desquels les autorités suisses *identifient* les normes de droit international coutumier (voir notamment *infra*, C.III.1), c'est-à-dire en établissent l'existence puis le contenu.

Cette question doit être traitée à la lumière des projets de conclusions 6 à 10. L'attention doit cependant également être portée à d'autres critères d'identification éventuels rencontrés dans la pratique suisse de détermination du droit international coutumier. En effet, étant donné que la présente étude a été rédigée après la publication des projets de conclusions précités, il s'agit, à travers l'analyse qui suit, de mettre à l'épreuve les éléments jugés pertinents par le Rapporteur spécial et la CDI en les confrontant à la pratique des autorités suisses.

Deuxièmement, la pratique d'identification des autorités suisses peut avoir des implications pour la *formation* du droit international coutumier sur le plan international (voir *infra*, C.III.2), c'est-à-dire pour sa création, sa modification ou son extinction<sup>5</sup>. La pratique et l'*opinio juris* des Etats sont en effet les deux éléments constitutifs du droit international coutumier<sup>6</sup>. La pratique d'identification de l'existence de ces deux éléments par la Suisse est susceptible dès lors d'affecter la pratique d'identification d'autres Etats, puis leur pratique coutumière tout court, et d'influer ainsi sur la formation du droit international coutumier.

---

<sup>5</sup> L'importance de cette question a été mise en évidence par plusieurs membres de la CDI. Voir Assemblée générale, *Rapport de la CDI, 66e session (5 mai - 6 juin et 7 juillet - 8 août 2014)*, UN Doc A/69/10, p. 252, par. 150.

<sup>6</sup> Art. 38 par. 1 lit. b du Statut de la Cour internationale de Justice : « La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : (...) b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ».

La pratique d'identification de la coutume en Suisse révèle parfois, de ce fait, des considérations stratégiques quant à la formation du droit international coutumier, liées à l'intérêt de la Suisse à développer certains domaines ou questions du droit international coutumier (notamment en tant qu'« Etat particulièrement intéressé », voir l'ancien projet de conclusion 9, ch. 4, supprimé par la suite et n'apparaissant plus dans la version la plus récente du projet de conclusions). Cette étude présente et analyse donc également la pratique suisse relative à la formation du droit international coutumier sur le plan international.

Il y a lieu de noter que la terminologie utilisée par le Rapporteur spécial de la CDI a légèrement changé depuis le premier rapport de 2013. Tandis que le titre de son premier rapport se réfère aux notions d'« identification » et de « formation » du droit international coutumier, les second et troisième rapports utilisent, dans leurs titres respectifs, le terme de « détermination » du droit international coutumier. Comme le précise le second rapport, ce changement a été opéré dans le but d'éviter certaines difficultés de traduction, notamment quant aux termes « preuve » et « *evidence* » en anglais. Il a également pour objectif de souligner le fait que les travaux du Rapporteur spécial ont « pour finalité première de fournir des orientations à ceux qui sont appelés à déterminer l'existence de telle ou telle règle de droit international coutumier ». Comme le précise celui-ci, cependant, la notion de détermination est considérée comme plus large et recouvre aussi bien les questions d'identification que de formation<sup>7</sup>. La terminologie du Rapporteur spécial n'est cependant pas toujours rigoureuse ; celui-ci semble, par endroits, utiliser la notion de détermination en tant que synonyme de la notion d'identification<sup>8</sup>.

Par conséquent, à l'instar des deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial, le titre de la présente étude se réfère, lui aussi, à la notion de « détermination » en tant que terme générique, qui recouvre à la fois les questions d'« identification » et de « formation » du droit international coutumier. Il sera également fait référence à la notion de « preuve » dans le contexte de l'établissement des manifestations de l'*opinio juris*, conformément à l'usage qui est fait du terme dans les deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial (projet de conclusion 10).

Cette question ne manquera pas de surgir à nouveau lors de la réception du travail de la CDI dans ce dossier. Récemment, d'ailleurs, certains auteurs, comme Stefan Talmon<sup>9</sup> et Christian Tams<sup>10</sup>, ont souligné l'incertitude qui règne en ce qui concerne le processus de formation et la méthode d'identification du droit international coutumier.

---

<sup>7</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 2, par. 2.

<sup>8</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 35, par. 47.

<sup>9</sup> Stefan Talmon, 'Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion', (2015) 26:2 *European Journal of International Law* 417-443.

<sup>10</sup> Christian Tams, 'Meta-Custom and the Court: A Study in Judicial Law-Making', (2015) 14:1 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 51-79.

Talmon note que la CIJ n'a pas développé de véritable méthode dans sa manière d'identifier les normes de droit international coutumier (sur la notion de méthode, voir *infra*, C.II.3). Cette lacune et le manque d'intérêt que les internationalistes manifestent pour cette question sont surprenants, fait remarquer Talmon, puisque l'identification du droit influe nécessairement sur la formation de ce dernier<sup>11</sup>. Tams, quant à lui, considère que cette incertitude est en partie due au caractère décentralisé des mécanismes de création du droit international<sup>12</sup>. Selon lui, c'est surtout la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (CIJ) et celle de la Cour permanente de Justice internationale, qui lui a précédé, qui ont apporté la certitude minimale nécessaire à l'application des normes de droit international coutumier, même si leurs décisions n'ont pas dissipé tous les doutes<sup>13</sup> (voir également *infra*, C.II.2.a)aa)(2)).

A noter que le Rapporteur spécial, qui a pris position sur l'article de Talmon, n'est pas du même avis en ce qui concerne le lien entre identification et formation, l'opacité des « méthodes » de la CIJ et l'impasse prétendument faite par les internationalistes sur ce dernier thème<sup>14</sup>.

## 2. La « pratique »

La « pratique » pertinente pour la présente étude revêt plusieurs facettes qu'il convient de distinguer avec soin.

Premièrement, la notion de « pratique » peut se référer à la pratique suisse du droit international coutumier, et ce tant sur le plan tant national qu'international. A chaque fois qu'une autorité suisse applique du droit international coutumier et le respecte, elle le pratique.

Deuxièmement, et plus précisément, la notion de « pratique » peut renvoyer à la pratique suisse de détermination (identification et formation) du droit international coutumier. Cette pratique elle aussi peut s'observer tant sur le plan national qu'international. Il y a lieu de noter que la pratique suisse de détermination du droit international coutumier fait elle-même partie d'une pratique de détermination interétatique plus large du droit international coutumier avec laquelle elle interagit. Ceci explique que la pratique suisse de détermination du droit international coutumier soit parfois stratégique (voir *infra*, C.III.1.a)bb)(7), ancien projet de

---

<sup>11</sup> Stefan Talmon, 'Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion', (2015) 26:2 *European Journal of International Law* 417-443, p. 419.

<sup>12</sup> Christian Tams, 'Meta-Custom and the Court: A Study in Judicial Law-Making', (2015) 14:1 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 51-79, p. 54.

<sup>13</sup> Christian Tams, 'Meta-Custom and the Court: A Study in Judicial Law-Making', (2015) 14:1 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 51-79, p. 54 s.

<sup>14</sup> Omri Sender et Michael Wood, 'The International Court of Justice and Customary International Law: A Reply to Stefan Talmon', EJIL: Talk !, 30 novembre 2015, <http://www.ejiltalk.org/the-international-court-of-justice-and-customary-international-law-a-reply-to-stefan-talmon/>.

conclusion 9, ch. 4, concernant la notion d'Etat particulièrement intéressé, et *infra*, C.III.1.b)bb)(2), projet de conclusion 9, ch. 2, pour les implications en termes d'*opinio juris*).

Troisièmement, la notion de « pratique » peut se référer à l'un des deux éléments constitutifs du droit international coutumier. En effet, la pratique des autorités suisses, avec celle des autres Etats, est constitutive du droit international coutumier. Ceci explique que la pratique suisse de détermination du droit international coutumier (dans le deuxième sens de « pratique ») démontre parfois une tendance à l'autoréférence en identifiant à la fois sa propre pratique constitutive en tant qu'Etat et celle des autres pour établir l'existence d'une norme de droit international coutumier. Comme nous le verrons, il arrive même aux autorités suisses de ne se référer qu'à la pratique constitutive suisse, voire à leur propre pratique de détermination de la pratique suisse (à propos de cette tendance à l'autoréférence, et parfois même à la circularité, ou à recourir à la déduction au lieu de l'induction, voir *infra*, C.III.1.a)bb)(2) et projet de conclusion 6, ch. 2).

Quatrièmement, ces trois aspects de la pratique suisse et de la pratique suisse de détermination du droit international coutumier se cristallisent dans un compte-rendu annuel intitulé « La pratique suisse en matière de droit international public », publié dans la RSDIE, et établi par le Prof. Lucius Caflisch, ancien jurisconsulte de la Confédération et membre de la CDI. Ce compte-rendu est souvent considéré, du moins par le public, comme étant représentatif de la « pratique » des autorités suisses dans tous les sens évoqués précédemment. Il contribue même à la consolidation de toutes ces pratiques puisqu'il constitue une référence pour les autorités suisses de détermination du droit international coutumier. On peut donc y voir une forme de « pratique dans la pratique » de détermination suisse du droit international coutumier, voire de « méta-pratique ».

### **3. Les « autorités suisses »**

La présente étude concerne la pratique de détermination de la Suisse en tant qu'Etat. Il porte donc sur la pratique des autorités suisses, qu'elles soient exécutives, judiciaires ou législatives, et qu'elles soient cantonales ou fédérales, et ce tant sur le plan interne qu'international (voir sur ces différentes autorités : *infra* III.1 et C.I.1).

Il convient notamment d'analyser dans quelle mesure ces autorités déploient des pratiques divergentes, voire conflictuelles en matière de détermination du droit international coutumier ou, au contraire, convergent et se renforcent dans leurs pratiques respectives (voir sur les différents domaines du droit international coutumier : *infra* B.V et C.I.3).

### III. La méthode

#### 1. Les sources consultées

Outre la « Pratique suisse en matière de droit international public » publiée dans la RSDIE, qui a été analysée sur une période de 15 ans, de 2000 à 2015, la présente étude se fonde sur les trois autres principales sources documentaires suivantes.

Premièrement, l'étude se réfère à la *pratique des autorités exécutives*, avant tout fédérales. Elle s'intéresse à la pratique du Conseil fédéral et de l'administration fédérale. La pratique du DFAE, et en particulier les notes et avis des différents experts de sa Direction du droit international public (DDIP), livrent le plus grand nombre d'exemples d'identification du droit international coutumier. Il faut remarquer cependant que les documents en possession du DFAE et non publiés dans la « Pratique suisse en matière de droit international public » n'ont pas pu être consultés. Outre les messages du Conseil fédéral liés à des projets de lois fédérales et à la ratification de traités internationaux et les autres documents publiés dans la Feuille fédérale et dans le Recueil officiel<sup>15</sup>, l'étude analyse aussi ses réponses adressées aux membres de l'Assemblée fédérale, qui figurent dans la banque de données des objets parlementaires Curia Vista<sup>16</sup>. Certaines prises de position ont aussi été identifiées dans les procès-verbaux du Conseil des Etats et du Conseil National<sup>17</sup>. La jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC) est également pertinente dans ce contexte et a été prise en compte<sup>18</sup>.

Deuxièmement, l'étude porte ensuite sur la *pratique judiciaire suisse*. Elle analyse en premier lieu la jurisprudence fédérale, et plus précisément celle du Tribunal fédéral (TF)<sup>19</sup>, du Tribunal administratif fédéral (TAF) et du Tribunal pénal fédéral (TPF). Afin de tenir compte de la jurisprudence cantonale, les arrêts des tribunaux zurichois et genevois (toutes instances confondues) ont également été consultés. Ces cantons ont été choisis en raison de leur importance sur le plan national, tant du point de vue économique que démographique (Zurich) ou en raison de la présence d'organisations internationales ou non-gouvernementales sur leur

---

<sup>15</sup> Recherche sous <http://www.admin.ch/opc/search/search.php?lang=de>. La recherche comprend des documents en langue française et en langue allemande. En partant du principe que la traduction de documents officiels est fiable, les documents trouvés dans une langue n'ont pas été consultés dans l'autre langue.

<sup>16</sup> Recherche sous <http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/curia-vista.aspx>.

<sup>17</sup> <http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/index.htm>, recherche sous <http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/amtliches-bulletin.aspx>.

<sup>18</sup> La JAAC est disponible sous <http://www.bk.admin.ch/dokumentation/02574/index.html?lang=fr> (pour les années 2007-2015) et [http://www.vpb.admin.ch/homepage\\_fr.html](http://www.vpb.admin.ch/homepage_fr.html) (pour les années 2000-2006).

<sup>19</sup> Recherche sous <http://www.bger.ch/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm>. La recherche a été effectuée tant sur la base des arrêts publiés du Tribunal fédéral (ATF, recherche sous <http://www.bger.ch/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>) que des arrêts non publiés, qui sont disponibles sur le site officiel du Tribunal fédéral à partir de 2000 (recherche sous <http://www.bger.ch/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>).

territoire (Genève). En effet, leurs autorités sont, pour ces différentes raisons, davantage susceptibles d'être confrontées à des questions de droit international coutumier, notamment en matière de droit international pénal, de droit international diplomatique et consulaire ou encore de droit des immunités.

Enfin, la présente étude prend aussi en compte la *pratique législative suisse*, principalement fédérale. Ont été consultés, à cet égard, la banque de données des objets parlementaires Curia Vista<sup>20</sup>, ainsi que les procès-verbaux du Conseil des Etats et du Conseil National<sup>21</sup>, et les documents publiés au Recueil officiel et dans la Feuille fédérale<sup>22</sup>.

Comme le fait remarquer le Rapporteur spécial Wood de manière générale, « il semble n'exister qu'assez peu de documents librement accessibles qui traitent directement de l'attitude des Etats à l'égard de la formation et de l'identification du droit international coutumier »<sup>23</sup>, et cela même pour un juriste national. Comme le souligne le Rapporteur, il est pourtant difficile de concevoir que la pratique confidentielle des Etats, non accessible au public, puisse « contribuer à la formation ou à la détermination du droit international coutumier général tant qu'elle n'est pas rendue publique »<sup>24</sup>. Le Rapporteur spécial a à nouveau rappelé ce problème dans son quatrième rapport et a suggéré que la Commission poursuive les efforts qu'elle a fournis par le passé afin d'améliorer l'accessibilité des documents relatifs au droit international coutumier<sup>25</sup>. En Suisse, fort heureusement, le fait qu'il existe la « Pratique suisse en matière de droit international public » doit être souligné, tant cette source est riche en matière de droit international coutumier et tant son rôle dans la pratique de détermination des autorités suisses est important (voir *supra* II.2).

Enfin, force est de constater qu'il existe très peu de *doctrine* en ce qui concerne la pratique suisse de détermination du droit international coutumier. La doctrine disponible à ce sujet est surtout ancienne<sup>26</sup> ou spécialisée<sup>27</sup>, et ne s'intéresse guère aux questions

---

<sup>20</sup> Recherche plein texte sous <http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/curia-vista.aspx>.

<sup>21</sup> <http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/index.htm>, recherche sous <http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/amtliches-bulletin.aspx>.

<sup>22</sup> <http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/index.htm>, recherche sous <http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/amtliches-bulletin.aspx>.

<sup>23</sup> CDI, 'Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier', Présenté par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial, 17 mai 2013, UN Doc A/CN.4/663, p. 23, par. 48.

<sup>24</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier', Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial, 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 35, par. 47.

<sup>25</sup> CDI, 'Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier', Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial, 8 mars 2016, UN Doc A/CN.4/695, p. 14 ss, par. 38 ss.

<sup>26</sup> Voir p.ex. Christian Dominicé, 'L'individu, la coutume internationale et le juge national', in *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, L'Hermès, Lyon 1980, 193-209, reproduit in Jeanne Belhumeur/Luigi Condorelli (édit.), *L'ordre juridique international entre tradition et innovation – Recueil d'études*, Graduate Institute Publications, Genève 1997, 93-107 ; Christian Dominicé, 'Le droit international coutumier dans l'ordre juridique suisse', in *Recueil de travaux publiés à l'occasion de l'Assemblée de la Société suisse des juristes, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève n° 27*, Georg & Cie SA, Librairie de l'Université, Genève 1969, 11-35, reproduit in Jeanne Belhumeur/Luigi Condorelli (édit.), *L'ordre juridique international entre tradition et innovation – Recueil d'études*, Graduate Institute Publications, Genève 1997, 397-419 ; Christian Dominicé et François Voeffray, 'L'application du droit

d'identification. Elle est également largement admirative et peu critique de la pratique suisse de détermination du droit international coutumier. Il faut relever enfin que très peu d'études de droit international comparé incluent, dans leur champ d'étude, la pratique suisse en matière de droit international coutumier<sup>28</sup>, et il est plus rare encore qu'elles lui consacrent une analyse approfondie.

## 2. La période couverte

Comme indiqué, les sources précitées ont été analysées sur une période de quinze ans, soit pour la période 2000-2015.

Comme les autres sources documentaires de la pratique suisse de détermination du droit international coutumier, la pratique judiciaire a été analysée pour les années 2000 à 2015 ; c'est également de cette période que datent les extraits cités dans la présente analyse. L'exclusion des arrêts antérieurs dans le cadre de la présente étude n'est guère problématique dans la mesure où ceux-ci contiennent rarement une analyse détaillée en matière de droit international coutumier<sup>29</sup>. Cependant, par souci d'exhaustivité et eu égard au fait qu'il est relativement aisé de consulter la jurisprudence antérieure à 2000, les arrêts du Tribunal fédéral antérieurs à l'an 2000 ont également été étudiés<sup>30</sup>.

---

international général dans l'ordre juridique interne', in *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, Kluwer, La Haye/Londres 1996, 51-62.

<sup>27</sup> Voir p.ex. Jérôme Candrian, *L'immunité des Etats face aux droits de l'homme et à la protection des biens culturels*, thèse Fribourg, Schulthess, Zurich 2005 ; Marie Boillat, 'Chapitre IV : La protection des biens culturels, la coutume internationale et l'ordre public international : quelques réflexions', in *Trafic illicite de biens culturels et coopération judiciaire internationale en matière pénale*, thèse Genève, Schulthess, Genève / Zurich / Bâle 2012, 285-298 ; Daniel Wüger, 'Justiziabilität von Völkergewohnheitsrecht', in *Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien*, thèse Berne, Stämpfli, Berne 2005, 283-286.

<sup>28</sup> Voir cependant Simonetta Stirling-Zanda, *L'application judiciaire du droit international coutumier – Etude comparée de la pratique européenne*, Schulthess, Zurich 2000, qui contient quelques références à la pratique suisse (voir en particulier p. 134 s et p. 241-244) ; Simonetta Stirling-Zanda, 'The Determination of Customary International Law in European Courts (France, Germany, Italy, The Netherlands, Spain, Switzerland)', (2004) 4:1 *Non-State Actors and International Law* 3-24 (voir en particulier p. 15 s.) ; Lucius Wildhaber et Stefan Breitenmoser, 'The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries', (1988) *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 163-207 (voir p. 196-9) ; Helen Keller, *Rezeption des Völkerrechts, Eine rechtsvergleichende Studie zur Praxis des U.S. Supreme Court, des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des schweizerischen Bundesgerichts in ausgewählten Bereichen*, Berlin et al., Springer 2003 (voir p. 368).

<sup>29</sup> Voir cependant ATF 44 I 49 (affaire Dreyfus).

<sup>30</sup> Les ATF datant d'avant 1953 sont disponibles sous [http://www.servat.unibe.ch/dfr/dfr\\_bge0s.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/dfr_bge0s.html).

### 3. La langue de travail

L'ordre juridique suisse étant plurilingue, la question de la langue y joue un rôle important.

La recherche réalisée en vue de la rédaction de la présente étude s'est faite de manière complètement bilingue (français/allemand). L'analyse présentée porte donc tant sur des documents officiels en langue française qu'en langue allemande et ceci vaut aussi pour les exemples et extraits cités en notes.

Hormis pour ce qui concerne les extraits pertinents identifiés dans la « Pratique suisse en matière de droit international public », les principaux mots-clés utilisés pour la recherche dans les documents de l'administration fédérale, des tribunaux suisses et de l'Assemblée fédérale ont été les suivants : « droit international coutumier », « droit coutumier international », « coutume internationale », « *Völkergewohnheitsrecht* », « *internationales Gewohnheitsrecht* », « *völkerrechtliches Gewohnheitsrecht* », « *gewohnheitsrechtliches Völkerrecht* », « *ius gentium* », « droit des gens » (ce mot-clé, très général, ne permet toutefois que rarement de trouver des extraits pertinents), « *opinio juris* », « *opinio iuris* ».

En partant du principe que la traduction officielle était rigoureuse, les documents trouvés dans une langue n'ont pas toujours été consultés dans l'autre langue. La recherche dans les deux langues a cependant permis d'identifier parfois d'éventuelles imprécisions dans l'une ou l'autre version<sup>31</sup>. Quelques fois, ce sont les autorités qui notent elles-mêmes de telles différences linguistiques. Ainsi, dans certains cas, l'administration fédérale s'est référée à la version allemande d'un message, plus précise quant à la pratique de détermination des autorités suisses<sup>32</sup>. Les traductions, fréquentes dans l'ordre juridique suisse, peuvent également induire en erreur. Par exemple, l'expression « *zwingendes Völkerrecht* » est fréquemment traduite en français par « droit international contraignant », traduction qui souligne le caractère obligatoire et non la dimension impérative du *jus cogens*<sup>33</sup> (voir *infra*, C.IV.3).

---

<sup>31</sup> Voir p.ex. Conseil fédéral, *03.078 Message relatif à une nouvelle loi sur les douanes*, 15 décembre 2003, FF 2004 517, p. 540, qui mentionne le terme de « droit usuel » (et mentionne la « tradition monistique » suisse), tandis que la version allemande du même Message utilise le terme de « *Völkergewohnheitsrecht* » (Conseil fédéral, *03.078 Botschaft über ein neues Zollgesetz*, 15. Dezember 2003, BBl 2004 567, p. 590).

<sup>32</sup> « La version allemande de ce passage renvoie avec plus de précision encore que la version française à la pratique des autorités concernées et à la doctrine » (Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports, 'Décision en la cause A. contre l'auditeur en chef concernant la non-ouverture d'une enquête pénale, Crimes de guerre et génocide. Refus d'ouvrir une enquête pénale en Suisse contre un demi-frère de Saddam Hussein', 22 décembre 2003, JAAC 63.50).

<sup>33</sup> Exemples :

- « Le droit international contraignant [sous-entendu : le droit international impératif] se fonde en général sur le droit international coutumier, mais peut aussi faire partie du droit international conventionnel. Il comporte des règles auxquelles les Etats ne sauraient se soustraire, même s'ils résiliaient les accords internationaux qui les consacrent. » (Conseil fédéral, *04.039 Message concernant l'initiative populaire « Pour une conception moderne de la protection des animaux (Oui à la protection des animaux !)* », 7 juin 2004, FF 2004 3077, p. 3088)

Il convient de souligner que la « Pratique suisse en matière de droit international public » est publiée uniquement en langue française dans la RSDIE, ce qui explique en partie pourquoi la majorité des extraits pertinents en matière de droit international coutumier ont pu être reproduits en langue française (originale ou de traduction). Les extraits figurant en langue allemande dans la présente étude concernent donc surtout les prises de positions des autorités qui ne figurent pas dans la « Pratique suisse en matière de droit international public », en particulier celles de l'administration fédérale et des autorités judiciaires, ou certains arrêts qui ont été consultés dans leur langue originale sur les sites Internet des tribunaux.

Si les mots-clés choisis pour la recherche effectuée sont bilingues (français et allemand) et ne comprennent donc pas l'italien, la recherche par mots-clés, notamment à travers des mots-clés comme « *opinio juris* », a toutefois également permis d'élargir le champ linguistique choisi et d'identifier des documents en langue italienne particulièrement précis en matière de détermination du droit international coutumier. C'est en particulier le cas de l'arrêt du TAF A-4771/2012 du 2 juillet 2014, qui contient des considérants extrêmement détaillés en la matière. Cette différence pourrait cependant être davantage liée à la formation de jugement qu'à la langue, comme nous le verrons (voir *infra*, C.I.1.a)).

- 
- « La valeur de droit coutumier signifie que les normes de la Convention contre le génocide sont, quant au fond, reconnues et appliquées par la communauté internationale comme des règles contraignantes sans autre exigence de forme. Elles s'appliquent donc indépendamment de toute convention internationale, et doivent, autrement dit, être respectées aussi par les Etats qui n'ont pas adhéré au traité » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 461)

Dans d'autres cas, en revanche, la notion de « contraignant » est utilisée pour traduire l'adjectif « verbindlich » (obligatoire) :

- « la plupart des règles établies dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels ou concernant la conduite des hostilités constituent aujourd'hui des normes contraignantes du droit international coutumier, y compris pour les parties non contractantes. Dans les années 1990, la jurisprudence des tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda a occasionné une clarification du droit international coutumier. (En note : Sur l'importance du jugement Tadic, voir notamment LINDSAY MOIR, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge 2002, p. 133 ss.) De nombreuses dispositions du premier Protocole additionnel s'appliquent également aux conflits armés internes. En outre, les deux tribunaux ont largement contribué à améliorer la répression des crimes de guerre (campagne 'ending impunity'), ce qui a ouvert la voie à l'établissement de la Cour pénale internationale, dont le statut a amené la communauté internationale à adopter et à codifier formellement la jurisprudence progressiste des deux tribunaux. (En note : Statut de Rome de la Cour pénale internationale (RS 0.312.1)) Aujourd'hui, le Statut de Rome de 1998 et l'étude de 2005 du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur le droit international coutumier fournissent des indications sur l'état actuel du droit international humanitaire. (En note : JEAN-MARIE HENCKAERTS et LOUISE DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, 3 volumes, Cambridge 2005.) » (Conseil fédéral, *Le droit international humanitaire et les conflits armés contemporains, Rapport en réponse au postulat 08.3445 de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats du 20 juin 2008*, 17 septembre 2010 (non publié), p. 4).

## IV. *Excursus* terminologique

La terminologie utilisée par les autorités est un élément particulièrement important à prendre en compte dans le cadre d'une analyse de leur pratique de détermination du droit international coutumier. Plus la terminologie utilisée par les autorités est fluctuante, en effet, plus il est difficile de capturer la manière dont celles-ci identifient effectivement les normes de droit international coutumier et contribuent à la formation de celui-ci.

Il est donc utile, dans la présente section, de préciser la terminologie (souvent variable, malheureusement) utilisée par les autorités suisses dans le cadre de la détermination du droit international coutumier, en particulier les notions de « droit international coutumier », de « pratique », d'« *opinio juris* », d'« usage », ainsi que les notions de « traités » et de « principes généraux », en vérifiant si celles-ci coïncident avec la terminologie utilisée par le Rapporteur spécial, elle-même parfois fluctuante. Nous reviendrons sur certains des éléments et caractéristiques ainsi définis plus bas dans le cadre de l'analyse des critères d'identification du droit international coutumier (voir *infra* C.III.1).

### 1. Droit international coutumier

Le projet de conclusion 2, lit. a) dispose que « [l]'expression 'droit international coutumier' s'entend des règles de droit international qui découlent et sont l'expression d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » (voir aussi art. 38 par. 1 lit. c du Statut de la CIJ).

Les autorités suisses considèrent, elles aussi, que la formation d'une norme de droit international coutumier exige la présence de deux éléments : la pratique générale des Etats, d'une part, et l'*opinio juris*, d'autre part<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Exemples :

- « On parle de droit international coutumier lorsque les Etats adoptent certaines façons de faire tout en étant convaincus de remplir une obligation juridique. Deux conditions président à la naissance d'une règle coutumière, que la CIJ évalue séparément dans une jurisprudence constante (En note : Voir en particulier les arrêts suivants de la CIJ; North Sea Continental Shelf Cases (République fédérale d'Allemagne c. Danemark/République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), ICJ Reports 1969, p. 3, para. 77; Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Etats-Unis), ICJ Reports 1986, p. 14, para. 207) : la 'pratique constante' de la part des Etats (élément objectif) et leur 'conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit' (ou *opinio juris*, élément subjectif). » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2083)
- « Le droit international coutumier, visé à la lettre b), n'est pas fixé par écrit dans des textes internationaux, mais est issu de la conduite des Etats. Cette conduite doit revêtir une certaine durée et uniformité, et disposer d'un certain champ d'application territorial, pour pouvoir être qualifiée comme étant le droit. Qui plus est, les Etats doivent estimer que la pratique en cause est de droit; cela signifie qu'ils doivent reconnaître que la conduite dont il s'agit a une portée juridique et qu'elle ne constitue pas un élément purement factuel. » (Communication de la DDIP du 10 janvier 2001 à l'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication. Document inédit).

## 2. Pratique

La notion de « pratique » apparaît dans plusieurs des projets de conclusions adoptés par la CDI à ce jour. La pratique, selon le Rapporteur spécial, est avant tout étatique (projet de conclusion 4). Elle doit avoir les caractéristiques suivantes : être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative (projet de conclusion 8, ch. 1), ainsi que généralement constante (projet de conclusion 8, ch. 1), c'est-à-dire régulière<sup>35</sup>.

Les autorités suisses proposent différentes compréhensions et qualifications de l'élément de « pratique » nécessaire à la formation d'une norme de droit international coutumier.

Ainsi, la DDIP a déclaré qu'une pratique générale consiste en « une accumulation de comportements identiques »<sup>36</sup>. La DDIP a aussi mentionné la nécessité d'une « pratique émanant de nombreux Etats »<sup>37</sup>. Le Tribunal pénal fédéral décrit « une pratique constante, uniforme et générale des sujets de droit »<sup>38</sup>. Un autre terme utilisé est celui de « pratique concordante des Etats »<sup>39</sup>. Le Conseil fédéral se réfère également, conformément à la jurisprudence de la CIJ, à « la 'pratique constante' de la part des Etats (élément objectif) »<sup>40</sup>.

En somme, les aspects mis en évidence en lien avec la notion de « pratique » par les autorités suisses et par le Rapporteur spécial se recourent pour ce qui est de la généralité et de la constance (ou régularité) de la pratique en question.

## 3. *Opinio juris*

Le Rapporteur spécial utilise la notion d'« *opinio juris* » en tant que synonyme de l'« acceptation d'une pratique générale comme étant le droit »<sup>41</sup> (projet de conclusion 9). La question de savoir s'il convient de se fonder sur la notion d'*opinio juris* ou sur la notion d'acceptation comme étant le droit, conformément à l'art. 38 lit. b du Statut de la CIJ, a d'ailleurs été débattue au sein de la CDI<sup>42</sup>.

---

<sup>35</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, par. 55.

<sup>36</sup> Note de la DDIP adressée à la Direction politique du DFAE, 27 juillet 1998.

<sup>37</sup> Communication de la DDIP faite au Ministère public fédéral, 12 novembre 2003.

<sup>38</sup> TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012, consid. 3.3.2.

<sup>39</sup> Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2080.

<sup>40</sup> Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2083.

<sup>41</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 46, par. 60.

<sup>42</sup> Assemblée générale, *Rapport de la CDI, 66e session (5 mai - 6 juin et 7 juillet - 8 août 2014)*, UN Doc A/69/10, p. 252 s, par. 155.

Les autorités suisses appréhendent l'élément de l'*opinio juris* en utilisant différentes formulations. Ainsi, la DDIP a désigné celle-ci comme « la croyance, chez l'Etat qui adopte ce comportement, qu'il se conforme à une règle de droit »<sup>43</sup>, ce qui implique que ces Etats « doivent reconnaître que la conduite dont il s'agit a une portée juridique et qu'elle ne constitue pas un élément purement factuel »<sup>44</sup>. Le Conseil fédéral a parfois défini la coutume comme une « pratique générale acceptée comme étant le droit par ceux qui y sont soumis »<sup>45</sup>. Le Conseil fédéral se réfère, conformément à la jurisprudence de la CIJ, à la « 'conviction [des Etats] que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit' (ou *opinio juris*, élément subjectif) »<sup>46</sup>. Le TPF, quant à lui, précise, en se référant au Conseil fédéral et à la doctrine, que le droit international coutumier « est fondé selon la doctrine dominante sur une pratique constante, uniforme et générale des sujets de droit accompagnée d'une conviction que cette pratique possède une force juridiquement obligatoire »<sup>47</sup>.

Plus rarement, les autorités suisses se sont référées à l'expression *opinio juris sive necessitatis*<sup>48</sup> qui, comme le rappelle le Rapporteur spécial, « est 'l'appellation consacrée' de l'élément subjectif »<sup>49</sup>.

De manière générale, il y a lieu de noter que les références explicites des autorités suisses à l'élément de l'*opinio juris* sont beaucoup moins fréquentes que celles qui ont trait à la pratique.

#### 4. Usage

Concernant la notion d'« usage », le projet de conclusion 9, ch. 2, dispose ce qui suit : « Une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) doit être distinguée du simple usage ou de la simple habitude. » La notion d'usage n'est pas définie par le Rapporteur

---

<sup>43</sup> Note de la DDIP, du 1er novembre 2013 adressée à l'Office fédéral de la police du Département fédéral de justice et police.

<sup>44</sup> Communication de la DDIP du 10 janvier 2001 à l'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication. Document inédit.

<sup>45</sup> Conseil fédéral, *06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte*, 13 septembre 2006, FF 2006 7603, p. 7611.

<sup>46</sup> Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2083.

<sup>47</sup> TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012, consid. 3.3.2.

<sup>48</sup> Exemples :

- Avis de droit de la DDIP adressé le 13 novembre 2000 à l'Office fédéral de la police du DFJP. Document inédit
- Avis de droit de la DDIP du 22 février 2001. JAAC 2003, fasc. 67/I, n° 35, p. 269
- Communication faite le 12 novembre 2003 par la DDIP au Ministère public fédéral. Document inédit.

<sup>49</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 51, par. 65.

spécial. Son deuxième rapport classe cependant l'usage parmi les éléments de nature extrajuridique, tels que la courtoisie, le bon voisinage, l'opportunité politique, l'opportunité et la tradition<sup>50</sup>.

A cet égard, la terminologie des autorités suisses est fluctuante. La notion d'« usage », telle qu'elle apparaît dans leurs prises de positions, suggère tantôt une pratique habituelle (c'est-à-dire motivée par des raisons extrajuridiques), tantôt la pratique qui est nécessaire à la formation d'une norme de droit international coutumier (*usus* ou *longa consuetudo*). La notion d'usage semble donc parfois utilisée de manière synonyme avec l'*usus* requis pour la formation d'une norme de droit international coutumier<sup>51</sup>. Dans d'autres cas, cependant, les implications de la notion d'usage ne sont pas claires<sup>52</sup>. Le sens de la notion d'« usage » semble parfois plus proche de la notion de courtoisie<sup>53</sup>. Les autorités suisses se réfèrent aussi expressément à la notion de « courtoisie », qui est alors clairement distinguée de l'*opinio juris*<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 47, par. 61.

<sup>51</sup> Exemples :

- Conseil fédéral, *03.078 Message relatif à une nouvelle loi sur les douanes*, 15 décembre 2003, FF 2004 517, qui mentionne le terme de « droit usuel », tandis que la version allemande du même message utilise le terme « Völkergewohnheitsrecht » (Conseil fédéral, *03.078 Botschaft über ein neues Zollgesetz*, 15. Dezember 2003, Bbl 2004 567)
- Le droit suisse contient parfois des renvois à l'« usage établi par le droit des gens », terme qui évoque davantage une obligation juridique. Exemple : ATF 114 V 65, consid. 3 a) : « Aussi, seuls ne sont pas soumis à cette obligation les employeurs qui n'ont pas d'établissement stable dans notre pays (BINSWANGER, *Kommentar zur AHV*, p. 58 ch. 2 et p. 94; MAURER, *Schweiz. Sozialversicherungsrecht*, vol. II, p. 139 et 144), l'exemption en vertu d'une convention internationale ou de l'usage établi par le droit des gens, prévue à l'art. 12 al. 3 LAVS, n'étant pas applicable ici. »

<sup>52</sup> Exemples :

- « Relevons encore qu'il est d'usage que les litiges qui surviennent avec des Etats étrangers essaient d'être d'abord résolus (sic) par la voie diplomatique » (Lettre de la DDIP du 24 mai 2004; voir aussi la lettre de la DDIP du 3 mai 2004)
- « Le devoir d'impartialité du dépositaire ne l'oblige pas à la passivité. Le dépositaire désigné lors des négociations d'un nouveau traité l'est souvent parce qu'il a joué un rôle significatif lors des travaux préparatoires ou parce qu'il attache une grande importance au domaine régi. Le choix du dépositaire a dès lors souvent valeur de reconnaissance pour la diligence démontrée. Il peut exprimer aussi l'attente que cet engagement particulier se poursuive à l'avenir. La prise d'une certaine responsabilité pour un bon fonctionnement et une large application géographique du traité est ainsi usuelle. » (Guide de la pratique en matière de traités internationaux de février 2010, pp. 16-17)
- Voir aussi l'exemple suivant, qui concerne la notion d'« habitude » : « Par le biais de ces accords, le CICR bénéficie des privilèges et immunités habituellement reconnus, sur le plan international, aux organisations intergouvernementales. » (Communication faite par la DDIP, le 3 mars 2003, à l'Ambassade de Suisse dans l'Etat T.)

<sup>53</sup> Voir p.ex. : « [La Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques], qui codifie le droit coutumier, prévoit les droits et obligations de l'Etat accréditant et de l'Etat accréditaire, ce qui n'exclut pas la possibilité pour les Etats de prévoir des privilèges, immunités ou facilités supplémentaires, découlant des usages internationaux. » (Conseil fédéral, *06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte*, 13 septembre 2006, FF 2006 7603).

<sup>54</sup> Exemples :

- « Cependant, alors que l'immunité accordée aux Chefs d'Etat constitue une obligation du droit international, la nature de cette pratique en faveur des hautes personnalités est contestée: pour certains il s'agit d'une obligation du droit international, pour d'autres de l'observation d'une courtoisie entre Etats (En note : Une règle de droit coutumier international n'a pas été établie pour les personnalités de haut

En somme, les autorités suisses tiennent compte de la distinction entre une pratique mue par des motivations extrajuridiques et par l'*opinio juris*, même si la terminologie est parfois fluctuante.

## 5. Traités

La notion de traité (voir aussi art. 38 par. 1 lit. a du Statut de la CIJ) apparaît à différentes reprises dans les projets de conclusions du Rapporteur spécial, par exemple à travers l'expression de « conduite en matière de traités » (projet de conclusion 6 ch. 2) ou de « dispositions conventionnelles » (projet de conclusion 10, ch. 2). Son troisième rapport consacre également une section au rôle des traités dans la détermination du droit international coutumier<sup>55</sup>. Si la notion de traité n'est pas définie par le Rapporteur spécial, il ressort de ses travaux que les traités constituent des « textes écrits »<sup>56</sup> ; qu'il peut s'agir d'accords bilatéraux ou multilatéraux<sup>57</sup> ; et que ceux-ci ont force obligatoire pour les Etats qui y sont parties<sup>58</sup>.

Le Conseil fédéral a défini les traités internationaux comme « un accord de volontés, soumis au droit international, entre des Etats ou d'autres sujets de droit international (notamment les organisations interétatiques) qui s'engagent à adopter un certain comportement (obligation de faire, de s'abstenir et de tolérer). Cet accord se fait habituellement par écrit, les traités oraux

---

rang car l'élément de l'*opinio juris vel necessitatis* fait en l'occurrence défaut.) » (DDIP, 'Immunités des chefs d'Etats et des personnalités de haut rang. Résumé de l'état de la pratique internationale en la matière', Avis de droit du 22 février 2001, JAAC 67.35)

- Une note de la DDIP contient des remarques concernant la relation entre courtoisie et *opinio juris*, la dernière étant seule pertinente en matière de droit international coutumier : « A côté de la justification fondée sur des traités au sens formel du terme, on pourrait songer à la courtoisie internationale ou régionale, c'est-à-dire un acquiescement informel mais actif, ou une tolérance passive, sans y voir d'obligation juridique ou d'*opinio juris*. Dans ce cadre, plusieurs critères et intérêts de la Suisse pourraient entrer en ligne de compte (...) Le caractère plutôt complexe de cette procédure, son issue incertaine et le manque de sécurité juridique ou de rattachement au droit des gens (la courtoisie n'équivaut pas au droit international coutumier) (En note : Cf. également Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 5e éd., Munich 2004, § 16, nos 12, 24.) font de la courtoisie un moyen à n'utiliser qu'à titre exceptionnel. Les Etats invités à l'accepter peuvent, dans le contexte de la courtoisie, retirer ou modifier leur accord ou pratique à tout moment. Cela rendra difficile le contrôle de la pratique par la centrale à Berne et les autorités suisses concernés. » (Note de la DDIP du 28 janvier 2008)
- « La notion d'entraide internationale n'a pas fait l'objet d'une définition générale en droit international public et, en l'absence de base conventionnelle, il n'existe aucun droit, sur le plan international, de l'obtenir. Ce n'est qu'en se prévalant de la 'courtoisie' internationale (En note : Cela correspond à peu près à la notion de 'bon voisinage'. Sur la courtoisie internationale, consulter Brownlie, op. cit. note 27, pp. 29 et ss.) qu'on l'a parfois réclamée, sur la base de considérations extrajuridiques. On consultera donc en premier lieu le droit national pour établir si les autorités suisses peuvent (ou doivent), de leur propre initiative ou sur demande, fournir des informations à des autorités étrangères. » (Avis de droit de la DDIP du 12 mars 1998. JAAC 2001, fasc. 65/II, n° 71).

<sup>55</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 15 ss, par. 27 ss.

<sup>56</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 16, par. 28.

<sup>57</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 18, par. 32.

<sup>58</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 18, par. 32.

étant excessivement rares »<sup>59</sup>. Le Conseil fédéral reconnaît, dans ce même rapport, l'existence de traités bilatéraux et multilatéraux<sup>60</sup>. Sa notion de traité se recoupe donc avec celle utilisée par le Rapporteur spécial.

## 6. Principes généraux

Le Rapporteur spécial note, dans son premier rapport, que la distinction entre droit international coutumier et principes généraux n'est « pas toujours nette dans la jurisprudence ou la doctrine », mais qu'« il demeure important de déterminer les règles qui doivent de par leur nature être ancrées dans la pratique effective des Etats »<sup>61</sup>.

Le Conseil fédéral, quant à lui, a distingué les principes généraux du droit international coutumier comme suit : « Le droit coutumier et les principes généraux de droit ne peuvent pas non plus être dénoncés. Il s'agit, pour le premier, de normes que la communauté internationale considère comme obligatoires car elles sont l'expression d'une pratique générale reconnue en tant que règle de droit (En note : Par ex. le principe de l'intégrité territoriale des Etats, les principes relatifs à l'immunité juridictionnelle des chefs d'Etat et de gouvernement et les règles fondamentales du droit des traités; voir à ce propos le rapport du 5.3.2010, ch. 4.3.) et, pour les seconds, de normes dotées d'une validité universelle car connues de tous les grands systèmes juridiques dans le monde. (En note : Par ex. le principe de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit et le principe de proportionnalité; voir à ce propos le Rapport du 5 mars 2010, point 4.4 [FF 2010, p. 2083].) »<sup>62</sup>

La terminologie utilisée par les autorités suisses se recoupe donc avec celle employée par le Rapporteur spécial. Toutefois, du fait que, comme la CIJ<sup>63</sup>, elles se réfèrent souvent aux « principes » en tant que type de norme, et non en tant que source du droit international, saisir l'ensemble de la pratique déterminante en matière de droit international coutumier n'est pas chose aisée. La coutume comprend en effet un grand nombre de principes, parfois invoqués par les autorités suisses sans que leur source (coutumière) ne soit explicitée et donc sans que

---

<sup>59</sup> Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2081.

<sup>60</sup> Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2082.

<sup>61</sup> CDI, 'Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier', Présenté par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial, 17 mai 2013, UN Doc A/CN.4/663, p. 19 s, par. 36.

<sup>62</sup> Conseil fédéral, *Rapport additionnel au Rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne*, 30 mars 2011, FF 2011 3401, p. 3412.

<sup>63</sup> Pour une discussion, voir Peter Tomka, 'Custom and the International Court of Justice', (2013) 12 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 195-216. Voir aussi Pierre d'Argent, 'Les principes généraux à la Cour internationale de Justice', in Samantha Besson / Pascal Pichonnaz (édit.), *Les principes en droit européen – Principles in European Law*, Schulthess, Genève / Bâle / Zurich 2011, 107-119.

les éléments constitutifs de la coutume ne soient identifiés (à ce sujet, voir aussi *infra*, C.II.1.b)).

## **B. Les spécificités suisses en matière de détermination du droit international coutumier**

La pratique suisse en matière de détermination du droit international coutumier se distingue à plusieurs égards de celle d'autres Etats. Ces spécificités reflètent en partie la place du droit international dans l'ordre juridique suisse et certaines caractéristiques générales propres à ce dernier.

### **I. Le monisme**

Les ordres juridiques nationaux sont qualifiés tantôt de monistes, tantôt de dualistes selon qu'ils exigent ou non un acte de transposition de la norme internationale en droit interne pour que celle-ci fasse partie intégrante de l'ordre juridique national, c'est-à-dire qu'elle constitue une norme valide en son sein.

La Constitution fédérale (Cst.) comporte plusieurs indices quant au fait que le droit international acquiert une validité immédiate au sein de l'ordre juridique suisse. Ainsi, les autorités appliquent tant le droit interne que le droit international (art. 190 Cst.) et sont tenues de les respecter (art. 5 al. 4 Cst.). Enfin, la violation du droit international est un motif de recours devant le Tribunal fédéral (art. 189 al. 1 lit. b Cst.). Le monisme de l'ordre juridique suisse est aussi reconnu depuis longtemps en pratique par les autorités exécutives, judiciaires et législatives suisses<sup>64</sup>.

En accord avec la conception moniste de l'ordre juridique suisse, la pratique des autorités suisses en matière de droit international coutumier considère que ses normes sont immédiatement valides dans l'ordre juridique suisse, sans qu'un acte de transposition soit nécessaire<sup>65</sup>.

Ainsi, le Conseil fédéral a déclaré, dans son rapport de 2010, que « [l]e droit coutumier international et les principes généraux de droit acquièrent une validité immédiate même dans les Etats dualistes »<sup>66</sup>, ajoutant que « [le dualisme] convient donc mal au droit coutumier, en

---

<sup>64</sup> Voir p.ex. Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2068 ; Conseil national, session de printemps 1997, dix-septième séance, 21 mars 1997, 96.3479 Interpellation Samuel Schmid, 'Droit international – changement de système' (classée après être restée en suspens pendant plus de deux ans).

<sup>65</sup> ATF 1, 411 ; 49 I 188 ; 50 II 507 ; 52 I 218 ; 52 II 235 ; 56 I 237 ; 57 II 550 ; 86 I 23 ; 96 I 648 ; 108 Ib 264. Voir aussi Dominicé, 'Le droit international coutumier dans l'ordre juridique suisse', *op.cit.*, par. 8-15.

<sup>66</sup> Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2068.

constante évolution »<sup>67</sup>. Le Conseil fédéral a également précisé que le Tribunal fédéral « n'a jamais remis en question l'application directe du droit coutumier international ou des principes généraux de droit » et qu'il a « confirmé à maintes reprises le principe de la validité immédiate du droit international »<sup>68</sup>. Le Tribunal fédéral, lui aussi, a affirmé que le droit international coutumier fait partie de « l'ensemble du droit international contraignant pour la Suisse » mentionné à l'art. 190 Cst.<sup>69</sup>.

En matière d'immunités, par exemple, l'approche moniste du droit international coutumier en Suisse ressort d'une communication de la DDIP de 2003 selon laquelle « l'immunité des chefs d'Etat en exercice est un principe solidement ancré dans le droit international coutumier et, en tant que tel, fait partie de l'ordre juridique suisse »<sup>70</sup>.

Le monisme a des implications pour l'identification du droit international coutumier. Une norme coutumière internationale est immédiatement valide dans l'ordre juridique suisse. Par conséquent, le travail d'identification revient avant tout aux autorités d'application du droit, qui doivent identifier le droit international coutumier avant de pouvoir l'appliquer, et non pas d'abord, ou uniquement, au législateur. La pratique des tribunaux et de l'administration suisse est donc particulièrement importante dans ce contexte, comme nous le verrons (voir *infra* C.I.1).

## II. La primauté

De manière générale, les autorités suisses reconnaissent la primauté du droit international sur le droit suisse<sup>71</sup>. Cela vaut aussi pour celle du droit international coutumier<sup>72</sup>.

Le Conseil fédéral a déclaré, dans un Message de 2003, que les conflits entre droit international et droit interne doivent être résolus par référence aux « principes généralement reconnus du droit international qui, pour la Suisse, sont contraignants en tant que droit usuel ou contractuel »<sup>73</sup> (dans la version allemande : « *als Völkergewohnheitsrecht oder als Staatsvertragsrecht* »).

---

<sup>67</sup> Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2088.

<sup>68</sup> Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2104.

<sup>69</sup> Voir TF, arrêts 2A.784/2006, 2A.783/2006 et 2A.785/2006 du 23 janvier 2008, consid. 7.1 ; ATF 133 II 450, consid. 6.1 (où le TF cite le Message du Conseil fédéral relatif à la nouvelle Constitution de 1999).

<sup>70</sup> Communication faite par la DDIP à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police, 10 décembre 2003.

<sup>71</sup> ATF 125 II 417, consid. 4 d).

<sup>72</sup> ATF 44 I 49 ; 82 I 75.

<sup>73</sup> Conseil fédéral, *03.078 Message relatif à une nouvelle loi sur les douanes*, 15 décembre 2003, FF 2004 517, p. 540.

Dans son rapport du 12 juin 2015, le Conseil fédéral examine la possibilité de résoudre les conflits entre droit international et droit interne en donnant la primauté à la norme jouissant de la plus grande légitimité démocratique. Il y déclare que « [l]e droit coutumier et les principes généraux du droit sont eux aussi déterminants. De par leur nature, ils se développent indépendamment du processus de formation des normes nationales et échappent donc au critère de la légitimité démocratique censé fonder la hiérarchie des normes (En note : Voir le rapport « Relation entre droit international et droit interne », ch. 9.3.2). La règle de primauté proposée ne permet donc pas de résoudre les contradictions entre le droit interne et les normes internationales non conventionnelles. Il faut cependant souligner que de tels conflits devraient être rares dans la pratique. »<sup>74</sup>

En Suisse, la primauté du droit international connaît quelques exceptions, cependant, et notamment les limites de la *lex posterior* selon la jurisprudence Schubert quant à sa primauté sur les lois fédérales (à l'exception du droit international des droits de l'homme qui prime l'ensemble du droit fédéral), d'une part, et sa limitation à la primauté du droit impératif pour ce qui concerne ses rapports avec le droit constitutionnel fédéral, d'autre part. Ces deux limites à la primauté du droit international en Suisse peuvent avoir une influence sur la détermination du droit international coutumier par les autorités suisses<sup>75</sup>.

Concernant la jurisprudence Schubert, premièrement, le Conseil fédéral a précisé que cette jurisprudence, qui permet à l'Assemblée fédérale, en adoptant une loi fédérale, de déroger volontairement à un traité international, concerne aussi le droit international coutumier<sup>76</sup>. Le Conseil fédéral, en examinant les implications d'une codification de la jurisprudence Schubert en droit suisse, a également précisé qu'il faudrait « déterminer si les lois fédérales doivent primer uniquement les traités ou bien aussi le droit coutumier (...). Naturellement, il serait exclu qu'elles priment les règles impératives du droit international. »<sup>77</sup> En outre, dans la mesure où il s'agit de droit international coutumier des droits de l'homme, cependant, la réponse est déjà connue puisque, selon le Tribunal fédéral, le droit international des droits de l'homme prime les lois fédérales peu importe ses sources<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Conseil fédéral, *Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne, Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 13.3805*, 12 juin 2015, disponible sous <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2015/2015-06-12.html>, p. 17. Voir aussi Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2124.

<sup>75</sup> Voir aussi Dominicé, 'Le droit international coutumier dans l'ordre juridique suisse', *op.cit.*, par. 57-79.

<sup>76</sup> Conseil fédéral, *Rapport additionnel au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne*, 30 mars 2011, FF 2011 3401, p. 3441.

<sup>77</sup> Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2125.

<sup>78</sup> ATF 139 I 16 ; ATF 125 II 417.

Concernant un éventuel conflit entre droit international coutumier et une norme constitutionnelle nouvellement adoptée, deuxièmement, le Conseil fédéral déclare que « la seule solution possible pour éviter un conflit est de modifier les engagements internationaux en cause. Une modification de ce genre nécessite cependant l'accord de toutes les parties ou l'existence d'une pratique ultérieure persistante dérogeant au traité, exercée et reconnue par la communauté des Etats (art. 39 ss de la Convention de Vienne). Un Etat ne peut donc pas, unilatéralement, modifier un traité international ou le droit international coutumier »<sup>79</sup>.

Dans le cadre des conditions de validité matérielle des initiatives constitutionnelles fédérales, le Conseil fédéral semble cependant considérer que le conflit entre une norme de droit international coutumier et une norme contraire de droit constitutionnel est encore plus difficile à résoudre qu'en matière de droit conventionnel. Il dit en effet que « la Constitution exige le respect des règles contraignantes [il faut entendre « impératives »] en matière de droit international public ». Celles-ci « constituent des normes matérielles et absolues auxquelles le droit international ne peut déroger (ce sont p. ex. l'interdiction de la torture, du crime de génocide, de l'esclavage ou encore du refoulement). Dans la mesure où il s'agit de normes de droit coutumier international, un Etat ne saurait s'y soustraire, même en révoquant des conventions de droit international (cf. message du Conseil fédéral relatif à la révision totale de la Constitution fédérale; FF 1997 I 449). »<sup>80</sup> La difficulté ici ne semble pas être uniquement le caractère impératif de ces normes, mais leur source coutumière. De manière fort intéressante, cette dernière se distingue apparemment des traités par l'impossibilité pour l'Etat de retirer unilatéralement son consentement de manière subséquente (sur l'objection subséquente, voir *infra* C.IV.2). La modification de la coutume ou la création d'une nouvelle coutume en lieu et place de l'ancienne requiert en effet que les conditions de généralité de la pratique et de l'*opinio juris* soient remplies.

### III. L'effet direct

Certaines normes de droit international coutumier peuvent jouir d'un effet direct dans l'ordre juridique suisse, comme d'autres normes de droit international et aux mêmes conditions.

Le Conseil fédéral rappelle que la question de l'effet direct est déterminée par l'interprétation de la disposition par les organes étatiques d'application du droit. Ces derniers « déterminent si, au vu du contenu, du but et de la formulation de la règle, celle-ci nécessite une concrétisation par d'autres actes de droit international ou de droit interne, ou bien si elle est

---

<sup>79</sup> Conseil fédéral, *Rapport additionnel au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne*, 30 mars 2011, FF 2011 3401, p. 3412. Voir aussi DFJP/OFJ, 'Conditions de validité des initiatives populaires et limites matérielles à la révision de la Constitution fédérale', JAAC 1/2012 du 1er mai 2012, 2012.4 (p. 72-89), p. 81.

<sup>80</sup> Conseil fédéral, *01.036 Message concernant l'initiative populaire 'contre les abus dans le droit d'asile'*, 15 juin 2001, FF 2001 4511, p. 4516.

suffisamment précise. Il en va de même pour le droit coutumier et les principes généraux de droit. »<sup>81</sup>

Si on compare la pratique suisse en la matière à celle d'autres Etats, il s'agit là d'une caractéristique remarquable étant donné le caractère souvent plus indéterminé des normes non-écrites du droit international coutumier<sup>82</sup>. Cela tient certainement au fait que la pratique suisse de détermination du droit international coutumier concerne surtout des domaines matériels dans lesquels les normes coutumières peuvent trouver à s'appliquer aux particuliers, et notamment le droit des immunités et le droit international pénal, d'une part, et dans lesquels il n'y a pas ou peu (encore) de droit suisse, d'autre part.

A cet égard, si certaines normes de droit international coutumier ont été considérées comme directement applicables<sup>83</sup>, l'effet direct pose cependant problème pour ce qui concerne les normes de droit international pénal coutumier en Suisse. En effet, « [p]our servir de base directe à une accusation et à une condamnation dans une procédure pénale, une norme de droit international doit satisfaire à des critères de précision très stricts afin que l'individu puisse prévoir le caractère pénalement répréhensible de son acte et les conséquences de son comportement »<sup>84</sup>. Le Conseil fédéral conclut : « Faute de prévisibilité des conséquences pénales, il est impossible d'appliquer directement, dans une procédure pénale conduite en Suisse, des normes pénales issues du droit international coutumier visant les crimes contre l'humanité »<sup>85</sup>. Dans de tels cas, « il est donc indispensable de légiférer si l'on veut pouvoir punir les crimes contre l'humanité en Suisse »<sup>86</sup>. Cette question a d'ailleurs aussi été soulevée par la Conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf devant l'Assemblée fédérale<sup>87</sup>.

---

<sup>81</sup> Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2094.

<sup>82</sup> Voir notamment Dominicé, 'Le droit international coutumier dans l'ordre juridique suisse', *op.cit.*, par. 16-37 ; Wüger, 'Justiziabilität von Völkergewohnheitsrecht', *op.cit.* ; Stirling-Zanda, *L'application judiciaire du droit international coutumier, op.cit.*, p. 115.

<sup>83</sup> Exemples :

- « Du fait de leur nature et d'après la coutume internationale, les normes d'entraide administrative et judiciaire sont en général applicables immédiatement (pour l'entraide judiciaire, cf. ATF 117 IV 169, c. 4c (?)). » (TF, X. et Y. Inc. c. Administration fédérale des contributions (c. 2a). *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, 58e année, 2002, p. 303 (307))
- Dans TF, arrêt 1A.63/2002 du 9 avril 2002, qui concerne le principe de la bonne foi entre Etats, le TF précise que « Selon les conceptions en vigueur en Suisse, les principes généraux du droit des gens sont directement applicables comme droit interne », et qu'un recourant peut les invoquer « dans la mesure où ils ont aussi pour but de protéger les individus » (voir consid. 2.1).

<sup>84</sup> Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3475.

<sup>85</sup> Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3475.

<sup>86</sup> Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3478. Voir aussi l'exemple suivant sur l'interdiction du génocide : « Ces interdictions de droit coutumier s'appliquent directement aux individus sans qu'il soit nécessaire qu'elles aient été transposées en droit national. Néanmoins, sans définition concrète de la peine encourue, elles ne peuvent pas servir de base directe à une condamnation pénale. » (Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales*

La question du respect du principe de la légalité s'est aussi posée en rapport avec l'art. 109 du Code pénal militaire (CPM), qui contient un renvoi général au droit coutumier. Le Conseil fédéral déclare que « [m]ême si l'art. 109 CPM permet en principe de punir en Suisse les crimes de guerre relevant du Statut de Rome, il paraît judicieux – pour toutes les raisons indiquées plus haut – d'asseoir sur des bases légales précises la lutte contre ces crimes d'une gravité extrême, qui sont punis de lourdes peines. »<sup>88</sup>

#### IV. La « *Völkerrechtsfreundlichkeit* »

Une autre caractéristique de l'ordre juridique suisse est sa « *Völkerrechtsfreundlichkeit* », terme utilisé pour désigner une attitude ouverte du droit interne vis-à-vis du droit international. Cette ouverture peut s'exprimer de différentes manières et se refléter tant dans le droit que dans la pratique des autorités.

Ainsi, la Constitution fédérale présente une approche ouverte du rapport du droit interne au droit international, comme le suggère son préambule<sup>89</sup>, et l'engagement de la Confédération « en faveur d'un ordre international juste et pacifique ». De même, la Confédération contribue « à promouvoir le respect des droits de l'homme, la démocratie, la coexistence pacifique des peuples et la préservation des ressources naturelles »<sup>90</sup>.

L'importance de respecter le droit international est aussi fréquemment soulignée par les autorités politiques, tant sur le plan interne que sur le plan international dans le cadre des relations extérieures de la Suisse. La conformité du droit suisse au droit international est assurée par différents mécanismes institutionnels, comme le contrôle de validité des initiatives populaires fédérales au droit international par l'Assemblée fédérale<sup>91</sup> et l'évaluation par le Conseil fédéral de projets de lois fédérales<sup>92</sup> et d'initiatives constitutionnelles fédérales<sup>93</sup> sous l'angle de leur conformité au droit supérieur. Les tribunaux interprètent le droit suisse en

---

*en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3474).

<sup>87</sup> « Kriegsvölkerrecht und auch die internationalen Verträge gegen den Terrorismus befinden sich in einer Entwicklung. Gewisse Delikte sind ja seit Jahrzehnten geächtet, andere Delikte entwickeln sich zurzeit in Richtung Gewohnheitsrecht. Der genaue Zeitpunkt, wann welche Norm universell verbindlich ist, ist selten genau definierbar. Entsprechend problematisch ist es darum, den Einzelnen mit einer Strafnorm zu konfrontieren, die nach der Begehung eines Deliktes in Kraft getreten ist, und ihm vorzuhalten, dass sein Verhalten nach Völkerrecht strafbar war, zum Teil nach ungeschriebenem Völkerrecht. » (Conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf, 08.034 Cour pénale internationale. Mise en œuvre du Statut de Rome, Conseil national, Session de printemps 2009, Troisième séance, 4 mars 2009).

<sup>88</sup> Conseil fédéral, 08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3479.

<sup>89</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101) (Cst.), Préambule : « Le peuple et les cantons suisses, (...) conscients de leur responsabilité envers la Création, résolus à renouveler leur alliance pour renforcer la liberté, la démocratie, l'indépendance et la paix dans un esprit de solidarité et d'ouverture au monde (...) ».

<sup>90</sup> Art. 54 al. 2 Cst.

<sup>91</sup> Art. 139 al. 3 Cst.

<sup>92</sup> Art. 141 al. 2 lit. a de la Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 (RS 171.10) (ci-après : LParl).

<sup>93</sup> Art. 97 LParl.

conformité avec le droit international tant que faire se peut<sup>94</sup>. Enfin, comme nous l'avons vu précédemment, la jurisprudence suisse admet, dans des cas de plus en plus nombreux, une primauté de principe du droit international sur le droit interne<sup>95</sup>, et certaines normes de droit international sont appliquées par les autorités même lorsqu'elles n'ont pas été invoquées par les parties<sup>96</sup>.

La « Völkerrechtsfreundlichkeit » dont font preuve les autorités suisses permet une bonne réception du droit international coutumier en Suisse en général. Elle implique, par conséquent, une application régulière de ce droit et, par-là, un besoin d'identification fréquent de ses normes et de ce fait une contribution à leur formation plus généralement. Les obligations internationales de la Suisse, et notamment celles découlant du droit international coutumier, sont en effet régulièrement mentionnées dans les décisions et prises de position des autorités suisses, qui, comme nous le verrons, soulignent à cette occasion combien leur pratique est conforme au droit international coutumier (voir *infra*, C.III.1.b)bb)(1)).

## **V. La séparation des pouvoirs et l'indépendance du pouvoir judiciaire**

Une autre spécificité de la pratique des autorités suisses tient à l'ordre constitutionnel qui les institue, et notamment à la conception de la séparation des pouvoirs retenue, y compris pour ce qui touche aux relations extérieures de la Suisse.

L'ordre juridique suisse est marqué par la prévalence de l'autorité législative, mais garantit aussi l'indépendance de ses tribunaux. En même temps, c'est le gouvernement suisse qui est la première autorité compétente dans le domaine des relations avec l'étranger (art. 184 Cst.).

Tout d'abord, l'Assemblée fédérale est, en vertu du droit constitutionnel, « l'autorité suprême de la Confédération »<sup>97</sup>, ce qui explique notamment que la pratique du droit international des autorités suisses s'oriente souvent en fonction de considérations liées à la légitimité démocratique<sup>98</sup>. Les lois fédérales, en particulier, ne peuvent pas être invalidées par les tribunaux, qui sont tenus de les appliquer, comme le droit international<sup>99</sup>. L'Assemblée fédérale participe aussi « à la définition de la politique extérieure et surveille les relations avec l'étranger »<sup>100</sup>. Elle dispose de la compétence principale en matière d'approbation interne des traités internationaux<sup>101</sup>. L'importance des droits populaires revêt des implications pour ce qui

---

<sup>94</sup> Voir p.ex. ATF 94 I 669 ; 99 Ib 43. Voir aussi Wildhaber/Breitenmoser, *op. cit.*, p. 198-9.

<sup>95</sup> Voir p.ex. ATF 139 I 16.

<sup>96</sup> Voir p.ex. ATF 139 I 129, consid. 3.3 (mention de l'art. 6 par. 1 CEDH et de l'art. 14 du Pacte II de l'ONU).

<sup>97</sup> Art. 148 al. 1 Cst.

<sup>98</sup> Voir p.ex. ATF 139 I 16 (disposition constitutionnelle introduite par votation populaire au droit international) ; ATF 136 II 120, consid. 3.5.3 (discrimination à rebours).

<sup>99</sup> Art. 190 Cst.

<sup>100</sup> Art. 166 Cst.

<sup>101</sup> Art. 166 al. 2 Cst. Voir aussi art. 7a LOGA.

est des obligations internationales de la Suisse : certains traités internationaux peuvent, voire doivent en outre être soumis à un référendum<sup>102</sup>. Enfin, l'adhésion à certaines organisations internationales et aux organisations supranationales sont soumises au référendum obligatoire<sup>103</sup>.

Le Conseil fédéral, quant à lui, « est chargé des affaires étrangères sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale ; il représente la Suisse à l'étranger »<sup>104</sup>. C'est également à lui que revient la signature et la ratification des traités internationaux sur le plan international<sup>105</sup>.

Le Tribunal fédéral, enfin, « connaît des contestations pour violation [...] du droit international »<sup>106</sup>. C'est donc à lui qu'appartient avant tout la clarification de la norme de droit international et de son rapport avec le droit interne dans un cas concret. Les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent, en principe, être portés devant lui, sauf exception<sup>107</sup>. Le droit constitutionnel garantit également l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire<sup>108</sup>. Comme pour toutes les autorités étatiques, son activité est fondée sur et limitée par le droit<sup>109</sup>.

Selon les domaines, la détermination du droit international coutumier par l'une ou l'autre de ces autorités peut donc toucher aux compétences de différentes autres institutions, voire même se faire par plusieurs d'entre elles de front. Si elles sont plusieurs à se prononcer, ce qui arrive souvent, en particulier pour le DFAE et les tribunaux fédéraux<sup>110</sup>, la séparation des pouvoirs, et l'indépendance du juge, en particulier, exigent qu'elles ne se sentent pas liées les unes par les autres<sup>111</sup>.

Généralement, on peut observer que l'identification du droit international coutumier par l'une et/ou l'autre de ces autorités suisses est marquée par la déférence envers d'éventuelles autres autorités. Cette déférence ne suit pas, cependant, de règles et un modèle précis.

Comme nous le verrons, cette déférence est en particulier susceptible de varier selon le domaine matériel que régit la norme de droit international coutumier, et notamment selon qu'il s'agit de normes coutumières relatives aux relations extérieures de la Suisse ou à des questions purement internes (voir *infra*, C.I.3). Un exemple intéressant est celui du droit coutumier des immunités dans la mesure où il soulève des questions sur lesquelles les

---

<sup>102</sup> Art. 141 al. 1 lit. d Cst.

<sup>103</sup> Art. 140 al. 1 lit. a et b. Cst.

<sup>104</sup> Art. 184 al. 1 Cst.

<sup>105</sup> Art. 184 al. 2 Cst.

<sup>106</sup> Art. 190 al. 1 lit. b Cst.

<sup>107</sup> Art. 189 al. 4 Cst.

<sup>108</sup> Art. 30 al. 1 Cst.

<sup>109</sup> Art. 5 al. 1 Cst.

<sup>110</sup> Voir p.ex. TF, *M c. Département fédéral*, 21 septembre 1979, 75 ILR 109.

<sup>111</sup> Voir Sterling-Zanda, *L'application judiciaire du droit international coutumier*, *op.cit.*, p. 242.

autorités exécutives et les tribunaux sont susceptibles d'être en désaccord, d'où l'importance de l'indépendance judiciaire dans ce domaine.

Il convient de préciser que l'existence de divergences entre les autorités nationales est tolérée par le droit international. Du point de vue du droit international, en effet, la détermination du droit international coutumier n'incombe pas à une autorité nationale en particulier (contrairement à ce que pourrait disposer le droit national, mais pas le droit suisse), mais à chacune d'entre elles. Partant, il n'y a pas lieu de recommander que le droit international coutumier soit déterminé par une autorité suisse en priorité (p.ex. exécutive ou judiciaire) et que ses déterminations lient les autres autorités. A cet égard, le Rapporteur spécial mentionne dans son quatrième rapport que les projets de conclusion ne prennent pas position sur l'ordre juridique interne des Etats, mais qu'il faut prendre en compte le « statut constitutionnel des organes étatiques concernés, y compris la question de savoir lequel d'entre eux a le dernier mot en la matière. »<sup>112</sup> (voir aussi projet de conclusion 7, sur la cohésion entre autorités nationales).

## VI. L'art. 190 Cst.

L'art. 190 Cst. dispose que « [l]e Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international ».

Cet article constitutionnel a deux implications principales. Premièrement, en vertu de cette disposition, un contrôle de constitutionnalité des lois fédérales est exclu. Les lois fédérales doivent être appliquées. Deuxièmement, le rapport entre lois fédérales et droit international est laissé à l'appréciation des autorités d'application du droit.

Le Tribunal fédéral a précisé que l'art. 190 Cst. exige que les autorités appliquent les lois fédérales et le droit international (« *Anwendungsgebot* »), mais qu'elles ne sont empêchées ni d'examiner la conformité des lois fédérales au droit international ni d'examiner celle du droit international au droit constitutionnel suisse (« *kein Prüfungsverbot* »)<sup>113</sup>. Il leur est donc loisible d'inviter le législateur à amender une législation jugée incompatible avec le droit international.

Ce « *Prüfungsverbot* » a d'ailleurs été relativisé dans certains cas où la primauté sur le droit national a été reconnue au droit international. C'est ce qu'a décidé le Tribunal fédéral en 1993, en présence d'un conflit entre certaines dispositions d'une Convention de l'OIT et du Code européen de sécurité sociale avec la Loi sur l'assurance invalidité<sup>114</sup>. Plus récemment, dans un arrêt de 2012, le Tribunal fédéral a précisé qu'il appartenait au législateur de clarifier

---

<sup>112</sup> CDI, 'Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 8 mars 2016, UN Doc A/CN.4/695, p. 8, par. 23.

<sup>113</sup> ATF 136 I 49, consid. 3.1.

<sup>114</sup> ATF 119 V 171.

le rapport entre une disposition constitutionnelle qui n'était pas d'effet direct et le droit international. Il a cependant insisté sur l'incompatibilité de ladite disposition avec le droit international, et notamment la CEDH<sup>115</sup>.

L'art. 190 Cst. s'applique à toutes les sources du droit international, y compris au droit international coutumier<sup>116</sup>. L'évolution constatée à ce sujet semble donc pouvoir s'appliquer aussi au droit international coutumier<sup>117</sup>. La détermination du droit international coutumier par les autorités suisses, et notamment le juge suisse, doit donc aussi être appréciée à la lumière de l'art. 190 Cst.

## **VII. L'absence d'obligation explicite de recourir au droit international coutumier**

Une caractéristique de l'ordre juridique suisse pertinente dans ce contexte est que le droit suisse ne contient pas d'obligation explicite des autorités suisses, et notamment des tribunaux, de recourir au droit coutumier.

La Constitution fédérale précise simplement que la Confédération et les cantons « respectent le droit international » (art. 5 al. 4 Cst.), et que « [l]e Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international » (art. 190 Cst.).

Les autorités suisses jouissent donc d'une liberté de moyens pour assurer le respect du droit international, y compris du droit international coutumier. La liberté des autorités suisses influe par conséquent sur les modalités de la détermination de ce dernier, comme nous le verrons. Cette liberté explique d'ailleurs, selon Simonetta Sterling-Zanda, l'ampleur et la richesse de la pratique suisse de détermination du droit international coutumier<sup>118</sup>.

Bien sûr, la violation d'une obligation coutumière internationale de la Suisse au travers de ses organes engage sa responsabilité internationale (art. 1, 2 et 4 ARE<sup>119</sup>).

## **VIII. Le fédéralisme**

Une autre spécificité de l'ordre juridique suisse, pertinente du point de vue du droit international coutumier, est sa forme politique fédérale : les cantons jouissent d'une souveraineté de principe (art. 3 Cst.).

---

<sup>115</sup> ATF 139 I 16.

<sup>116</sup> Voir en ce sens Commission des affaires juridiques du Conseil national, 05.445 / 07.476 *Parlamentarische Initiativen. Verfassungsgerichtsbarkeit. Bundesverfassung massgebend für rechtsanwendende Behörden, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates*, 12. August 2011, Bbl 2011 7271, p. 7275 s.

<sup>117</sup> Voir déjà Dominicé, 'Le droit international coutumier dans l'ordre juridique suisse', *op.cit.*, par. 57-79.

<sup>118</sup> Stirling-Zanda, *L'application judiciaire du droit international coutumier*, *op.cit.*, p. 115.

<sup>119</sup> CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, repris dans la résolution A/RES/56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Dans le cadre de leurs compétences, les cantons doivent, comme la Confédération, respecter le droit international (art. 5 al. 4 Cst.), y compris coutumier. Ils peuvent donc à cette occasion également prendre position sur celui-ci dans leurs domaines de compétence. C'est le cas, par exemple, en matière de police ou d'aménagement du territoire.

C'est ce qui explique l'importance de la pratique cantonale de détermination du droit international coutumier dans ces domaines-là. Les tribunaux cantonaux, notamment, sont parfois amenés à trancher des litiges ayant trait au droit international coutumier, surtout dans le domaine du droit des immunités<sup>120</sup>.

## **IX. Les domaines matériels coutumiers importants pour la Suisse**

Un dernier élément distinctif de la pratique d'identification du droit international coutumier par les autorités suisses est que celle-ci est particulièrement riche dans certains domaines matériels du droit international coutumier.

La pratique d'identification de l'administration fédérale est particulièrement fournie en ce qui concerne le droit de la neutralité, le droit international humanitaire, le droit des relations diplomatiques et consulaires, le droit international pénal et pénal international, le droit des immunités et le droit international des droits de l'homme. La pratique d'identification des autorités législatives, moins prolifique, concerne principalement les relations diplomatiques et consulaires et le droit pénal international. Dans la « Pratique suisse en matière de droit international public », qui publie des extraits de la pratique de toutes les autorités suisses confondues, les domaines du droit international coutumier les plus fréquemment cités concernent les relations diplomatiques et consulaires, les immunités des Etats et des organisations internationales, le droit des traités et le droit international humanitaire.

L'importance de certains domaines du droit international coutumier dans la pratique suisse de détermination s'explique notamment parce que la Suisse est une place diplomatique importante, le siège de nombreuses organisations internationales et celui d'organisations non-gouvernementales comme le CICR. Les autorités suisses contribuent, par conséquent, de manière importante à la pratique internationale d'identification de normes de droit international coutumier dans les domaines précités. Le volume et le détail de cette pratique s'expliquent aussi, en tout cas pour le droit des immunités, par le fait que ces affaires mettent habituellement en cause des droits individuels, ce qui requiert des justifications détaillées en cas de restriction de la part des autorités suisses, et notamment des tribunaux. Enfin, elle s'explique, en tout cas pour le droit des immunités, par le fait que ce droit ne fait pas l'objet d'une réglementation de droit suisse contrairement à ce qui prévaut dans d'autres Etats.

---

<sup>120</sup> Exemples :

- OGer ZH, arrêt PS 130067 du 14 mai 2013, et OGer ZH, arrêt PS120238 du 24 janvier 2013
- Chambre des prud'hommes de la Cour civile de la Cour de justice du canton de Genève, arrêt CAPH/53/2012 du 13 mars 2012.

Outre la qualité de cette pratique, c'est aussi sa fréquence qui explique que la pratique suisse d'identification dans ces domaines-là soit souvent citée à l'étranger<sup>121</sup>. La question de ces domaines coutumiers privilégiés sera soulevée et traitée à nouveau en lien avec l'identification de la pratique internationale et nationale, et avec la notion d'« Etat particulièrement intéressé » utilisée dans ce contexte.

---

<sup>121</sup> Voir notamment la référence à l'ATF 115 Ib 496 dans la jurisprudence *Pinochet* de la Chambre des Lords britannique (*Regina v. Bartles and the Commissioner of Police for the Metropolis et al., ex parte Pinochet*, HL, 25 novembre 1998, [1998] WLR 1456 et HL, 15 janvier 1999, [1999] 2 WLR 272). Voir aussi la référence à la pratique suisse dans CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 55, n. 190. Sur cette question, Sterling-Zanda, *L'application judiciaire du droit international coutumier, op.cit.*, p. 242 ; Sterling-Zanda, 'The Determination of Customary International Law in European Courts', *op.cit.*, p. 15.

## **C. La pratique suisse de détermination du droit international coutumier : analyse**

L'analyse de la pratique suisse d'identification et de formation des normes de droit international coutumier est structurée en quatre parties principales.

La première partie (I) présente et analyse le cadre de la pratique de détermination de la coutume des autorités suisses. Celui-ci comprend notamment les institutions (I.1), le contexte juridique (I.2) et le domaine matériel du droit international coutumier (I.3) en cause. Ces différents éléments expliquent beaucoup des variations dans la pratique suisse de détermination du droit international coutumier. A l'intérieur de chacun de ces éléments du cadre de la pratique, la variabilité est aussi analysée entre ces différents éléments dans la mesure où elle livre des précisions supplémentaires quant à la pratique de détermination des autorités suisses. A titre d'exemple, il est possible que l'identité des institutions impliquées dans la détermination de la coutume et leurs rapports revêtent des caractéristiques spécifiques selon le domaine matériel de droit international coutumier considéré.

La deuxième partie (II) présente et analyse les moyens de détermination de la coutume par les autorités suisses. Il s'agit notamment d'examiner si et comment la détermination du droit international coutumier est influencée par les autres sources du droit international et notamment les traités et les principes généraux (II.1), de présenter les sources (ou « moyens ») utilisées par les autorités suisses pour la détermination du droit international coutumier (II.2) et d'analyser les méthodes de détermination du droit international coutumier si tant est qu'on puisse parler de « méthode » en la matière (II.3).

La troisième partie (III) analyse les critères de détermination de la coutume par les autorités suisses et constitue le cœur de la présente étude. L'identification des éléments constitutifs de la coutume, c'est-à-dire de la pratique et de l'*opinio juris*, est analysée à la lumière de la version la plus récente des projets de conclusions de 2016 (III.1). Les implications de cette pratique suisse d'identification sur la formation du droit international coutumier sur le plan international sont discutées dans un deuxième temps (III.2).

Enfin, la dernière partie de l'analyse (IV) est consacrée à différentes autres questions liées à la pratique suisse de détermination du droit international coutumier. Celles-ci concernent la modification et l'extinction du droit international coutumier (IV.1), l'objection persistante (IV.2), le droit international coutumier impératif (IV.3) et le droit international coutumier particulier (IV.4).

# **I. Le cadre de la détermination des autorités suisses**

## **1. Les institutions**

Les différentes institutions suisses identifient la norme de droit international coutumier, mais sont aussi, à cette occasion, voire antérieurement ou ultérieurement, les auteurs des éléments qui permettent l'identification de la norme, voire même qui constituent cette norme.

De manière générale, on peut observer que la pratique d'identification des tribunaux suisses (a)) est moins volumineuse que celle des autorités exécutives (b)), même si elle est beaucoup plus fournie que celle du législateur (0). La question de leurs rapports sera aussi discutée (d)), de même que la proportion de leur participation à l'identification de la coutume (0).

### **a) Les tribunaux**

Les tribunaux fédéraux mentionnent très rarement les deux éléments nécessaires à la formation d'une norme de droit international coutumier. Partant, il est également exceptionnel<sup>122</sup> que ces deux éléments soient examinés de manière détaillée par les tribunaux afin de vérifier l'existence d'une norme de droit international coutumier.

Tout comme la jurisprudence fédérale, la jurisprudence cantonale analysée contient peu de références au droit international coutumier, et les développements détaillés quant à l'identification de ce droit sont rares<sup>123</sup>.

Les tribunaux suisses sont fréquemment confrontés à des questions portant sur le rapport entre droit national et droit international coutumier ou, quoique plus rarement, à des conflits entre deux normes de droit international coutumier. En général, plus une norme de droit international coutumier joue un rôle central à la résolution de ces questions, plus son identification est précise et méthodique. On peut aussi mentionner la mise en cause de droits individuels comme facteur influant le degré de précision de l'identification du droit international coutumier. Enfin, la composition de ces tribunaux peut expliquer ce degré variable de détail en matière d'identification du droit international coutumier. Ainsi, plusieurs arrêts détaillés en matière de droit international coutumier ont été rendus par une formation incluant le juge Michael Beusch (également Professeur de droit à l'Université de Zurich)<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> Pour deux arrêts particulièrement détaillés, voir :

- TAF, arrêt A-4771/2012 du 2 juillet 2014
- TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012.

<sup>123</sup> Voir cependant les exemples suivants : Chambre des prud'hommes de la Cour civile de la Cour de justice du canton de Genève, arrêt CAPH/53/2012 du 13 mars 2012 ; Chambre des prud'hommes de la Cour civile de la Cour de justice du canton de Genève, arrêt CAPH/95/2011 du 7 juillet 2011 ; OGer ZH, arrêt PS120140 du 5 avril 2013, consid. 5 d).

<sup>124</sup> Exemples :

- TAF, arrêt A-4771/2012 du 2 juillet 2014

Parmi les différentes sources de droit international utilisées dans la détermination du droit international coutumier, les tribunaux suisses font le plus souvent référence au droit international conventionnel. La citation de tribunaux internationaux et de tribunaux étrangers nationaux est relativement peu fréquente. Les tribunaux suisses se réfèrent plutôt rarement à des ouvrages de doctrine. Ils ne renvoient pratiquement pas à la pratique des Etats dans le cadre d'organisations internationales, ni à la pratique d'acteurs non étatiques. De manière générale, ils paraissent préférer l'utilisation de sources suisses, y compris dans des domaines matériels tels que le droit des immunités<sup>125</sup>, sauf exceptions<sup>126</sup>. En fait, il se réfèrent surtout à d'autres arrêts suisses.

En fait, il peut parfois être difficile de distinguer entre l'application du principe du précédent judiciaire et du respect de la jurisprudence constante en matière de détermination du droit international coutumier (entre tribunaux distincts ou au sein du même tribunal), d'une part, et l'identification d'une source judiciaire de droit suisse à même de contribuer à cette détermination parmi d'autres moyens et sources de détermination, d'autre part. La pratique judiciaire suisse de détermination du droit international coutumier est souvent plus déductive, par conséquent, qu'inductive. Elle ressemble à cet égard à celle de la CIJ en la matière<sup>127</sup>.

## **b) L'administration**

Les autorités administratives fédérales sont généralement plus précises que les tribunaux en ce qui concerne l'identification des deux éléments constitutifs d'une norme de droit international coutumier<sup>128</sup>. Leur pratique est également beaucoup plus fournie que celle des tribunaux et du législateur. Néanmoins, les exemples où les autorités administratives ont procédé à une étude précise de la pratique et de l'*opinio juris* internationale restent relativement rares<sup>129</sup>.

- 
- TAF, arrêt A-6159/2010 du 28 janvier 2011.

<sup>125</sup> Voir p.ex. TF, arrêt 5A\_618/2007 du 10 janvier 2008 ; Chambre des prud'hommes de la Cour civile de la Cour de justice du canton de Genève, arrêt CAPH/94/2013 du 15 octobre 2013, et arrêt CAPH/59/2014 du 25 avril 2014.

<sup>126</sup> Voir en particulier TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012 ; voir aussi ATF 139 V 263 ; Chambre des prud'hommes de la Cour civile de la Cour de justice du canton de Genève, arrêt CAPH/53/2012 du 13 mars 2012.

<sup>127</sup> Stefan Talmon, 'Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion', (2015) 26:2 *European Journal of International Law* 417-443, p. 421 ss.

<sup>128</sup> Exemple :

- « Le droit international coutumier, visé à la lettre b), n'est pas fixé par écrit dans des textes internationaux, mais est issu de la conduite des Etats. Cette conduite doit revêtir une certaine durée et uniformité, et disposer d'un certain champ d'application territorial, pour pouvoir être qualifiée comme étant le droit. Qui plus est, les Etats doivent estimer que la pratique en cause est de droit; cela signifie qu'ils doivent reconnaître que la conduite dont il s'agit a une portée juridique et qu'elle ne constitue pas un élément purement factuel. » (Communication de la DDIP, du 10 janvier 2001, à l'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication. Document inédit).

<sup>129</sup> Voir cependant les exemples suivants :

- DDIP, 'Principes régissant l'immunité en droit international coutumier. Immunité *ratione materiae* d'un ancien ministre', Avis de droit du 23 mai 2005, JAAC 70.65 (citation par la DDIP de la CIJ, de la

Davantage que les tribunaux, l'administration est souvent confrontée à des questions de pur droit international. Toutefois, elle a aussi eu l'occasion de prendre position sur les rapports entre droit national et droit interne à plusieurs reprises, en particulier dans les trois rapports publiés à ce sujet depuis 2008 par le Conseil fédéral<sup>130</sup>. Le rapport du Conseil fédéral de 2010 sur le thème constitue d'ailleurs l'une des présentations les plus détaillées de l'identification du droit international coutumier dans la pratique suisse en la matière. Il est intéressant de remarquer d'ailleurs qu'il s'agit là d'une présentation générale et abstraite de la pratique suisse d'identification du droit international coutumier plutôt que d'un raisonnement d'identification en contexte sur une question particulière.

Si l'administration mentionne fréquemment le droit international conventionnel dans la détermination du droit international coutumier, elle a également recours à d'autres sources comme la jurisprudence internationale et la doctrine. Les autorités exécutives font en fait preuve d'un certain éclectisme ; elles se réfèrent au comportement d'acteurs non étatiques comme le CICR<sup>131</sup>, à la pratique des Nations Unies<sup>132</sup> ou encore aux travaux de la CDI<sup>133</sup>, et utilisent tant des sources nationales qu'internationales. Dans certains domaines matériels

---

doctrine, de la jurisprudence nationale, p.ex. Cour d'appel de Paris, tribunaux des Etats-Unis, tribunal correctionnel de Paris, arrêt du TF dans l'affaire Marcos, arrêt cantonal genevois (non publié))

- Etude de la DDIP adressée le 10 juillet 2000 à la Division politique IV du DFAE. Document inédit
- Etude préparée par la DDIP et adressée le 17 août 2005 à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police ; voir aussi Avis de droit de la DDIP du 23 mai 2005.

<sup>130</sup> Voir les trois rapports suivants :

- Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067
- Conseil fédéral, *Rapport additionnel au Rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne*, 30 mars 2011, FF 2011 3401
- Conseil fédéral, *Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne, Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 13.3805*, 12 juin 2015, disponible sous <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2015/2015-06-12.html>.

<sup>131</sup> Voir notamment Conseil fédéral, *07.058 – Rapport de politique étrangère, juin 2007, Annexe 3 : Guerre asymétrique et droit international humanitaire, possibilités de développement*, 15 juin 2007, FF 2007 5301, p. 5304 ss ; Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3539.

<sup>132</sup> Voir notamment Conseil fédéral, *La neutralité à l'épreuve du conflit en Irak. Synthèse de la pratique suisse de la neutralité au cours du conflit en Irak en réponse au postulat Reimann (03.3066) et à la motion du groupe UDC (03.3050)*, 2 décembre 2005, FF 2005 6535, p. 6551 s ; Conseil fédéral, *Rapport sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées (donnant suite au postulat Stähelin 04.3267 du 1er juin 2004. Entreprises privées chargées de tâches de sécurité)*, 2 décembre 2005, FF 2006 631, p. 674.

<sup>133</sup> Voir p.ex. DFAE/DDIP, 'Caractère insaisissable des droits de survol au vu de la théorie des immunités', Avis de droit du 3 juillet 2009, JAAC 2/2010 du 3 août 2010, 2010.7 (p. 75-79), p. 78 ; Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2091.

comme les relations diplomatiques et consulaires<sup>134</sup> ou la protection des droits de l'homme<sup>135</sup>, cependant, elles renvoient davantage à des sources nationales.

Enfin, l'administration s'est prononcée sur un grand nombre de normes de droit international coutumier appartenant aux domaines les plus divers, ce notamment à travers les Messages du Conseil fédéral ayant pour objet un projet de loi ou un traité international avant son approbation par l'Assemblée fédérale.

### c) Le législateur

Le législateur fédéral, quant à lui, ne prend que très rarement position sur le droit international coutumier. Il ne s'est pratiquement jamais exprimé au sujet de l'identification ou de la formation de celui-ci<sup>136</sup>. Cela s'explique principalement par le monisme suisse et la validité immédiate du droit international coutumier dans l'ordre juridique suisse.

Lorsque le législateur s'est prononcé sur l'identification du droit international coutumier, ses prises de position ont principalement eu trait à la relation entre droit international et droit interne. C'est dans le domaine du droit international pénal qu'elles sont le plus détaillées.

---

<sup>134</sup> Voir p.ex. DFAE/DDIP, 'Droit d'accès aux tribunaux. Immunité de juridiction et inviolabilité de la demeure privée des membres des missions permanentes auprès des organisations internationales à Genève', Avis de droit du 27 mars 2001, JAAC 67.34 ; DFAE/DDIP, 'Légalisation de documents d'Etat civil', Avis du 6 février 2006, JAAC du 5 septembre 2007, 2007.7 (p. 190-192), p. 192.

<sup>135</sup> Voir p.ex. Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports, 'Décision en la cause A. contre l'auditeur en chef concernant la non-ouverture d'une enquête pénale, Crimes de guerre et génocide. Refus d'ouvrir une enquête pénale en Suisse contre un demi-frère de Saddam Hussein', 22 décembre 2003, JAAC 63.50.

<sup>136</sup> Voir cependant l'exemple suivant : en 2009, dans le cadre des discussions portant sur la mise en œuvre du Statut de Rome en droit suisse, une minorité de conseillers nationaux (Sommaruga Carlo, Jositsch, Roth-Bernasconi, Thanei) propose d'amender le Code pénal suisse comme suit (Ch. 2 art. 2 al. 3) : « En dérogation aux alinéas 1 et 2, le présent code est applicable pour les crimes visés à l'article 59 alinéa 1 dans la mesure où, au moment et au lieu de la perpétration, l'acte ou l'omission constituait une transgression du droit international coutumier ou du droit international conventionnel, ou avait un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations, qu'ils aient ou non constitué une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu. » Le Conseiller national Yves Nidegger, opposé à cette proposition, déclare : « Il serait dommage de suivre la minorité dans son raisonnement d'exception qui voudrait que l'on puisse poursuivre - et qui plus est en Suisse! - des crimes qui auraient été commis avant l'entrée en vigueur de cette loi, dans la mesure où ils répondraient à une autre définition: celle d'une transgression du droit international coutumier, domaine extrêmement difficile à définir et probablement indéfinissable. Lorsque la Suisse s'est jointe à la constitution de la Cour pénale internationale, c'était précisément pour en finir avec les régimes d'exception qui avaient eu lieu jusqu'alors: Nuremberg, précisément, a jugé des crimes commis avant leur définition, et c'est une des critiques que l'on a entendues contre ce tribunal-là. On fait la même critique en matière de compétence à l'encontre du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ou d'autres tribunaux d'exception. Il n'est donc pas question aujourd'hui de faire de la Suisse un supermarché procédural où l'on pourrait poursuivre des gens en transgressant les règles de compétence et celles qui instituent les crimes. » La proposition de la minorité a par la suite été rejetée à 130 voix contre 41. (08.034 Cour pénale internationale. Mise en oeuvre du Statut de Rome, Conseil national, Session de printemps 2009, Troisième séance, 4 mars 2009).

#### d) Les rapports entre institutions

Les conflits explicites entre les autorités fédérales ou entre les autorités fédérales et cantonales quant à l'identification du droit international coutumier sont extrêmement rares. Quelques cas de conflits entre autorités fédérales peuvent cependant être relevés<sup>137</sup>.

Les références croisées ou mutuelles entre autorités suisses en matière de détermination du droit international coutumier sont, par contre, plus fréquentes. La collaboration entre elles est d'ailleurs encouragée institutionnellement. Ainsi, la DDIP, et donc, à travers elle, l'exécutif fédéral, se voit souvent interrogée par le Parlement, un office fédéral ou encore par les tribunaux. Elle rédige des notes ou communications à cet effet à leur demande ou à sa propre initiative. On trouve alors parfois même mention de ces notes dans les déterminations de ces autres institutions<sup>138</sup>.

Les motifs constitutionnels de la déférence interinstitutionnelle que l'on peut observer dans la détermination du droit international coutumier en Suisse ont été discutés précédemment (voir *supra*, B.VI). Les différents cas de figure dans lesquels une institution donnée renvoie à la pratique d'une autre institution et lui témoigne de la déférence sont analysés dans la section portant sur les variations de la pratique suisse selon le domaine du droit international en cause (voir *infra*, 3).

#### e) La proportion de participation institutionnelle

La pratique d'identification du droit international coutumier des autorités suisses émane, pour la majeure partie, des autorités exécutives. Plusieurs facteurs peuvent expliquer cela.

---

<sup>137</sup> Exemples :

- ATF 134 III 122 : « Contrairement à ce qu'affirme le Département fédéral des affaires étrangères, il ne ressort pas de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris que, en vertu des règles générales du droit international public, les renonciations aux immunités ne peuvent porter que sur des biens affectés à des activités iure gestionis. » (ATF 134 III 122, consid. 5.3.3)
- Suite à l'arrêt du TPF dans l'affaire *Nezzar* (TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012), le recours contre cette décision a été déclaré irrecevable par le TF. Dans son arrêt, le TF précise que la décision attaquée « ne met pas fin à la procédure pénale dirigée contre le recourant et revêt un caractère incident. (...) Le recourant pourra faire valoir son immunité devant la Cour des affaires pénales, s'il devait finalement être renvoyé en jugement, puis, le cas échéant, dans le cadre d'un recours contre l'arrêt au fond rendu par cette juridiction auprès du Tribunal fédéral. » (TF, arrêt 1B\_542/2012 du 8 novembre 2012, consid. 2)
- Un autre exemple concerne l'affaire du Musée Pouchkine : après que l'Office des faillites de Martigny a ordonné la saisie des tableaux de la collection du Musée national russe Pouchkine de Moscou exposés à la Fondation Pierre Gianadda à Martigny, le DFAE et le Conseil d'Etat du canton du Valais sont intervenus pour faire valoir une insaisissabilité des tableaux fondée sur l'art. 92 al. 1 ch. 11 LP. L'autorité inférieure de surveillance a par la suite accordé l'effet suspensif à la plainte déposée par la créancière, interdisant ainsi à la Fondation Gianadda de disposer des tableaux en question. Le Conseil fédéral a finalement ordonné une levée de la saisie avec effet immédiat, sur la base de l'art. 184 al. 3 Cst. (Pour un résumé des faits, voir ATF 134 III 177. Voir aussi Communication de la DDIP du 14 novembre 2005 à l'Office des poursuites et des faillites du district de Martigny. Document inédit).

<sup>138</sup> Voir p.ex. TF, *M c. Département fédéral*, 21 septembre 1979, 75 ILR 109.

Le Conseil fédéral est l'autorité chargée des relations extérieures (art. 184 Cst.) et doit prendre position sur tout projet de loi (art. 141 LParl) et sur tout traité international soumis pour approbation à l'Assemblée fédérale (art. 184 al. 2 Cst.). L'administration fédérale est également étroitement associée à l'élaboration de la « Pratique suisse en matière de droit international public » publiée dans la RSDIE, dans la mesure où elle effectue un tri parmi les documents dont elle dispose et qu'elle considère comme pertinents, documents qu'elle transmet ensuite au rédacteur pour qu'il opère son choix éditorial. Enfin, les prises de position de l'administration fédérale sont nombreuses et s'expriment sous de nombreuses formes (avis, messages, rapports, notes, etc.). Il faut à cet égard mentionner encore une fois la dualité interne et internationale des autorités administratives fédérales, le monisme et l'importance des autorités d'application, par conséquent, et, finalement, l'importance de la coutume dans les domaines où il n'y a pas (encore) de droit suisse.

Les tribunaux, en revanche, sont plus rarement saisis d'affaires portant sur le droit international coutumier. Même lorsqu'une affaire concerne le droit international coutumier, celui-ci peut ne pas avoir été mentionné par les parties, et les tribunaux sont ensuite limités par les conclusions de celles-ci. En outre, lorsque le point de droit international coutumier n'est pas essentiel pour trancher le litige en question, il est fréquent que celui-ci ne soit mentionné que de manière sommaire et cela affecte dès lors les modalités de sa détermination.

Quant à l'Assemblée fédérale, celle-ci « participe à la définition de la politique extérieure et surveille les relations avec l'étranger » (art. 166 al. 1 Cst.). Si les Chambres fédérales ont en principe la compétence d'approuver les traités internationaux que conclut la Suisse (art. 166 al. 2 Cst.), il est exceptionnel que leurs délibérations portent sur le droit international coutumier et sur son identification. Lors de délibérations portant sur l'adoption de droit suisse écrit, le droit international coutumier n'est que très rarement mentionné.

## **2. Le contexte juridique**

Un autre facteur de variabilité dans le cadre de la détermination de normes de droit international coutumier par les autorités suisses a trait au contexte juridique en cause. Celui-ci peut concerner soit une question de droit international uniquement (a)), soit un conflit entre droit national et droit international ou la conformité de l'un à l'autre (b)), ou encore un conflit entre deux normes de droit international (c)).

Une autre cause de variabilité dans le contexte juridique de détermination du droit international coutumier est l'implication ou non de particuliers parmi les parties à la discussion juridique, et notamment à la procédure judiciaire. La mise en cause de droits individuels, comme en matière d'immunités, requiert en effet un raisonnement plus détaillé et rigoureux de la part des autorités, notamment judiciaires (voir sur la question de l'effet direct des normes de droit international coutumier, *supra*, B.III).

Par ailleurs, la norme de droit international coutumier peut être mentionnée en tant qu'*obiter dictum* ou, au contraire, être essentielle à la résolution d'une question juridique en tant que composante du droit applicable. Toutes ces différences peuvent expliquer pourquoi certains extraits judiciaires en la matière sont particulièrement détaillés.

#### **a) Les questions ayant trait au droit international coutumier uniquement**

Les questions ayant trait au droit international coutumier uniquement sont fréquentes dans la pratique suisse. Elles sont, le plus souvent, soulevées par les autorités exécutives et concernent, par exemple, le droit des traités, le droit international pénal, le droit international humanitaire ou encore le recours à la force.

Dans de tels domaines, l'identification du droit international coutumier par les autorités suisses est tantôt très rapide, tantôt plus détaillée et s'appuyant alors le plus souvent sur la pratique internationale (voir aussi *infra*, 3). Dans ces cas, pour établir qu'une norme donnée relève du droit international coutumier, les autorités suisses ont recours de manière presque systématique à la même formule<sup>139</sup>.

#### **b) Les conflits entre une norme de droit national et une norme de droit international coutumier**

Les conflits entre droit national et droit international coutumier sont rares. Bien au contraire, dans de nombreux cas, les autorités suisses ont souligné la conformité de leur pratique de droit national au droit international coutumier<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> Exemple : TAF, arrêt A-6159/2010 du 28 janvier 2011 (droit des traités).

<sup>140</sup> Exemples :

- « Selon la pratique de l'administration fédérale et dans la mesure où cette dernière est en mesure de juger de la pratique des tribunaux, on ne connaît néanmoins actuellement aucun cas permettant de conclure que fréquemment en Suisse, les biens d'Etats étrangers font l'objet de mesures d'exécution forcées non conformes au droit international public. » (Réponse écrite donnée le 11 mai 2005 par le Conseil fédéral à un postulat déposé le 18 mars 2005 par M. Freysinger, député au Conseil national)
- « Les décisions du Conseil fédéral ont été présentées et discutées au sein des commissions parlementaires concernées. Elles étaient pleinement compatibles avec le droit de la neutralité. En effet, le droit de la neutralité impose à la Suisse l'obligation de ne pas soutenir, directement ou indirectement, l'effort de guerre des parties au conflit. En interdisant les survols à des fins militaires, le Conseil fédéral a appliqué le droit de la neutralité et a respecté les obligations internationales de la Suisse en tant qu'Etat neutre. » (Lettre du 20 avril 2003 adressée par la DDIP à Amnesty International)
- « Nach der schweizerischen Praxis auf dem Gebiet der diplomatischen Beziehungen, die, wie der Antwort des Bundesrats zu entnehmen ist, von den Vereinten Nationen als rechtmässig anerkannt wird, besteht somit gegenüber den Mitgliedern von Ständigen Missionen bei den internationalen Organisationen in Genf die Befugnis, im Falle des Missbrauchs diplomatischer Vorrechte und Immunitäten, insbesondere bei nicht bezahlten Schulden von erheblichem Umfang, die Ausweisung anzuordnen. Mit der Ausweisung verbunden ist die Aberkennung der diplomatischen Immunität (vgl. SALMON, a.a.O., N. 707; SEIDL-HOHENVELDERN/LOIBL, a.a.O., N. 1935). » (ATF 130 III 430, consid. 3.4.2)
- « Par surabondance, on peut encore observer que ce résultat est conforme aux dispositions de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de

Le droit suisse, dès lors, est parfois cité par les autorités suisses, et surtout par les autorités exécutives, en tant qu'il reflète des obligations juridiques établies par le droit international coutumier<sup>141</sup>. Les accords de siège conclus par le Conseil fédéral, eux aussi, ont été mentionnés à ce titre<sup>142</sup>.

Dans ce contexte, le législateur suisse a également tenu compte des évolutions du droit international coutumier, évolutions que ne reflète pas nécessairement le droit international

---

leurs biens, qui n'est pas encore en vigueur, mais que la Suisse a ratifiée le 16 avril 2010.<sup>45</sup> Cette convention a pour but de codifier les règles du droit international coutumier (ATF 134 III 122 c. 5.1, p. 128; voir aussi JEROME CANDRIAN, *La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, in: [Sem.jud.] 2006 II 95-139, spécialement p. 107). » (Arrêt 4A\_541/2009 du Tribunal fédéral dans la cause République A. c. B. Limited et autres du 8 juin 2010, consid. 5.5)

- « D'autre part, nous souhaiterions souligner que la Suisse applique la Convention sur les missions spéciales aussi bien aux rencontres bilatérales avec la Suisse qu'aux réunions qui se tiennent entre Etats tiers sur le territoire suisse, avec l'autorisation de la Suisse, conformément à l'article 18 de la convention sur les missions spéciales. La convention sur les missions spéciales constitue en effet une codification du droit international coutumier. » (Intervention du Représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies du 28 octobre 2013)
- « Notre politique extérieure en matière de droits de l'homme a pour cadre de référence les conventions internationales et le droit coutumier. Le Conseil fédéral apprécie la situation mondiale à l'aune du respect dont bénéficient les normes internationales. Il fonde son engagement sur ces normes et s'efforce de les renforcer et de les concrétiser par son action. En même temps, il prend part activement aux discussions qui ont lieu au sein des organes politiques et juridiques internationaux chargés de l'application du droit international public. Il veille à ce que les décisions, projets et programmes suisses ne violent pas ces normes, mais contribuent à leur réalisation » (Conseil fédéral, *06.061 Rapport sur la politique extérieure de la Suisse en matière de droits de l'homme (2003 à 2007) (En réponse au postulat « Rapport périodique sur la politique extérieure de la Suisse en matière de droits de l'homme » de la Commission de politique extérieure du Conseil national, du 14 août 2000)*, 31 mai 2006, FF 2006 5799, p. 5814).

<sup>141</sup> Exemples :

- « Seul le droit international coutumier et les conventions internationales ratifiées par elle représentent en effet pour la Suisse des sources de droit déterminantes. C'est sur ces sources juridiques que sont fondées les modifications du CP et du CPM qui font l'objet du présent projet. » (Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3470)
- « Les privilèges et immunités énumérés à l'art. 3 (de la loi sur l'Etat hôte) découlent du droit international coutumier et sont repris dans de nombreuses conventions internationales bilatérales et multilatérales. » (Conseil fédéral, *06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte*, 13 septembre 2006, FF 2006 7603, p. 7630)
- « Conformément à la pratique internationale, ceux qui accompagnent une personne bénéficiaire de privilèges et immunités jouissent en principe des mêmes avantages que le bénéficiaire principal. En l'espèce cela signifie que l'époux et la fille d'un fonctionnaire de la BRI jouissent du même statut que leur époux ou père. Cette pratique est ancrée dans la Convention de Vienne [du 18 avril 1961] sur les relations diplomatiques (CVRD, RS 0.191.01, article 37, paragraphe premier). Pour ce qui est de la législation suisse, le principe figure dans l'Ordonnance [du 7 décembre 2007] relative à la Loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (OLEH, RS 192.121, article 20, paragraphe premier). » (Communication du 19 juin 2014 adressée par la DDIP aux autorités du canton F.).

<sup>142</sup> « Il en va de même de la liberté de communication, de déplacement et de circulation, garantie par le droit international coutumier et les traités internationaux pertinents. Cette liberté est également systématiquement mentionnée dans les accords de siège conclus par le Conseil fédéral. » (Conseil fédéral, *06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte*, 13 septembre 2006, FF 2006 7603, p. 7633).

conventionnel<sup>143</sup>. Cette approche du législateur est conforme d'ailleurs à ce que recommande le Rapporteur spécial dans son troisième rapport<sup>144</sup> (voir *infra*, IV.1).

A l'inverse, curieusement, la conformité de la pratique suisse au droit international coutumier permet aussi parfois aux autorités suisses, et notamment aux tribunaux, de justifier l'application de ce dernier<sup>145</sup>. Ainsi, le Tribunal fédéral a considéré que la jurisprudence de la CourEDH en matière d'immunités de juridiction des organisations internationales (et ayant donc trait au droit international coutumier) correspondait à la pratique suisse en la matière<sup>146</sup>.

Cependant, il subsiste certaines tensions ponctuelles entre le droit suisse et le droit international coutumier. Un exemple concerne le rapport entre le droit international pénal coutumier et le principe de la légalité applicable en droit pénal suisse (voir *supra*, B.III et *infra*, II.3.b)aa)).

---

<sup>143</sup> Le Conseil fédéral, par exemple, a précisé que le législateur suisse a tenu compte des développements du droit international coutumier postérieurs à l'adoption du Statut de Rome, comme d'ailleurs le législateur allemand : « Compte tenu de cette situation, le projet s'écarte du Statut de Rome là où des normes conventionnelles plus récentes, le droit coutumier ou la jurisprudence des tribunaux internationaux prévoient une punissabilité plus étendue des crimes de guerre commis dans les conflits internes » (Conseil fédéral, 08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3529). Voir aussi Stirling-Zanda, *L'application judiciaire du droit international coutumier*, p. 241 : « Comparée à celle des autres Etats européens, la pratique suisse témoigne à la fois d'un double effort de continuité et de cohérence, ainsi que de la reconnaissance de ce que le droit coutumier n'est pas statique. ».

<sup>144</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 22 s, par. 37.

<sup>145</sup> Les tribunaux suisses, par exemple, ont insisté sur le fait que les méthodes d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de caractère coutumier, sont conformes aux méthodes utilisées en droit interne (Arrêt du Tribunal fédéral du 7 septembre 2006 dans la cause République tchèque c. X. ; arrêt du TF du 9 mai 2005 dans la cause Hoirie de X. c. Administration fédérale du canton de Genève et Tribunal administratif du canton de Genève, c. 5.6. Revue de droit administratif et de droit fiscal, 61e année, 2005-2, p. 317 (326-328)).

<sup>146</sup> « Le rapport entre l'immunité des États ou des organisations internationales et le droit d'accès à la justice a donné lieu à de nombreux débats (cf. parmi plusieurs: Grabenwarter/Pabel, op. cit., § 24 n° 52 et 55/56; Caflisch, Immunité des États et droits de l'homme: Évolution récente, in: Festschrift Ress, 2005, p. 935 ss; Candrian, L'immunité des États face aux Droits de l'Homme et à la protection des Biens culturels, 2005, p. 660 ss; Zarbiev, Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle de l'État étranger par la Cour européenne des droits de l'homme, in: Rev. trim. dr. h. 2004 p. 621 ss et les références citées par ces auteurs). La CourEDH a affirmé que le principe de l'immunité de l'État constitue une restriction admissible au droit d'accès à la justice (arrêt Sabeh El Leil c/ France, du 29 juin 2011, §§ 46 ss et les citations), même si l'on discerne une tendance à la limitation de cette immunité 'dans les litiges portant sur des questions liées à l'emploi de personnel' (arrêt Cudak c/Lituanie, du 23 mars 2010, §§ 63 ss et les citations). En matière de conflits de travail entre une organisation internationale et ses employés, elle a considéré que l'octroi de privilèges et immunités est un moyen indispensable au bon fonctionnement de cette entité, de sorte que le principe de 'l'immunité de juridiction (...) poursuit un but légitime' (arrêts Beer et Regan c/ Allemagne, du 18 février 1999, §§ 53 et 62; Waite et Kennedy c/ Allemagne, du 18 février 1999, §§ 63 et 72); cependant, l'art. 6 § 1 CEDH n'est respecté que si le justiciable dispose 'd'autres voies raisonnables pour protéger efficacement [ses] droits garantis par la Convention' (arrêts précités, respectivement §§ 58 et 68), ce qui signifie a contrario que cette disposition conventionnelle serait transgressée à défaut de 'protection équivalente (...) offerte au sein même de l'organisation' (Caflisch, op. cit., p. 935). Cette dernière jurisprudence correspond, en substance, à la pratique suisse. (...) » (TF, arrêt 5A\_106/2012 du 20 septembre 2012, consid. 7.2.1).

### c) Les conflits entre deux normes de droit international coutumier

La pratique suisse d'identification du droit international coutumier contient quelques rares exemples de conflits entre deux normes de droit international.

De tels conflits existent surtout pour ce qui a trait au rapport entre le droit des immunités et le droit international des droits de l'homme. Dans ce domaine particulièrement controversé, et où le droit international coutumier est actuellement en train d'évoluer, la pratique suisse est relativement détaillée<sup>147</sup>. Elle émane tant des tribunaux suisses que des autorités exécutives.

Dans ce contexte, les autorités suisses ont d'ailleurs parfois livré des précisions quant au rapport entre une norme de droit international coutumier et une norme issue d'une autre source de droit international (voir sur les rapports avec le droit conventionnel, *infra*, II.1).

Les autorités suisses y ont également soulevé la question du rapport entre plusieurs normes coutumières, en soulignant qu'un conflit n'est « pas imaginable » en raison du processus de création de ces normes : la naissance d'une nouvelle norme de droit international coutumier a pour effet la disparition de la norme coutumière antérieure contraire<sup>148</sup>. La question sera réexaminée sous l'angle de la modification et de l'extinction du droit international coutumier (voir *infra*, IV.1).

---

<sup>147</sup> Exemples (parmi d'autres) :

- TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012
- DDIP, 'Principes régissant l'immunité en droit international coutumier. Immunité *ratione materiae* d'un ancien ministre', Avis de droit du 23 mai 2005, JAAC 70.65).

<sup>148</sup> Exemples :

- « vu la manière particulière dont naît le droit coutumier (...), un conflit n'est pas imaginable. S'il apparaît une nouvelle règle coutumière, contraire à une norme précédente, la plus ancienne disparaît. Ces principes de résolution des conflits, plutôt techniques, ne permettent guère de tirer des conclusions quant à la portée de l'un ou l'autre type de dispositions de droit international, à l'exception du jus cogens. Ces dispositions peuvent être d'importance diverse, ce qui influe sur leur portée matérielle et donc sur leur rang au sein du droit international. Il est donc tout à fait possible qu'une règle de droit coutumier (exceptionnellement un principe général de droit) l'emporte sur une disposition contraire convenue entre deux parties, si elle est de plus grande portée ou qu'elle soit mieux respectée dans une situation concrète (En note : Voir ATF 126 II 324, p. 427 s. Primauté des conventions sur les droits de l'homme par rapport à des traités au contenu plus spécial, par ex. primauté de la CEDH sur un traité bilatéral portant atteinte aux droits de l'homme; RSJB, vol. 138, octobre 2002, p. 691 s.) » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2087)
- « Un Etat ne peut être délié a posteriori de ses obligations issues du droit coutumier que par une nouvelle norme internationale, de nature coutumière ou conventionnelle. Il ne peut pas modifier unilatéralement le droit coutumier par un comportement contraire à celui-ci, quand bien même ce comportement persisterait durant une longue période. » (Conseil fédéral, *Rapport additionnel au Rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne*, 30 mars 2011, FF 2011 3401, p. 3412).

### 3. Le domaine matériel du droit international coutumier

Comme le Rapporteur spécial<sup>149</sup>, la présente étude part du principe qu'il existe un régime général de droit international coutumier. Elle s'attache cependant à identifier dans cette section s'il existe des variations en matière de détermination par les autorités suisses selon les différents domaines matériels du droit international coutumier en cause<sup>150</sup>.

Comme mentionné précédemment, certains domaines matériels du droit international coutumier sont particulièrement pertinents pour la Suisse (voir *supra*, B.IX). Il s'agit principalement du droit des immunités de juridiction et d'exécution, de la succession d'Etats en matière de traités, de la reconnaissance d'Etats, du droit de la neutralité et du droit des relations diplomatiques et consulaires<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> CDI, 'Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier', Présenté par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial, 17 mai 2013, UN Doc A/CN.4/663, p. 10, par. 19 : « On n'oubliera toutefois pas que, selon les termes du juge Greenwood, '[l]e droit international n'est pas constitué d'une série de corpus juridiques fragmentés, spécialisés et autonomes, fonctionnant indépendamment les uns des autres, mais forme un système de droit unique et unifié ».

<sup>150</sup> Voir aussi CDI, 'Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier', Présenté par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial, 17 mai 2013, UN Doc A/CN.4/663, p. 9, par. 19 : « La Commission devra, entre autres questions, rechercher si, s'agissant de la formation et de l'identification du droit international coutumier, on a procédé différemment dans chaque branche du droit international, comme par exemple le droit international des droits de l'homme, le droit pénal international et le droit international humanitaire. ».

<sup>151</sup> Voir les extraits suivants :

- Immunités
  - « L'Assemblée fédérale vient d'adopter la Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (LTBC) (En note : Loi du 20 juin 2003 (FF 2003, p. 4019)), dont les articles 10 à 13 fournissent une garantie fédérale de restitution de biens culturels à un musée ou une autre institution d'un Etat. Toutefois, cette loi n'est pas encore en vigueur. Un délai référendaire a été prévu jusqu'au 9 octobre 2003, dont, selon l'Office fédéral de la justice, il ne devrait pas être fait usage. (...) Faute d'une telle loi, il ne nous est pas possible présentement de donner une garantie absolue selon laquelle les particuliers ne feraient pas valoir une prétention sur les biens culturels de l'exposition en question. Il est toutefois hautement improbable qu'un juge suisse prenne une mesure de séquestre sur de tels biens, alors que le Parlement suisse vient d'adopter une telle loi et que la convention de l'UNESCO de 1970 va être ratifiée dans un avenir immédiat (En note : Pas si rapidement cependant, puisque l'adhésion de la Suisse n'a pas encore eu lieu. Pour le texte de la convention, cf. Nations Unies, Recueil des traités, vol. 823, p. 254.) » (Communication adressée le 4 juillet 2003 par la DDIP à l'Ambassade de Suisse en Egypte)
  - Un autre exemple concerne l'intervention du DFAE auprès des Office des poursuites de Genève et de Martigny dans l'affaire du *Musée Pouchkine* (voir p.ex. Communication de la DDIP du 14 novembre 2005 à l'Office des poursuites et des faillites du district de Martigny. Document inédit)
  - Le domaine des immunités est également caractérisé par de très nombreuses références croisées entre autorités suisses. Exemples :
    - « Les dispositions de droit constitutionnel invoquées, de même que le régime de la protection diplomatique, relèvent du droit interne (cf. JAAC 61/1997 n° 75 p. 718 consid. 2.1 et les références). Sur ce dernier point, la pratique du Conseil fédéral, de même que la jurisprudence du Tribunal fédéral, considèrent de manière uniforme que l'obligation de l'Etat d'assurer la protection diplomatique trouve sa source dans le droit interne, mais que celui-ci ne confère pas aux ressortissants suisses un droit personnel et subjectif à la protection diplomatique. (...) » (ATF 130 I 312, c. 1.1)
    - Le TPF renvoie à un avis de la DDIP et à la jurisprudence du TF en matière de l'immunité de la juridiction pénale : « La jurisprudence a déjà eu l'occasion de

---

préciser que dans le domaine de l'immunité de la juridiction pénale, les principes du droit des gens font partie intégrante du droit interne suisse. Les chefs d'Etat sont absolument exempts, 'ratione personae', de toute contrainte étatique et de toute juridiction d'un Etat étranger en raison d'actes qu'ils auraient commis, où que ce soit, dans l'exercice des fonctions officielles (ATF 115 Ib consid. 5b et doctrine citée). Selon ces principes, l'immunité des chefs d'Etats est une institution de droit international coutumier. Elle dérive de l'immunité et de la souveraineté de l'Etat (Avis de droit de la DDIP du 22 février 2001, RSDIE 2004, p. 684). Les anciens chefs d'Etat continuent, quant à eux, à bénéficier de l'immunité de juridiction pénale pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Ladite immunité est analogue à ce que prévoit, pour les agents diplomatiques, l'art. 39 al. 2 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01) lequel stipule que l'immunité de juridiction subsiste - après la fin des fonctions diplomatiques - en ce qui concerne les actes accomplis par l'agent diplomatique dans l'exercice de ses fonctions comme membre de la mission (Communication du 15 janvier 2009 de la DDIP à l'OFJ, citée dans BESSON, Droit international public, Berne 2011, pp. 94-95). La question de l'immunité après la cessation de la fonction de chef d'Etat ne fait cependant plus l'unanimité notamment de la doctrine internationale et de la jurisprudence rendue à ce sujet dans plusieurs pays (infra consid. 5.3.3 à 5.3.6). » (TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012, consid. 5.3)

- Pour une référence à l'arrêt *Nezzar* et à la pratique judiciaire suisse par les délégués suisses à l'Assemblée générale des Nations Unies, voir l'extrait suivant : « Les tribunaux suisses ont eu à se prononcer essentiellement sur la portée de l'immunité des membres des missions diplomatiques, des missions permanentes et des postes consulaires ou sur celle des fonctionnaires des organisations internationales. Nous disposons de peu de jurisprudence concernant d'autres représentants des Etats. Cependant, le Tribunal pénal fédéral a rendu un arrêt tout récemment à ce sujet, soit le 25 juillet 2012 (Note omise) » (Déclaration faite le 5 novembre 2012 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale)
- Référence à l'interprétation de l'accord sur les privilèges et immunités de l'ONU par le Conseil fédéral, la Mission suisse et la DDIP par le TF : « Dans une décision du 28 janvier 1952, le Conseil fédéral a expressément indiqué l'interprétation à donner à l'article V, section 15, lettre b, chiffre premier, de l'Accord ONU (...) » (consid. 5.7). Voir aussi : « La Mission suisse et (la Direction) du droit international public ont dès lors considéré à plusieurs reprises que le terme 'impôt - dit « taxe » - sur la fortune ou le revenu' ne pouvait concerner que la fortune mobilière et les revenus de celle-ci, à l'exclusion de tout autre (sic). Il n'y a pas lieu de s'écarter de cette interprétation » (consid. 6.1) (Arrêt du TF du 9 mai 2005 dans la cause *Hoirie de X. c. Administration fédérale du canton de Genève et Tribunal administratif du canton de Genève*)
- Dans une affaire concernant une levée d'immunité diplomatique, le TF a jugé que le DFAE était l'autorité compétente en la matière et que sa décision n'était entachée d'aucun vice formel ou matériel (ATF 130 III 430, consid. 3.5)
- Le Message du Conseil fédéral relatif à la loi sur l'Etat hôte renvoie à un arrêt du TF de 1978 qui définit la notion d'organisation internationale quasi gouvernementale (voir (Conseil fédéral, *06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte*, 13 septembre 2006, FF 2006 7603, p. 7619). L'arrêt renvoie lui-même à la pratique du Conseil fédéral : « On peut à cet égard relever qu'à l'avis de certains auteurs, l'IATA doit être considérée comme une organisation 'quasi gouvernementale' (cf. CHUANG, *The International Air Transport Association, A Study of a Quasi-Governmental Association*, cité dans *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, 25/1976, p. 190). C'est dans le même sens, semble-t-il, que postérieurement aussi à l'adoption de l'arrêté fédéral, soit le 28 septembre 1971, le Conseil fédéral a conclu avec l'Union interparlementaire, organisation 'semi-officielle' ayant son siège à Genève, mais non créée par accord intergouvernemental, un accord destiné à régler le statut juridique de cette organisation en Suisse, et qui confère aux fonctionnaires du bureau de l'Union non seulement des exemptions fiscales, mais aussi, dans de certaines limites, une immunité de juridiction et d'autres privilèges accordés normalement aux diplomates (RO 1971, p. 1602). Le Conseil fédéral a considéré que cette institution présentait un caractère intergouvernemental

La raison principale de leur importance dans la pratique suisse est matérielle. Elle est liée, par exemple, à la présence d'organisations internationales et du CICR sur le territoire suisse et donc au nombre proportionnellement plus important de questions se posant en lien avec certains domaines du droit international coutumier comme le droit des immunités ou le droit international humanitaire. Il convient à cet égard de noter que dans certains domaines

---

prédominant (rapports de gestion du Conseil fédéral, 1970, p. 27, et 1971, p. 25; cf. aussi RENE KELLER, in Les organisations non gouvernementales en Suisse, colloque organisé par l'Institut universitaire de hautes études internationales, Genève 1973, p. 39; voir aussi *ibid.*, p. 23) » (ATF 104 Ia 350, consid. 7 a))

- L'élément de l'*opinio juris* est également plus problématique dans le domaine des immunités.
  - Exemple : « Cependant, alors que l'immunité accordée aux chefs d'Etat constitue une obligation du droit international, il est à l'heure actuelle contesté si cette pratique en faveur des hautes personnalités constitue l'expression d'une obligation du droit international ou simplement l'observation d'une courtoisie entre Etats (En note : Une règle de droit international coutumier n'a pas été établie pour les personnalités de haut rang car en l'occurrence l'élément de l'*opinio juris* vel *necessitatis* fait défaut.) » (Avis de droit de la DDIP adressé le 13 novembre 2000 à l'Office fédéral de la police du DFJP. Document inédit ; voir aussi Avis de droit de la DDIP du 22 février 2001. JAAC 2003, fasc. 67/I, n° 35, p. 269)
- Succession d'Etats en matière de traités
  - Mention de la pratique de l'administration fédérale (DDIP, ODM) (ATF 132 II 65, consid. 3.5.2)
- Reconnaissance d'Etats
  - « Face à une déclaration d'indépendance d'un nouvel Etat, la Suisse a coutume d'agir de concert avec les Etats partageant les mêmes vues et qui sont représentants de la communauté internationale. Figurent généralement au nombre de ceux-ci les Etats membres de l'UE (Union Européenne), les pays de l'AELE (Association européenne de libre-échange), éventuellement les Etats-Unis et les principaux Etats de la région considérée. » (Extrait d'une note de la DDIP du 19 février 2008)
- Neutralité
  - « L'art. 1, let. c prévoit de préserver le principe de neutralité de la Suisse. La neutralité est un instrument de la politique étrangère de notre pays (art. 173 et 185 Cst.). Elle sert à garantir l'indépendance du pays et l'inviolabilité de son territoire. En contrepartie, la Suisse s'engage à ne pas participer à une guerre opposant d'autres Etats. On fait la distinction entre le droit et la politique en matière de neutralité. Le droit en matière de neutralité est fixé dans les Conventions de la Haye de 1907 (En note : Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre (RS 0.515.21; 5e Convention de la Haye) et Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances neutres en cas de guerre maritime (RS 0.515.22; 13e Convention de la Haye).) et dans le droit international coutumier (voir ch. 1.8.1). Ces règles s'appliquent aux Etats qui déclarent leur neutralité lors d'un conflit opposant d'autres Etats. » (Conseil fédéral, 13.017 *Message concernant la loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger*, 23 janvier 2013, FF 2013 1573, p. 1608)
- Relations diplomatiques et consulaires
  - « Besondere Zurückhaltung ist bei der Beurteilung der Nichtigkeit von Akten des völkerrechtlichen Verkehrs geboten, für die es im Vergleich zum nationalen Recht nur wenige völkerrechtliche Form- und Verfahrensvorschriften gibt (vgl. zu den Notifikationspflichten KNUT IPSEN, *Völkerrecht*, 4. Aufl., München 1999, S. 489 f., N. 32). Dieser Bereich ist über weite Strecken von politischen Überlegungen und diplomatischen Gepflogenheiten geprägt. Im vorwiegend politischen Charakter liegt der Grund dafür, dass das Bundesgericht Akte des völkerrechtlichen Verkehrs im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht überprüfen darf (Art. 100 Abs. 1 lit. a OG; vgl. RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Basel 1996, N. 1469). Die im Vergleich zum innerstaatlichen Recht bedeutend geringere Normierungsdichte des Rechts der diplomatischen Beziehungen hat zur Konsequenz, dass der Mangel eines auf diesem Gebiet erlassenen Hoheitsakts besonders krass und offensichtlich sein muss, damit er als nichtig betrachtet werden kann. » (ATF 130 III 430, consid. 3.3).

matériels de droit international coutumier tels que le droit international pénal, le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme, les autorités suisses soulignent fréquemment expressément l'engagement politique de la Suisse et l'importance du respect par les Etats du droit international coutumier pertinent.

Une autre raison de l'importance de certains domaines matériels dans la pratique suisse de détermination du droit international coutumier est formelle. A l'occasion de l'application de ces domaines du droit international coutumier, les autorités suisses contribuent de manière accrue – et parfois même sont les seules à le faire sur le plan international – à l'identification de ce droit, et donc à sa formation ou du moins à son développement (à ce sujet, voir *supra*, A.II.1 et *infra*, IV.1). Cela explique d'ailleurs le caractère parfois stratégique de la pratique d'identification des autorités suisses, et notamment des autorités exécutives (voir également les implications en matière d'*opinio juris*, *infra*, III.1.b)bb)(2), projet de conclusion 9, ch. 2). Tel est notamment le cas en matière d'immunités ou de droit international humanitaire, comme nous le verrons.

Eu égard aux spécificités multiples des domaines matériels identifiés (p.ex. objet de réglementation, principes applicables, lien avec la politique, pratique internationale existant à ce sujet), ces domaines représentent un élément de variabilité dans la pratique de détermination du droit international coutumier des autorités suisses, et ce à plusieurs égards. Deux aspects particulièrement saillants sont l'institution concernée et les sources utilisées.

Premièrement, il existe des domaines du droit international coutumier dont les normes sont, par nature, plus souvent identifiées par une institution donnée. Ainsi, par exemple, le droit international coutumier humanitaire est très fréquemment mentionné par les autorités administratives fédérales, et par le Conseil fédéral et la DDIP en particulier, mais très rarement appliqué par les tribunaux. A l'inverse, la question des immunités de juridiction et d'exécution est, dans la plupart des cas, soulevée devant les tribunaux suisses<sup>152</sup>. Dans le domaine des immunités, la déférence des autorités exécutives à l'égard des tribunaux, et des tribunaux suisses en particulier, est marquée<sup>153</sup>. Le droit international coutumier en matière de

---

<sup>152</sup> Voir déjà Dominicé, 'Le droit international coutumier dans l'ordre juridique suisse', *op.cit.*, par. 51-6.

<sup>153</sup> Exemples :

- DDIP

- La DDIP a renvoyé à l'évolution future des pratiques judiciaire internationale et nationales suite à l'arrêt *Pinochet* pour ce qui est de l'immunité dans des cas de violations de droits imprescriptibles : « Se pose encore la question de savoir si l'institution juridique de l'immunité peut être invoquée face à une dénonciation pour violation de droits imprescriptibles, tels que l'interdiction de la torture. Etant données les incertitudes du droit international public actuel et compte tenu du fait que ces questions devraient être tranchées par les tribunaux, il n'est guère possible au gouvernement suisse de donner une réponse certaine. A cet égard, il importe de suivre non seulement le développement dans le domaine de la juridiction pénale internationale, mais aussi les implications de la jurisprudence *Pinochet* sur l'activité des tribunaux dans ce domaine. En tout état de cause, il appartient aux organes juridictionnels compétents (lesquels, en appliquant le droit suisse, doivent également tenir compte du droit international conventionnel et coutumier) de trancher ces questions. » (Avis de droit de la DDIP du 22 février 2001. JAAC 2003, fasc. 67/I, n° 35, p. 269)

droit des traités, lui aussi, a fait l'objet de nombreux arrêts des tribunaux suisses. Le TAF, notamment, est fréquemment amené à interpréter certaines conventions internationales, comme les conventions de double-imposition. Souvent, le TAF se réfère à la jurisprudence du TF concernant l'interprétation des traités internationaux<sup>154</sup>. Dans certains domaines, le TAF reprendre ensuite de manière systématique la même formulation<sup>155</sup>.

- 
- En matière d'immunités, la DDIP a fait référence à la pratique (judiciaire) suisse, en particulier à l'arrêt *Marcos* (Avis de droit de la DDIP adressé le 13 novembre 2000 à l'Office fédéral de la police du DFJP. Document inédit)
  - « Par ailleurs, une certaine jurisprudence au niveau national s'est inscrite dans la même volonté de mettre un terme à l'impunité en matière des crimes les plus graves. En particulier, la décision de la Chambre des Lords dans l'affaire Pinochet du 24 mars 1999 par laquelle elle a refusé de maintenir l'immunité dont bénéficiait l'ancien chef d'Etat chilien au motif que celle-ci ne s'étendait pas aux crimes internationaux, tels les actes de torture dont ce dernier était accusé. Toutefois, à notre avis, cette tendance ne peut, au stade actuel, être qualifiée de coutume internationale, en ce sens qu'elle ne reflète pas une pratique constante et généralisée des Etats. » (Communication adressée par la DDIP le 15 janvier 2009 à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police)
  - Pour un exposé par la DDIP de la jurisprudence du TF en matière d'immunités, voir Communication de la DDIP du 18 février 2009
  - La DDIP renvoie aussi à la jurisprudence cantonale pour des questions plus spécifiques : « A défaut de jurisprudence fédérale en matière de droits de survol, un arrêt de la Cour de Justice du canton de Genève du 16 octobre 2008 (En note : Arrêt C/4067/2008 du 16 octobre 2008) permet de donner un éclaircissement sur l'affectation des droits de survol. » (DFAE/DDIP, 'Caractère insaisissable des droits de survol au vu de la théorie des immunités', Avis de droit du 3 juillet 2009, JAAC 2/2010 du 3 août 2010, 2010.7 (p. 75-79), p. 78)
  - Le Conseil fédéral, lui aussi, se réfère à la jurisprudence suisse dans le domaine des immunités.
    - Pour un exemple, voir Conseil fédéral, *09.024 Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention de l'ONU sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, 25 février 2009, FF 2009 1443 (p.ex. p. 1443 et p. 1450).

<sup>154</sup> Exemples :

- TAF, arrêt A-6633/2010 du 6 juin 2011, consid. 2.2 : « Als völkerrechtlicher Vertrag im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a der Wiener Konvention über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (VRK, SR 0.111; für die Schweiz am 6. Juni 1990 in Kraft getreten) ist der Staatsvertrag 10 - immer unter Vorbehalt speziellerer Regeln (BVGE 2010/7 E. 3.6.1) - gemäss den Auslegungsregeln der VRK auszulegen. Weil die VRK in diesem Bereich Völkergewohnheitsrecht kodifiziert hat, können diese Regeln auch für Abkommen angewendet werden, welche vor Inkrafttreten der VRK geschlossen wurden (BGE 122 II 234 E. 4c), bzw. von Staaten angewendet werden, welche die VRK nicht ratifiziert haben (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A 6159/2010 vom 28. Januar 2011 E. 3.1, A 6053/2010 vom 10. Januar 2011 E. 5.1, ausführlich in A 4013/2010 vom 15. Juli 2010 E. 4 [teilweise auch in BVGE 2010/40]). »
- TAF, arrêt B-2869/2014 du 25 février 2015, consid. 3.2.3 : « Zwar ist das Wiener Übereinkommen für die Schweiz erst am 6. Juni 1990 in Kraft getreten und gilt nach dessen Art. 4 der Grundsatz der Nichtrückwirkung, so dass die darin festgeschriebenen Grundsätze der Vertragstreue und des Handelns nach Treu und Glauben auf das vorliegende Rechtsverhältnis nicht unmittelbar aus diesen Bestimmungen Wirkung entfalten. Indessen verhält es sich so, dass sie als Völkergewohnheitsrecht und bereits vor Inkrafttreten des Wiener Übereinkommens für die Schweiz galten (vgl. Botschaft vom 17. Mai 1989 betreffend den Beitritt der Schweiz zur Wiener Konvention von 1969 [BBl 1989 II 757 ff., insb. 759, 773]; Matthias Herdegen, a.a.O., S. 117, Rz 4; Wolfgang Graf Vitzthum, Die Rechtsquellen des Völkerrechts, in: Graf Vitzthum/Proelss [Hrsg.], Völkerrecht, 6. Aufl., Berlin/Boston 2013, S. 54, Rz 142; Andreas R. Ziegler, Einführung in das Völkerrecht, 2. Aufl., Bern 2011, Rz 126; Ian Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, second edition, Manchester 1984, S. 83 sowie Mark E. Villiger, Customary International Law and Treaties, Dordrecht etc., 1985, S. 257 f., Rz 370 f., und S. 274, Rz 411). »
- TAF, arrêt A-2744/2008 du 23 mars 2010, consid. 1.4 : « Die VRK ist für die Schweiz zwar erst am 6. Juni 1990 in Kraft getreten; sie findet auf die vorliegend zur Diskussion stehende, bereits 1974 abgeschlossene Vereinbarung denn auch keine direkte Anwendung (Art. 4 VRK). Dem steht jedoch nicht entgegen, dass sich die Vertragsauslegung an den in der VRK festgehaltenen allgemeinen Grundsätzen orientiert, zumal diese in ihrem wesentlichen Gehalt Völkergewohnheitsrecht kodifizieren

Deuxièmement, les sources utilisées par les autorités suisses pour identifier la norme de droit international coutumier révèlent des idiosyncrasies et différences parfois importantes d'un domaine à l'autre. En droit international pénal, par exemple, les autorités suisses se réfèrent très souvent aux tribunaux pénaux internationaux (voir *infra*, 0) et au droit international conventionnel pertinent (sur ce dernier point, voir *infra*, II.1.a)bb)). De même, les mentions de jurisprudence nationale étrangère concernent presque exclusivement le domaine des immunités (voir *infra*, III.1.a)aa)(2), projet de conclusion 6, ch. 2). La jurisprudence suisse, elle aussi, y joue un rôle majeur<sup>156</sup>. Pour ce qui est du droit des traités, en revanche, la jurisprudence nationale domine, en particulier dans la pratique d'identification des tribunaux suisses<sup>157</sup>. En droit international humanitaire, les travaux de codification du CICR sont fréquemment mentionnés par les autorités exécutives en parallèle au droit international conventionnel (à ce sujet, voir *infra*, II.2.d)).

## II. Les moyens de détermination des autorités suisses

### 1. La détermination du droit international coutumier et les autres sources du droit international

Lors des sessions de la CDI de 2014 et 2015, plusieurs membres de la Commission ont souligné l'importance de s'intéresser à la relation entre la détermination du droit international coutumier et les autres sources du droit international<sup>158</sup> (voir les projets de conclusions 11-14).

Il y a lieu, dans la présente section, d'analyser la relation entre le droit international coutumier et le droit international conventionnel, d'une part (a)), et les principes généraux, d'autre part (b)), dans la pratique suisse de détermination du droit international coutumier. Il s'avère en

---

(BGE 122 II 234 E. 4c mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7789/2009 vom 21. Januar 2010 E. 3.3.1 mit Hinweisen; Ernst Höhn, in Ernst Höhn [Hrsg.], Handbuch des Internationalen Steuerrechts der Schweiz, 2. Aufl., Bern/ Stuttgart/Wien 1993, S. 73). ».

<sup>155</sup> Dans son arrêt A-6159/2010 du 28 janvier 2011, par exemple, le TAF précise que la CVDT, en tant que codification du droit international coutumier en matière d'interprétation, est applicable à des accords conclus avant son entrée en vigueur et peut être appliquée par des Etats n'ayant pas ratifié la CVDT (voir aussi TAF, arrêt A-2708/2013 du 28 août 2013 ; TAF, arrêt A-6869/2010 du 17 janvier 2011 ; TAF, arrêt A-3119/2014 du 27 octobre 2014 ; TAF, arrêts A-4414/2014, A-4407/2014 et A-4415/2014 du 8 décembre 2014 ; TAF, arrêt A-6641/2010 du 11 mars 2011 ; TAF, arrêt A-4911/2010 (ATAF 2010/64) du 30 novembre 2010 ; TAF, arrêt A-4683/2010 du 12 mai 2011 ; TAF, arrêt A-813/2010 du 7 septembre 2011 ; TAF, arrêt A-4677/2010 du 12 mai 2011 ; TAF, arrêt A-6695/2010 du 24 juin 2011 ; TAF, arrêt A-6537/2010 du 7 mars 2012 ; TAF, arrêt A-1246/2011 du 23 juillet 2012).

<sup>156</sup> Voir p.ex. TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012.

<sup>157</sup> Voir p.ex. TF, arrêt 4P.114/2006 du 7 septembre 2006 ; TAF, arrêt A-6633/2010 du 6 juin 2011 ; TAF, arrêt A-2744/2008 du 23 mars 2010 ; TAF, arrêt A-6938/2010 du 14 juillet 2011.

<sup>158</sup> Assemblée générale, *Rapport de la CDI, 66e session (5 mai - 6 juin et 7 juillet - 8 août 2014)*, UN Doc A/69/10, p. 252, par. 150 ; Assemblée générale, *Rapport de la CDI, 67e session (4 mai - 5 juin et 7 juillet - 7 août 2015)*, UN Doc A/70/10, p. 46 ss, par. 81 ss.

effet souvent que l'une ou l'autre source est utilisée afin d'établir le droit international coutumier ou en lieu et place de ce dernier.

La présente section concerne la relation entre le droit coutumier et les principales autres sources du droit international public au sens de l'art. 38, par. 1 du Statut de la CIJ au sein de la pratique suisse de détermination du droit international coutumier. La question plus générale des sources au sens large utilisées par les autorités suisses pour la détermination du droit international coutumier sera examinée séparément : il s'agira notamment des « moyens auxiliaires de détermination des règles de droit » au sens de l'art. 38 par. 1 lit. d du Statut de la CIJ, mais aussi d'autres sources comme la pratique d'acteurs non étatiques tels que le CICR (voir *infra*, 2.d)).

## **a) Le droit international conventionnel**

### **aa) La relation entre le droit international coutumier et le droit international conventionnel**

Le Conseil fédéral a rappelé qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les sources de droit international, à l'exception du droit international impératif<sup>159</sup>. L'absence de hiérarchie a été confirmée par le TAF, qui précise que la coutume internationale, en tant que droit « non promulgué », jouit du même rang que le droit « formellement promulgué »<sup>160</sup>.

Cette absence de hiérarchie vaut également en ce qui concerne le rapport entre le droit international conventionnel et le droit international coutumier<sup>161</sup>. Cependant, certaines prises

---

<sup>159</sup> « Il n'y a pas, en droit international, de hiérarchie des normes comparable à celle existant en droit interne (En note : Voir déjà le rapport du 5.3.2010, ch. 8.6, p. 2109 et ch. 8.6.2, p. 2112 s). Seul le droit international impératif, le *jus cogens*, prime toutes les autres normes internationales. » (Conseil fédéral, *Rapport additionnel au Rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne*, 30 mars 2011, FF 2011 3401, p. 3411).

<sup>160</sup> TAF, arrêt A-4771/2012 du 2 juillet 2014, qui reprend, en la matière, les considérants figurant dans les arrêts du TAF A-2411/2010 et A-3776/2010 (tous deux du 16 août 2012) : « La consuetudine internazionale figura tra le fonti giuridiche più importanti del diritto internazionale elencate nell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia (cfr. La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale, Rapporto del 5 marzo 2010 del Consiglio federale, FF 2010 2015, 2029). Il diritto consuetudinario (diritto non promulgato) è una forma di diritto originario che, nonostante una certa supremazia del diritto formalmente promulgato, può essere messo sullo stesso rango di quest'ultimo (DTF 94 I 305 consid. 1). La sua forza deriva dalla consuetudine (cfr. Adelio Scolari, *Diritto amministrativo. Parte generale*, Cadenazzo 2002, pag. 74 e segg.; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7a. edizione, Oxford 2008, pag. 6 e segg. [con ulteriori riferimenti]; Jörg Paul Müller/Luzius Wildhaber, *Praxis des Völkerrechts*, 3a. edizione, Berna 2001, pag. 13 e segg.). » (consid. 7.2.1).

<sup>161</sup> Dans l'extrait qui suit, la DDIP évoque la possibilité qu'un traité déroge aux règles du droit coutumier qui ne sont pas du *jus cogens* : « le droit conventionnel prime les règles non impératives du droit coutumier » La DDIP ajoute : « Cette hiérarchisation n'interdit pas que les deux sources du droit puissent être appliquées en parallèle (cas dans lequel il ne devrait pas y avoir de conflit), ni que le droit coutumier puisse prendre le pas sur des dispositions conventionnelles (voir article 38 de la Convention de Vienne). » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et*

de position des autorités suggèrent que le droit international coutumier, du point de vue de sa pertinence pratique, ne joue qu'un rôle secondaire par rapport à d'autres sources du droit international<sup>162</sup>. Dans certains domaines, il est plutôt considéré par les autorités suisses comme un complément du droit international conventionnel. C'est en particulier le cas du droit de la neutralité<sup>163</sup>. A l'inverse, les autorités suisses soulignent que certains accords ont pour objet de mettre en œuvre le droit international coutumier, à l'instar des accords de réadmission<sup>164</sup>.

---

au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2086).

<sup>162</sup> Exemples :

- « La politique extérieure incombe cependant principalement au Conseil fédéral (art. 184 Cst.). Au regard de la thématique étudiée dans le présent rapport, il s'agit surtout des traités internationaux. Les autres sources du droit (droit coutumier, principes généraux) ont ici un rôle secondaire. » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2079)
- « Buchstabe a: Verträge, die für die Schweiz keine neuen Pflichten begründen oder keinen Verzicht auf bestehende Rechte zur Folge haben (übernimmt die frühere Kategorie 1). In der gemeinsamen Stellungnahme von 1987 wurden in diesem Zusammenhang in erster Linie jene Abkommen erwähnt, die lediglich punktuell Völkergewohnheitsrecht wiedergeben und nicht als eigentliche Kodifikationen solchen Rechts angesehen werden können. (En note : BBl 1999 4828) » (Conseil fédéral, *12.069 Botschaft zum Bundesgesetz über die Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge von beschränkter Tragweite und über die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge (Änderung des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes und des Parlamentsgesetzes)*, 4. Juli 2012, BBl 2012 7465, p. 7474).

<sup>163</sup> Exemples :

- « En vertu du droit de La Haye (En note : Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre et Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances en cas de guerre maritime conclues à La Haye le 18 octobre 1907 (RS 0.515.21 et 0.515.22)) et de la coutume internationale qui le complète, le principe central du droit de la neutralité est celui selon lequel un Etat neutre ne doit soutenir militairement aucune partie à un conflit armé entre Etats (...) » (Etude de la DDIP du 6 mars 2003 adressée au Centre de politique internationale de sécurité à Genève)
- « Les Conventions de La Haye sont complétées par la coutume internationale (En note : Selon la coutume internationale, les règles découlant des deux conventions de La Haye de 1907 relatives aux droits et aux devoirs des Etats neutres en cas de guerre maritime et de guerre sur terre sont applicables par analogie à la guerre aérienne. (...)) » (Conseil fédéral, *La neutralité à l'épreuve du conflit en Irak. Synthèse de la pratique suisse de la neutralité au cours du conflit en Irak en réponse au postulat Reimann (03.3066) et à la motion du groupe UDC (03.3050)*, 2 décembre 2005, FF 2005 6535, p. 6543)
- « Le droit de la neutralité se fonde essentiellement sur les deux Conventions de La Haye de 1907 (guerre sur terre (En note : Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre (RS 0.515.21)) et guerre sur mer (En note : Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances neutres en cas de guerre maritime (RS 0.515.22)) qui sont complétées par la coutume internationale. » (Conseil fédéral, *07.058 Rapport de politique étrangère, juin 2007, Annexe 1 : Neutralité*, 15 juin 2007, FF 2007 5283, p. 5283)
- « En vertu du droit de La Haye ('Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre' et 'Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances en cas de guerre maritime', conclues à La Haye le 18 octobre 1907 (RS 0.515.21 et 0.515.22)) et de la coutume internationale qui le complète, le principe central du droit de la neutralité est celui selon lequel un Etat neutre ne doit soutenir militairement aucune partie à un conflit » (Note de la DDIP du 18 janvier 2002. Document inédit).

<sup>164</sup> « Le droit international coutumier établit l'obligation faite à chaque Etat de réadmettre ses propres citoyens. En formalisant les procédures, les accords de réadmission représentent un instrument important de mise

Les autorités suisses ont rappelé à plusieurs reprises l'indépendance entre droit international coutumier et droit international conventionnel<sup>165</sup>. L'indépendance entre une pratique en accord avec le droit international coutumier et une obligation conventionnelle de même contenu est même considérée comme nécessaire à l'existence d'une norme de droit international coutumier<sup>166</sup>. Les autorités suisses ont ainsi souligné que les traités ne portent pas atteinte aux droits et obligations des Etats en vertu du droit international coutumier<sup>167</sup>.

---

en œuvre de cette obligation. » (Avis du Conseil fédéral du 14 février 2007, en réponse à 06.3707 Postulat Ruedi Lustenberger, 'Accords de réadmission').

<sup>165</sup> Exemples :

- « Le fait que l'on reconnaisse à une norme de droit international le caractère d'une règle de droit coutumier signifie que la communauté internationale doit l'accepter et l'appliquer indépendamment de son fondement conventionnel (En note : Voir le Message (du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale) du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal, FF 1999, pp. 4915 et s.) » (Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3474)
- Voir aussi concernant l'interdiction du génocide, de caractère coutumier : « Les Etats sont tenus de faire respecter cette interdiction indépendamment de l'existence de règles conventionnelles et de leur validité. » (Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3474). Voir aussi : « La valeur de droit coutumier signifie que les normes de la Convention contre le génocide sont, quant au fond, reconnues et appliquées par la communauté internationale comme des règles contraignantes sans autre exigence de forme. Elles s'appliquent donc indépendamment de toute convention internationale, et doivent, autrement dit, être respectées aussi par les Etats qui n'ont pas adhéré au traité » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 461)
- De même, concernant le droit international humanitaire : « Ces règles relèvent du droit international coutumier et, dès lors, s'appliquent à toute partie à un conflit – gouvernement ou groupe armé non étatique – indépendamment du fait qu'un Etat ait ratifié un traité international en la matière, comme la convention dont il est ici question » (Conseil fédéral, *11.036 Message relatif à l'approbation de la Convention sur les armes à sous-munitions ainsi qu'à la modification de la loi sur le matériel de guerre*, 6 juin 2011, FF 2011 5495, p. 5502).

<sup>166</sup> Exemples :

- « Le fait que l'on reconnaisse à une norme de droit international le caractère d'une règle de droit coutumier signifie que la communauté internationale doit l'accepter et l'appliquer indépendamment de son fondement conventionnel » (Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3474)
- Voir aussi l'extrait suivant : « Le Conseil fédéral est lui aussi d'avis que l'interdiction de commettre les crimes visés par le Statut relève du droit coutumier international dans la grande majorité des cas (En note : Message relatif au Statut de Rome, FF 2001 456) lorsqu'elle ne résulte pas – dans le domaine du droit international humanitaire – de conventions ratifiées par la Suisse. » (Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3480).

<sup>167</sup> Exemples :

- « Dans la mesure où le par. 1 renvoie au droit international applicable aux conflits armés, il inclut aussi bien le droit international conventionnel que le droit coutumier – et ainsi la possibilité d'appliquer les principes essentiels du droit international humanitaire dans les rapports avec tous les Etats. Par conséquent, il ne restreint ni n'amoindrit les obligations découlant, pour les Etats parties, du droit international coutumier. » (Conseil fédéral, *05.061 Message concernant le Protocole du 28 novembre 2003 relatif aux restes explosifs de guerre (Protocole V) annexé à la Convention du 10 octobre 1980 sur l'intervention ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*, 17 août 2005, FF 2005 5251, p. 5261)

Dans un arrêt de 2004, le TF a également invoqué la pratique des Etats au sens de l'art. 31 par. 3 lit. b CVDT en tant qu'elle dérogeait à la lettre d'une disposition du droit international conventionnel<sup>168</sup>. La relation du droit international coutumier avec des traités contraires n'a toutefois que très rarement été mentionnée<sup>169</sup>.

## **bb) Le droit international conventionnel dans la détermination du droit international coutumier**

Les projets de conclusions du Rapporteur spécial de la CDI mentionnent le droit international conventionnel tant sous l'angle de la pratique étatique (« la conduite relative aux traités », projet de conclusion 6, ch. 2) que de l'*opinio juris* (« les dispositions de traités », projet de conclusion 10, ch. 2) (voir aussi projet de conclusion 10 sur les cas dans lesquels une règle conventionnelle reflète une règle coutumière).

En ce qui concerne la pratique, le Rapporteur spécial de la CDI note que « [l]a négociation et la conclusion de traités bilatéraux ou multilatéraux, l'adhésion à ceux-ci, leur ratification et leur application (et la formulation d'objections ou de réserves à leur égard) sont une autre forme de pratique »<sup>170</sup>. Pour ce qui est de l'*opinio juris*, le rapporteur souligne, en citant la CIJ, que les traités et leurs travaux préparatoires « restent encore une forme d'expression très importante de la conscience juridique des peuples »; cette conscience juridique doit cependant être indépendante du traité<sup>171</sup>. Il met aussi en évidence le fait que « les preuves de

- 
- « [La Convention] n'affecte pas les immunités reconnues en droit international coutumier à la personne des chefs d'Etat, ainsi que celles dévolues aux aéronefs et aux objets spatiaux. Le préambule précise en outre que les questions non réglées par la convention continuent d'être régies par les règles du droit international coutumier. » (Conseil fédéral, *09.024 Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention de l'ONU sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, 25 février 2009, FF 2009 1443, p. 1455).

<sup>168</sup> ATF 130 III 430, consid. 3.5 : « In der Praxis der Staaten, welche als 'Herren der Verträge' die Auslegung und Anwendung des Völkervertragsrechts mitbestimmen (Art. 31 Abs. 3 lit. b des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 [WVK; SR 0.111]; IPSEN, a.a.O., S. 120, N. 14), kommt es häufig vor, dass entgegen dem Wortlaut von Art. 9 WÜD die Ausweisung angeordnet und nicht vorgängig die Abberufung durch den Entsendestaar verlangt wird (SALMON, a.a.O., N. 636). ».

<sup>169</sup> Voir cependant Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2086 : « il est possible de déroger, dans un traité international, aux règles du droit coutumier qui ne sont pas du *jus cogens*. En d'autres termes, le droit conventionnel prime les règles non impératives du droit coutumier. D'ailleurs, ce principe est souvent un corollaire de celui de la primauté de la norme spéciale (ici les traités) sur la norme générale (ici le droit coutumier), connu sous la forme de l'adage *lex specialis derogat generali*. Cette hiérarchisation n'interdit pas que les deux sources du droit puissent être appliquées en parallèle (cas dans lequel il ne devrait pas y avoir de conflit), ni que le droit coutumier puisse prendre le pas sur des dispositions conventionnelles (voir art. 38 de la Convention de Vienne). ».

<sup>170</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 27, par. 41, lit. h.

<sup>171</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 63, par. 76, lit. f.

la pratique des parties réunies dans le traité » doivent être comparées « à toutes les autres preuves [conformes ou non] du droit international coutumier »<sup>172</sup>.

La pertinence du droit international conventionnel sous l'angle de la détermination du droit international coutumier<sup>173</sup> transparaît également dans la pratique de détermination du droit international coutumier des autorités suisses : celles-ci s'appuient de manière très fréquente sur le droit international conventionnel pour établir le caractère coutumier d'une norme de droit international donnée. Le recours au droit international conventionnel constitue la grande majorité des cas et donne parfois lieu à des prises de position relativement détaillées des autorités suisses, raison pour laquelle il fait l'objet d'une section distincte de la présente étude.

Dans un très grand nombre de prises de position, les autorités suisses ont affirmé le caractère coutumier de certaines normes de droit international conventionnel et/ou le fait qu'un traité international avait donné naissance à une norme de droit international coutumier<sup>174</sup>. Ainsi,

---

<sup>172</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 64, par. 76, lit. f.

<sup>173</sup> A ce sujet, voir p.ex. Henri Torriane, *L'influence des conventions de codification sur la coutume en droit international public*, thèse Fribourg, AISUF, Fribourg 1989.

<sup>174</sup> Voir les nombreux exemples suivants, qui concernent différents traités internationaux :

- Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (CVRD) et Convention de Vienne sur les relations consulaires (CVRC)
  - La CVRC et CVRD sont parfois citées en parallèle au droit international coutumier pertinent : « Le devoir de protection de la Suisse en tant qu'Etat hôte se fonde sur le droit international public (En note : Droit international coutumier; Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01), Convention de Vienne sur les relations consulaires (RS 0.191.02), Convention sur les missions spéciales (RS 0.191.2), Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale (RS 0.351.5) et accords de siège conclus entre la Suisse et les organisations ayant leur siège en Suisse). » (Conseil fédéral, *Rapport donnant suite au postulat Malama 10.3045 du 3 mars 2010. Sécurité intérieure. Clarification des compétences*, 2 mars 2012, FF 2012 4161, p. 4205)
- Statut de Rome
  - « la plupart des règles établies dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels ou concernant la conduite des hostilités constituent aujourd'hui des normes contraignantes du droit international coutumier, y compris pour les parties non contractantes. Dans les années 1990, la jurisprudence des tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda a occasionné une clarification du droit international coutumier. (En note : Sur l'importance du jugement Tadic, voir notamment LINDSAY MOIR, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge 2002, p. 133 ss.) De nombreuses dispositions du premier Protocole additionnel s'appliquent également aux conflits armés internes. En outre, les deux tribunaux ont largement contribué à améliorer la répression des crimes de guerre (campagne 'ending impunity'), ce qui a ouvert la voie à l'établissement de la Cour pénale internationale, dont le statut a amené la communauté internationale à adopter et à codifier formellement la jurisprudence progressiste des deux tribunaux. (En note : Statut de Rome de la Cour pénale internationale (RS 0.312.1)) Aujourd'hui, le Statut de Rome de 1998 et l'étude de 2005 du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur le droit international coutumier fournissent des indications sur l'état actuel du droit international humanitaire. (En note : JEAN-MARIE HENCKAERTS et LOUISE DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, 3 volumes, Cambridge 2005.) » (Conseil fédéral, *Le droit international humanitaire et les conflits armés contemporains, Rapport en réponse au postulat 08.3445 de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats du 20 juin 2008*, 17 septembre 2010 (non publié), p. 4)
  - Pour un exposé détaillé des normes du Statut de Rome ayant un caractère coutumier, voir Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, à

---

*la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359.

- Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat
  - Cet instrument « contient toutefois plusieurs dispositions qui relèvent du développement progressif du droit dans ce domaine; mais dans son ensemble il ne reflète pas le droit international coutumier » (Communication de la DDIP au Registre foncier de U. du 8 octobre 2012 ; voir aussi Correspondance interne au sein de la DDIP du 20 décembre 2012)
  - Voir aussi ATF 139 V 263, consid. 4.2.3 : « Die Wiener Konvention über die Staatennachfolge in völkerrechtliche Verträge von 1978 (nachfolgend: Wiener Konvention), die 1996 in Kraft getreten ist und regelt, was bei einer Staatennachfolge mit bereits bestehenden völkerrechtlichen Verträgen geschehen soll, hat die Schweiz, wie fast alle Länder Westeuropas, nicht ratifiziert (zur Zeit sind lediglich 37 Staaten Vertragspartei [abrufbar unter <http://treaties.un.org> unter Status of Treaties/Chapter XXIII]). Es wurden teilweise Regelungen kodifiziert, die vom Völkergewohnheitsrecht abweichen (BESSON, a.a.O., S. 55; KNUT IPSEN, Völkerrecht, 5. Aufl., München 2004, S. 153 Rz. 14; LUCIUS CAFLISCH, La pratique suisse en matière de droit international public 1992, SZIER 1993 S. 709), was die geringe Akzeptanz und mangelnde praktische Relevanz zu erklären vermag (ANDREAS ZIMMERMANN, Staatennachfolge in völkerrechtliche Verträge, Berlin 2000, S. 827). (...) »
- CVDT
  - « Il est impossible d'appliquer en même temps deux règles contradictoires, qu'elles relèvent du droit fédéral ou du droit des gens. Le conflit doit ainsi être résolu à l'aide des principes généralement reconnus du droit international (ATF 117 Ib 367, c. 2e, pp. 372 et s., principes qui engagent la Suisse en tant que règles coutumières et qui, en même temps, relèvent du droit conventionnel. » (Arrêt du TF du 26 juillet 1999 dans la cause A. c. Ministère public de la Confédération, Département fédéral de justice et police, et Conseil fédéral. ATF 125 II 417)
  - « L'[accord sur le transport aérien (ci-après, ATA) que la Suisse et la CE ont signé le 21 juin 1999] n'est pas encore en vigueur. Toutefois, conformément au principe de la bonne foi qui est ancré dans l'art. 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ainsi que dans le droit international public coutumier, la Suisse ne peut pas prendre des mesures qui saperaient les buts de l'ATA ou qui compromettraient la capacité de la Suisse de l'appliquer après son entrée en vigueur. » (Conseil fédéral, *01.067 Message concernant le financement du programme de redimensionnement de l'aviation civile nationale*, 7 novembre 2001, FF 2001 6087, p. 6128)
- Conventions de Genève et protocoles additionnels
  - « La plupart des règles figurant dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels et de nombreuses règles portant sur la conduite des hostilités appartiennent désormais au droit coutumier et s'appliquent donc à tous. » (Conseil fédéral, *07.058 Rapport de politique étrangère, juin 2007, Annexe 3 : Guerre asymétrique et droit international humanitaire, possibilités de développement*, 15 juin 2007, FF 2007 5301, p. 5304)
  - « Un traité international ne lie que les parties contractantes. Cependant, la plupart des règles établies dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels ou concernant la conduite des hostilités constituent aujourd'hui des normes contraignantes du droit international coutumier, y compris pour les parties non contractantes. » (Conseil fédéral, *Le droit international humanitaire et les conflits armés contemporains, Rapport en réponse au postulat 08.3445 de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats du 20 juin 2008*, 17 septembre 2010 (non publié), p. 4)
- Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels
  - « les dispositions de la Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels ainsi que les dispositions centrales du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève possèdent également le statut de droit coutumier. » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 488)
- Convention sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation
- Convention internationale sur le droit de la mer
  - « Cette convention s'est aujourd'hui imposée au plan international. Nombre de ses dispositions comptent déjà parmi celles du droit international coutumier, et elles sont d'ores et déjà observées par des Etats non parties tels que la Suisse. Pour ces raisons, le Conseil fédéral soutient l'objectif de la motion sur le fond et souhaite une ratification prochaine de la

- 
- convention. » (Avis du Conseil fédéral du 7 mars 2003, 02.3786 – Motion Ursula Wyss, ‘Ratification immédiate de la Convention internationale du droit de la mer’)
- Autres conventions relatives à la protection de l’environnement
    - « Le devoir de notifier un risque imminent de dommage ou un dommage effectif, prévu à l’art. 198 [de la Convention internationale sur le droit de la mer], relève déjà du droit international coutumier. Presque toutes les conventions relatives à la protection de l’environnement prévoient une obligation analogue. » (Conseil fédéral, *08.039 Message concernant la Convention de l’ONU du 10 décembre 1982 sur le droit de la mer et l’Accord du 28 juillet 1994 relatif à l’application de la partie XI de la Convention sur le droit de la mer*, 14 mai 2008, FF 2008 3653, p. 3665)
  - Convention sur les réfugiés
    - « Von diesem flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulement-Verbot ist auch die Bedrohung der Freiheit erfasst. Es findet sich ebenfalls in Artikel 33 der Flüchtlingskonvention vom 28. Juli 1951 (En note : Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge; SR 0.142.30) und in Artikel 5 Absatz 1 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (En note : SR 142.31) (AsylG) verankert und stellt Völkergewohnheitsrecht mit zwingendem Charakter dar. (En note : Statt vieler: BGE 111 Ib 68 E. 2a S. 70.) Bereits unter geltendem Recht ist daher die Ausschaffung einer Person, der im Zielstaat ein Verschwindenlassen droht, nicht zulässig. » (Conseil fédéral, *13.105 Botschaft zur Genehmigung und zur Umsetzung des Internationalen Übereinkommens zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen*, 29. November 2013, Bbl 2014 453, p. 471)
    - « On constate aussi que d’une part, en adhérant aux conventions internationales précitées [la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 (RS 0.142.30) et la Convention européenne des droits de l’homme de 1950 (CEDH, RS 0.101)], les Etats européens n’ont jamais exprimé de réserves ni contesté le principe de non-refoulement contenu dans ces instruments et que d’autre part, ils ont, bien que par des modalités différentes, intégré dans leurs législations le principe de non-refoulement (En note : A ce sujet: K. Hailbronner (Herausgeber), *Asyl- und Einwanderungsrecht im europäischen Vergleich*, Europäische Rechtsakademie Trier, Cologne: Bundesanzeiger, 1992. La publication donne un aperçu exhaustif de la législation et des politiques des Etats membres de l’Union européenne en matière de politique d’asile et d’immigration.). Il est donc bel et bien permis d’affirmer, comme le fait la doctrine, que ce dernier correspond aujourd’hui à une règle de droit international coutumier. » (DDIP (15.12.1993))
  - Conventions de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre et en cas de guerre maritime
    - « Conformément aux dispositions du droit international de la neutralité (Conventions de la Haye du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre et en cas de guerre maritime, RS 0.515.21 et 0.515.22; droit international coutumier), l’Etat neutre est habilité, également pendant le conflit, à permettre l’exportation privée de matériel de guerre aux belligérants. » (Réponse du Conseil fédéral du 23 février 2000, 99.3639 – Interpellation Josef Zisyadis, ‘Vente d’armes suisses à l’OTAN et neutralité active’)
    - Dans d’autres cas, la Convention de La Haye et le droit international coutumier en matière de neutralité sont plutôt considérés comme complémentaires :
      - « Les droits et les devoirs des Etats neutres sont fixés de manière contraignante dans les Conventions de la Haye (En note : Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre (RS 0.515.21; 5e Convention de La Haye); Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances neutres en cas de guerre maritime (RS 0.515.22; 13e Convention de La Haye)) de 1907 et dans le droit international coutumier. » (Conseil fédéral, *12.073 Message concernant l’initiative populaire « Oui à l’abrogation du service militaire obligatoire »*, 14 septembre 2012, FF 2012 7659, p. 7691)
      - « Le droit en matière de neutralité est fixé dans les Conventions de la Haye de 1907 (En note : Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre (RS 0.515.21; 5e Convention de la Haye) et Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances neutres en cas de guerre maritime (RS 0.515.22; 13e Convention de la Haye)) et dans le droit international coutumier (voir ch. 1.8.1). »

dans de nombreux cas, les autorités suisses ont souligné qu'un traité international donné codifiait le droit international coutumier pertinent. Tel est notamment le cas dans le domaine du droit international pénal et du droit international humanitaire<sup>175</sup>.

---

(Conseil fédéral, *13.017 Message concernant la loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger*, 23 janvier 2013, FF 2013 1573, p. 1608)

- « Les droits et les devoirs des Etats neutres ainsi que ceux des Etats belligérants sont inscrits dans les deux Conventions de La Haye de 1907 (guerre sur terre et guerre sur mer (En note : Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre (RS 0.515.21); Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances neutres en cas de guerre maritime (RS 0.515.22)). Les Conventions de La Haye sont complétées par la coutume internationale (En note : Selon la coutume internationale, les règles découlant des deux Conventions de La Haye de 1907 relatives aux droits et aux devoirs des Etats neutres en cas de guerre maritime et de guerre sur terre sont applicables par analogie à la guerre aérienne. Par exemple, en vertu de l'art. 2 de la Convention de 1907 relative aux droits et aux devoirs de l'Etat neutre en cas de conflit sur terre, un Etat neutre ne doit pas tolérer le passage, sur son territoire, de munitions, de troupes ou de convois engagés dans un conflit armé. En cas de guerre aérienne, cette règle devra être interprétée comme interdisant également l'utilisation, par les belligérants, de l'espace aérien de l'Etat neutre à des fins militaires.). Ces règles s'appliquent en période de conflit armé entre Etats (donc pas en cas de guerre civile). Les Etats sont juridiquement tenus de les respecter. » (Conseil fédéral, *La neutralité à l'épreuve du conflit en Irak. Synthèse de la pratique suisse de la neutralité au cours du conflit en Irak en réponse au postulat Reimann (03.3066) et à la motion du groupe UDC (03.3050)*, 2 décembre 2005, FF 2005 6535, p. 6543)
- « Le droit de la neutralité est essentiellement basé sur les deux Conventions de La Haye de 1907 (En note : Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre (RS 0.515.21) [5e Convention de La Haye]; Convention du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime (RS 0.515.22) [13e Convention de La Haye]), complétées par le droit international coutumier. » (Conseil fédéral, *12.014 Rapport sur la politique extérieure 2011*, 18 janvier 2012, FF 2012 2677, p. 2805).

<sup>175</sup> Voir les nombreux exemples suivants, qui concernent différents traités internationaux :

- CVRD, CVRC
  - « La Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques a érigé, à l'article 27, en un principe absolu relevant du droit international coutumier que la valise diplomatique ne doit être ni ouverte, ni retenue. (...). La valise diplomatique jouit d'un statut sui generis aux termes de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, convention qui par ailleurs est universelle et codifie pour une large partie le droit coutumier. » (Communication faite le 13 mars 2007 par la DDIP à l'Ambassade de Suisse dans l'Etat F.)
  - C'est donc la coutume – pratique générale acceptée comme étant le droit par ceux qui y sont soumis – qui a posé les premières dispositions relatives aux privilèges, immunités et facilités. Les traités bilatéraux ou multilatéraux ont, par la suite, codifié la coutume et prévu des règles nouvelles qui s'étaient avérées nécessaires avec le temps. C'est ainsi notamment que les Etats ont adopté la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (En note : RS 0.191.01) et la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (En note : RS 0.191.02). » (Conseil fédéral, *06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte*, 13 septembre 2006, FF 2006 7603, p. 7611)
- Convention sur les missions spéciales
  - « nous souhaiterions souligner que la Suisse applique la Convention sur les missions spéciales aussi bien aux rencontres bilatérales avec la Suisse qu'aux réunions qui se tiennent entre Etats tiers sur le territoire suisse, avec l'autorisation de la Suisse, conformément à l'article 18 de la convention sur les missions spéciales. La convention sur les missions spéciales constitue en effet une codification du droit international coutumier. » (Intervention du Représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies du 28 octobre 2013. Version écrite)

- « Dans ce contexte, le rapport préliminaire de 2008 souligne la nécessité d'étudier plus à fond la question de savoir s'il existe des règles de droit international coutumier qui régissent le statut des membres de missions spéciales (paragraphe 98, note 199), étant donné que peu d'Etats sont à ce jour Parties à la Convention de New York de 1969 sur les missions spéciales. (En note : Convention du 8 décembre 1969 (RS.0.191.2)) Nous sommes pour notre part de l'avis que certains principes de ladite Convention constituent une codification du droit international coutumier et nous encourageons la Commission à poursuivre son analyse de cette question. » (Déclaration faite le 31 octobre 2011 par le Représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies)
- Statut de Rome
  - « L'article 6 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale contient une définition identique. La nature de cette définition relève du droit international coutumier, de sorte que les Etats ne peuvent pas aller en deçà de celle-ci dans la poursuite de ce crime. » (Réponse du Conseil fédéral du 15 juin 2007 à une interpellation de M. Fabio Abate, député au Conseil National, déposée le 22 mars 2007)
  - « Un des grands acquis du Statut de Rome a été la compilation du droit international déterminant (droit conventionnel et droit coutumier), qui permet à la CPI d'exercer sa juridiction. (...) Les représentants des Etats à la Conférence de Rome de 1998 qui ont adopté le Statut sont partis du principe qu'il s'agissait là de crimes relevant du droit coutumier international. » (Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3480 ; voir aussi Conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf, *08.034 Cour pénale internationale. Mise en œuvre du Statut de Rome*, Conseil national, Session de printemps 2009, Troisième séance, 4 mars 2009)
  - Voir cependant l'extrait suivant : « On peut d'abord reprocher à cette option de privilégier la fidélité au Statut aux dépens de la fidélité au droit international en général: les dispositions du Statut ont été conçues en premier lieu pour répondre aux besoins de la CPI; elles ne reflètent donc pas toujours le droit international auquel la Suisse est liée en vertu de la coutume et des conventions. » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 456)
  - L'art. 7 par. 2 lit. a du Statut de Rome déroge au droit international coutumier : « L'attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile se distingue soit par son envergure (grand nombre de victimes) soit par son degré d'organisation, bien qu'il y ait souvent coïncidence des deux. Cette alternative, fondée en droit international coutumier, est confirmée par la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg et des tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (En note : Cf. TPIR, Chambre de première instance I, le Procureur c. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, jugement du 2 septembre 1998, § 579; TPIR, Chambre de première instance I, le Procureur c. Georges A.N. Rutaganda, ICTR-96-3-T, jugement du 6 décembre 1999, § 68. L'art. 7, par. 1, du Statut de Rome reprend le principe de cette alternative. L'art. 7, par. 2, let. a, exige toutefois, en plus, et contrairement au droit coutumier international, non seulement qu'il y ait commission multiple d'actes visés par les dispositions relatives aux crimes contre l'humanité, mais aussi que ces crimes soient commis en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation.) » (Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3517)
  - « Bien que cette infraction supplémentaire et le crime de persécution ne doivent pas nécessairement être commis par la même personne, cette exigence restreint le champ d'application du crime de persécution par rapport au droit international coutumier appliqué jusqu'ici. (...) Le Statut précise toutefois expressément, à son art. 10, qu'il ne limite pas et n'affecte pas les règles du droit international existantes ou en formation. » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 481)
  - Le Statut de Rome ne capture pas les développements du droit international coutumier survenus ultérieurement à son adoption : « Dans le Statut de Rome, la tendance du droit international coutumier au rapprochement entre le droit applicable dans le contexte des conflits non internationaux et les règles auxquelles sont soumis les conflits internationaux – tendance qui était déjà très forte avant 1998 et qui ne cesse de se renforcer – n'a été prise en compte que partiellement. La liste des crimes de guerre reconnus dans le contexte de conflits armés

internationaux que l'on y trouve est nettement plus longue que celle des crimes de guerre dans les conflits internes. Cette distinction s'explique par le fait que le développement du droit international humanitaire applicable aux conflits non internationaux est ultérieur à celui du droit de la guerre traditionnel et que sa reconnaissance en droit international coutumier à l'époque de la conception du Statut n'était pas encore établie dans la même mesure que celle des règles de droit international applicables aux conflits armés internationaux. Le droit international coutumier a cependant continué de se développer. Compte tenu de cette situation, le projet s'écarte du Statut de Rome là où des normes conventionnelles plus récentes (En note : Cf. p. ex. l'amendement du 21 décembre 2001 de l'art. 1 de la Convention du 10 octobre 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination et le message du 16 avril 2003, FF 2003 3153; la Convention du 18 septembre 1997 sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction ('Convention d'Ottawa'), message du 19 janvier 1998, FF 1998 537, ratifiée par la Suisse le 24 mars 1998 et entrée en vigueur pour la Suisse le 1er mars 1999; le deuxième protocole du 26 mars 1999 relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, message du 20 août 2003, FF 2003 5555), le droit coutumier ou la jurisprudence des tribunaux internationaux prévoient une punissabilité plus étendue des crimes de guerre commis dans les conflits internes (En note : C'est ce qui a aussi été fait en Allemagne dans le nouveau *Völkerstrafgesetzbuch* du 26 juin 2002 (BGBl. I, 2254)). » (Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3529)

- Statut du TPIY
  - « Le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie consacre des règles de nature coutumière en prévoyant la répression des crimes suivants : (...) » (Conseil fédéral, *99.033 Message relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal*, 31 mars 1999, FF 1999 4911, p. 4915)
- Statut du TPIR
  - « Ce Statut trouve ainsi son fondement dans la valeur coutumière des crimes suivants : (...) » (Conseil fédéral, *99.033 Message relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal*, 31 mars 1999, FF 1999 4911, p. 4915)
- Concernant l'interdiction des crimes contre l'humanité, de caractère coutumier, et sa première codification dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg : Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3472.
- CVDT
  - « Cela n'empêche pas, cependant, que l'interprétation de l'accord s'effectue à la lumière des principes généraux énoncés aux articles 31 et suivants de la CV, ce d'autant plus que ces articles codifient pour l'essentiel le droit international coutumier et correspondent à la pratique du Tribunal fédéral (ATF 122 II 234, c. 4c (En note : JdT 1997 I 556) et les références citées » (Arrêt du Tribunal fédéral du 7 septembre 2006 dans la cause République tchèque c. X., consid. 5.4.1. Traduction. Arrêt non publié)
  - « S'agissant des règles juridiques relatives à l'application des traités, la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CV; RS 0.111) n'existait certes pas encore lors de la signature de la seconde Déclaration et elle prévoit le principe de sa non-rétroactivité (art. 4). Toutefois, la CV étant issue de la coutume et largement reconnue comme expression de la coutume, il sied effectivement de s'y référer, à tout le moins sur la question de l'obligation de respecter un traité (art. 26, dont le titre est l'adage séculaire *pacta sunt servanda*) ainsi que sur l'extinction ou la dénonciation d'un traité en vigueur et sur la suspension de son application (cf. ANTHONY AUST, *Modern treaty law and practice*, Cambridge 2000, p. 10-11). La Cour internationale de justice (CIJ) a d'ailleurs expressément affirmé à plusieurs reprises que les articles 60 à 62 CV sont à bien des égards déclaratoires du droit coutumier et dès lors applicables aux traités antérieurs à l'entrée en vigueur de la CV (cf. Arrêt du 25 septembre 1997 de la CIJ dans l'Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros, Hongrie/Slovaquie, chiffres 46, 99 et 104 ainsi que les références citées). » (DFAE/DDIP, 'Droit des traités internationaux', Avis de droit du 8 mars 2007, JAAC 2007.18, p. 331-335)
  - « La Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111) comprend les règles générales applicables à la conclusion, l'application, l'interprétation et la dénonciation

---

des traités internationaux. La plupart de ces règles appartiennent en même temps au droit international coutumier (voir ch. 4.3). » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2081)

- « Les fonctions du dépositaire d'un traité international sont énumérées de manière non exhaustive à l'article 77 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (...), (Notes omises) qui codifie le droit coutumier. Les dispositions de la Convention de Vienne ne s'appliquent toutefois que de manière subsidiaire, c'est-à-dire seulement dans la mesure où un traité international ne contient pas de disposition contraire ou plus spécifique. » (Conseil fédéral, *07.058 Rapport de politique étrangère, juin 2007, Annexe 2 : Le rôle de la Suisse en tant que dépositaire des Conventions de Genève*, 15 juin 2007, FF 2007 5291, p. 5291)
- « Comme le souligne le préambule de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (ci-après DVDT (sic)) (En note : RS 0.111), ladite convention représente une codification de la coutume en matière de droit des traités. Ceci vaut également pour les règles d'interprétation. (...) Selon la doctrine (...), les articles 31 et ss CVDT sur les règles d'interprétation représentent une synthèse remarquable qui traduit fidèlement les tendances d'interprétation dans la pratique. A ce titre, votre formulation faisant référence à la CVDT nous paraît opportune. Toutefois, pour enlever toute ambiguïté, nous proposons de supprimer le terme 'coutumière' ('customary') pour ne parler que des 'règles d'interprétation du droit international public' ('rules of interpretation of public international law'). Partant, le texte serait le suivant: 'The arbitration panel shall make its ruling based on the provisions of this Agreement applied and interpreted in accordance with the rules of interpretation of public international law as reflected in Articles 31 through 33 of the Vienna Convention of the Law of Treaties.' (En note : (Traduction) 'Le Tribunal arbitral décide sur la base des règles du présent Accord, appliquées et interprétées conformément aux règles d'interprétation du droit international telles qu'elles figurent aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.') Cette formulation permettrait d'éviter que (des Etats) soient ... tentés de faire référence à une éventuelle règle d'interprétation découlant de la Charia, ce qui de toute manière semble difficile étant donné que pour qu'une coutume soit considérée comme telle, elle doit constituer une pratique générale acceptée comme étant le droit (voir l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (En note : Article 38, paragraphe premier, lettre b, qui mentionne, parmi les sources du droit des gens, 'la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit'), ce qui n'est pas le cas de la Charia. » (Note de la DDIP du 10 mars 2008. Document inédit)
- « L'interprétation des traités internationaux est régie par les principes généraux de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (CV; RS 0.111). Pour la Suisse, cette convention est entrée en vigueur le 6 juin 1990; cependant, en tant que règles coutumières retenues par la convention pour contribuer à l'interprétation des traités, les dispositions pertinentes en la matière ont été également contraignantes dans la période précédent (sic) leur entrée en vigueur (article 4 de la CV; (En note : L'article 4 de la CV dispose: 'Sans préjudice de l'application de toutes règles énoncées dans la présente Convention auxquelles les traités seraient soumis en vertu du droit international indépendamment de ladite Convention, celle-ci s'applique uniquement aux traités conclus par des Etats après son entrée en vigueur à l'égard de ces Etats.') ATF 122 II 234, c. 4c, p. 238; FREDERIC DOPAGNE in: [O.] CORTEN/ [P.] KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, [Bruxelles] 2006, N. 21 ad article 4 de la CV; voir également ANDREAS R. ZIEGLER, *Einführung in das Völkerrecht*, 2e éd., [Berne] 2011, N. 249; [W.] KÄLIN/ [A.] EPINEY/ [M.] CARONI/ [J.] KÜNZLI (dir.), *Völkerrecht*, 3e éd., [Berne] 2010, p. 33). » (Arrêt du TF du 19 septembre 2012 en la cause Direction générale des douanes c. X. et Y. (c. 3.1). 2C\_743/2011, ATF 138 II 524 (526-527), consid. 3.1)
- Parmi les nombreux arrêts du TF et du TAF à ce sujet, voir notamment les arrêts suivants : TF, arrêt 4P.114/2006 du 7 septembre 2006 ; TAF, arrêt A-6633/2010 du 6 juin 2011 ; TAF, arrêt B-2869/2014 du 25 février 2015
- Conventions de Genève et protocoles additionnels
  - Concernant l'institution de la puissance protectrice : « Das Institut der Schutzmacht entwickelte sich zunächst gewohnheitsrechtlich. Es beinhaltet traditionell den Schutz fremder Staatsangehöriger. Erstmals teilweise kodifiziert wurde es im Genfer Abkommen vom 27. Juli 1929 über die Behandlung der Kriegsgefangenen. » (DFAE/DDIP, 'Fremde Interessen.

Lorsqu'elles déclarent qu'il n'existe pas de norme de droit international coutumier sur un point donné, les autorités suisses se réfèrent parfois, en parallèle, à l'absence de traité topique<sup>176</sup>. Les autorités suisses ont aussi précisé les conditions auxquelles les normes conventionnelles peuvent être dites refléter le droit international coutumier. Le nombre de ratifications est souvent considéré comme décisif<sup>177</sup>. Le caractère coutumier de certaines

---

Völkerrechtliche Aspekte der Schutzmachtpolitik im Allgemeinen und für die Schweiz im Besonderen', Gutachten vom 14. September 2007, JAAC 2008.7)

- Convention sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation
  - « Diese sich aus dem schweizerischen Wasserrecht ergebende Rechtslage reflektiert die schweizerische Auffassung der völkerrechtlichen Verpflichtungen. An internationalen Gewässern besteht die Pflicht, dem anderen Staat nicht erheblichen Schaden zu verursachen (no-harm-rule) und bei der Nutzung einen gerechten und billigen Ausgleich zwischen den beteiligten Staaten herbeizuführen (equitable and reasonable utilization). Diese materiellen Grundsätze, die sich in erster Linie zwar auf die physische Nutzung des Wassers beziehen, gelten heute als gewohnheitsrechtlich anerkannt (STEPHEN C. MCCAFFREY, *The law of international watercourses*, Oxford 2001, S. 324 ff.; LUCIUS CAFLISCH, *Règles générales du droit des cours d'eau internationaux*, in: *Recueil des cours*, Bd. 219, 1989-VII, S. 133 ff.). Sie sind jüngst in der Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses kodifiziert worden, welche von der UN-Generalversammlung 1997 verabschiedet worden ist. Das Bundesgericht seinerseits führte schon zu einer Streitigkeit zwischen den Kantonen Zürich und Aargau aus dem Jahre 1878 (BGE 4 S. 34 ff.) aus, dass bei Gewässern, welche sich auf mehrere Kantone erstreckten, von der Gleichberechtigung der Kantone auszugehen sei. Daraus folge, dass nicht der eine Kanton zu Lasten des anderen Vorkehren treffen dürfe, welche ihm die Ausübung der in seiner Wasserhoheit liegenden Befugnisse verunmöglichen und die Gemeinschaft des Gebrauches ausschliessen (BGE 4 S. 34, 46). Jedem Kanton stehe die Berechtigung zu, die zu einer rationellen und seinen Bedürfnissen entsprechenden Nutzbarmachung der öffentlichen Gewässer notwendigen Massnahmen zu treffen, sofern nur dadurch der Gemeingebrauch des Gewässers nicht ausgeschlossen, sondern den übrigen Kantonen in gleicher Weise belassen werde (BGE 4 S. 34, 47). Der angestrebte materielle Ausgleich der Interessen bei der Nutzung der Gewässer setzt entsprechende Verfahrenspflichten voraus. Gewohnheitsrechtlich als anerkannt darf diesbezüglich jedenfalls gelten, dass die Staaten zu gegenseitiger Information und Konsultation verpflichtet sind (MCCAFFREY, a.a.O., S. 397 ff.; ASTRID EPINEY, *Nachbarrechtliche Pflichten im internationalen Wasserrecht*, *Archiv des Völkerrechts* 39/2001 S. 35 ff.), verbunden mit der grundsätzlichen Bereitschaft, vorgebrachte Einwände tatsächlich zu berücksichtigen (EPINEY, a.a.O., S.17). » (ATF 129 II 114, c. 4.1)
- CEDH, *Convention contre la torture*, Pacte II de l'ONU
  - Ces conventions constituent une codification du principe de non-refoulement et donc une « transcription du droit international coutumier qui a de plus valeur obligatoire » (Réponse du Conseil fédéral du 7 mars 2003, 02.3732 – Interpellation Trix Heberlein, 'Levée de l'interdiction du refoulement en cas de délits graves en matière de stupéfiants').

<sup>176</sup> Exemple :

- « Il n'existe pas de traité multilatéral ou de coutume internationale qui définisse les principes à respecter pour le traitement des informations transmises par des services de renseignements étrangers ou qui régleme l'échange d'informations entre services de renseignements d'un même pays. » (OFJ/DDIP, 'Restrictions juridiques aux échanges entre le Service d'analyse et de prévention (SAP) et le Service du renseignement stratégique (SRS) d'informations émanant de services de renseignement étrangers', *Avis de droit* du 22 décembre 2006 à l'attention de la Délégation des commissions de gestion, JAAC 2007.3.2 (p. 98-121).)

<sup>177</sup> Exemples :

- « A l'inverse de ce qui se passe en cas de codification d'une coutume, des dispositions d'un traité international peuvent en effet acquérir le caractère de droit coutumier si le traité est ratifié par un nombre important d'Etats et si parmi ces derniers se trouvent les Etats qui sont particulièrement intéressés par l'objet du traité. Ainsi, la Cour internationale de Justice (CIJ) a statué qu'une participation très large et représentative à une convention internationale peut suffire à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier à partir d'une règle purement conventionnelle à

normes conventionnelles a cependant parfois été nié ou laissé ouvert par les autorités suisses<sup>178</sup>.

---

l'origine, sans même qu'une longue période se soit écoulée, 'si la pratique des Etats a été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et s'est manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu' » (DDIP (15.12.1993))

- (Extrait qui ne mentionne pas explicitement le droit international coutumier :) « L'accord de siège a été conclu entre la Suisse et l'ONU en se fondant sur les principes et dispositions de la convention de 1946. La très grande majorité des Etats membres de l'ONU est partie à cette convention, ce qui démontre le caractère généralement reconnu de ces principes, en particulier de celui de l'exonération des fonctionnaires de l'ONU. » (Avis de droit de la DDIP du 20 novembre 2014)
- « La question de la ratification n'était pas prioritaire dans les années 1990, d'autant que les avis divergeaient déjà à l'époque quant à son efficacité. La convention ne reflète pas un droit international public coutumier, comme le souligne le nombre réduit des ratifications. » (Conseil fédéral, *Rapport sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées (donnant suite au postulat Stähelin 04.3267 du 1er juin 2004. Entreprises privées chargées de tâches de sécurité)*, 2 décembre 2005, FF 2006 631, p. 676)
- « La convention sur les missions spéciales n'est toutefois pas universellement reconnue et seuls 45 Etats y sont Parties. Elle pourrait toutefois servir de base de réflexion afin d'en retenir les éléments qui ne sont pas largement contestés. Par exemple, certains éléments résultent déjà de l'interdiction venire contra factum proprium ; nul ne devrait contester qu'il serait méprisable pour un Etat d'inviter à titre officiel un représentant d'un autre Etat pour arrêter cette personne au moment de son arrivée sur le territoire de l'Etat invitant. » (Déclaration faite le 5 novembre 2012 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale).

<sup>178</sup> Exemples :

- Convention de New York sur les missions spéciales du 8 décembre 1969
  - « le rapport préliminaire de 2008 souligne la nécessité d'étudier plus à fond la question de savoir s'il existe des règles de droit international coutumier qui régissent le statut des membres de missions spéciales (paragraphe 98, note 199), étant donné que peu d'Etats sont à ce jour Parties à la Convention de New York de 1969 sur les missions spéciales. (En note : Convention du 8 décembre 1969 (RS.0.191.2)) Nous sommes pour notre part de l'avis que certains principes de ladite Convention constituent une codification du droit international coutumier et nous encourageons la Commission à poursuivre son analyse de cette question. » (Déclaration faite le 31 octobre 2011 par le Représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies)
  - « La convention sur les missions spéciales n'est toutefois pas universellement reconnue et seuls 45 Etats y sont Parties. Elle pourrait toutefois servir de base de réflexion afin d'en retenir les éléments qui ne sont pas largement contestés. Par exemple, certains éléments résultent déjà de l'interdiction venire contra factum proprium ; nul ne devrait contester qu'il serait méprisable pour un Etat d'inviter à titre officiel un représentant d'un autre Etat pour arrêter cette personne au moment de son arrivée sur le territoire de l'Etat invitant. » (Déclaration faite le 5 novembre 2012 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale)
- Convention européenne sur l'immunité des Etats du 16 mai 1972 (CEIE)
  - « L'évolution de la jurisprudence révèle qu'il est extrêmement délicat de tenter de se prononcer sur l'immunité d'un Etat en s'inspirant d'une convention qui ne le lie pas. Cela est d'autant plus vrai que la convention invoquée n'a pour parties qu'un petit nombre d'Etats européens et que l'Etat qui allègue son immunité dans le présent litige appartient à un autre continent. Au surplus, la Convention est conçue comme un catalogue qui indique les points de rattachement retenus pour éviter qu'un Etat puisse être attiré devant un tribunal étranger lorsque l'objet du litige n'a pas de relations suffisantes avec le territoire de l'Etat du for (Message du Conseil fédéral du 27 mai 1981; FF 1981 II 937 ss, 943/944). Pour limiter la possibilité des Etats contractants d'invoquer l'immunité de juridiction, elle ne se réfère pas à la distinction entre les actes jure gestionis et jure imperii, mais ne fait que définir une série de situations dans lesquelles cette exception ne peut être invoquée (Message précité, FF 1981 II 945). Aussi, lorsque, comme c'est ici le cas, la Convention n'est pas applicable, la plus grande réserve s'impose même pour de simples références aux solutions fournies par ce traité » (ATF 120 II 400, consid. 3 d))

S'il existe de multiples exemples de références au droit international conventionnel dans la pratique d'identification du droit international coutumier des autorités suisses, il est rare que ces prises de position identifient de manière méthodique, c'est-à-dire raisonnée et détaillée (sur la notion de méthode, voir *infra*, 3), le caractère coutumier des dispositions conventionnelles concernées. Les autorités suisses indiquent rarement si une norme de droit international conventionnel est pertinente sous l'angle de la pratique ou de l'*opinio juris*. Enfin, il n'est pas toujours précisé si la norme de droit international conventionnel en question reflète une pratique et/ou une *opinio juris* sur le plan international, ou limitée(s) à la Suisse uniquement.

Un cas digne d'une attention particulière est celui de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (CNUJIE). Ainsi, le Tribunal fédéral a à plusieurs reprises affirmé que l'art. 11 de la CNUJIE était de caractère coutumier<sup>179</sup>. Les

- 
- « C'est à bon droit que la cour cantonale n'a pas appliqué la CEIE. Premièrement, A. n'est pas Partie à cette convention (ce que la recourante reconnaît) et, deuxièmement, le Tribunal fédéral a jugé que la plus grande réserve s'imposait quant à l'application, à titre de droit coutumier, de cette convention à des Etats non Parties, cela même pour de simples références aux solutions retenues (ATF 134 III 122 c. 5.1, p. 127; 120 II 400, c. 3d, p. 405). » (TF, arrêt 4A\_331/2014 du 31 octobre 2014, consid. 3.2)
  - Mais les autorités suisses ont confirmé que la CEIE s'applique entre la Suisse et d'autres Etats qui y sont parties comme elle : « [Dans le cas d'espèce], il faut tenir compte de la Convention européenne du 16 mai 1972 sur l'immunité des Etats (RS 0.273.1), en vigueur pour la Suisse autant que [pour l'Etat B.]. Cet instrument renferme des dispositions détaillées qui elles aussi, en fin de compte, établissent une distinction entre activités *jure imperii* et activités *jure gestionis*. » (Prise de position de la DDIP du 31 décembre 2010)
  - Voir cependant aussi l'extrait suivant, où la DDIP reconnaît le caractère coutumier de l'art. 16 de la CEIE : « La Suisse a signé la Convention européenne sur l'immunité des Etats le 16 mai 1972 et l'a ratifiée le 6 juillet 1982. Elle a signé la Convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats et de leurs biens le 19 septembre 2006 et l'a ratifié (sic) le 16 avril 2010. La Suisse considère que l'article 16 de la convention européenne est de droit coutumier. » (Communication de la DDIP au Secrétariat du CAHDI du Conseil de l'Europe du 22 août 2013)
  - Convention de l'ONU contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires du 4 décembre 1989 / Convention de 1977 de l'Union africaine
    - « La question de la ratification n'était pas prioritaire dans les années 1990, d'autant que les avis divergeaient déjà à l'époque quant à son efficacité. La convention ne reflète pas un droit international public coutumier, comme le souligne le nombre réduit des ratifications. » (Conseil fédéral, *Rapport sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées (donnant suite au postulat Stähelin 04.3267 du 1er juin 2004. Entreprises privées chargées de tâches de sécurité)*, 2 décembre 2005, FF 2006 631, p. 676)
    - « la Convention de 1977 de l'UA tout comme la convention de 1989 de l'ONU ne constituent de loin pas des instruments juridiques universellement acceptés. Ainsi, le droit international public coutumier n'interdit pas le mercenariat et il ne comporte également aucune norme qui le restreigne spécifiquement. » (Conseil fédéral, *Rapport sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées (donnant suite au postulat Stähelin 04.3267 du 1er juin 2004. Entreprises privées chargées de tâches de sécurité)*, 2 décembre 2005, FF 2006 631, p. 676).

<sup>179</sup> « Pour trancher les questions relatives aux immunités de juridiction, il faut s'inspirer de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (CNUJIE), signée par la Suisse le 19 septembre 2006 et ratifiée le 16 avril 2010. Cette convention n'est pas encore entrée en vigueur, faute de ratification par un nombre suffisant d'Etats; néanmoins, cet accord se veut la codification du droit international coutumier en matière d'immunité de juridiction, de sorte que le bien-fondé de l'exception d'immunité de juridiction peut être examiné à la lumière de l'art. 11 CNUJIE (cf. sur l'ensemble de la question: arrêt 4A\_544/2011 du 30 novembre 2011 consid. 2.1

autorités suisses ont d'ailleurs parfois admis le caractère coutumier de la CNUJIE dans son ensemble<sup>180</sup>. Le caractère coutumier de l'ensemble des règles et principes de la Convention est cependant controversé dans la doctrine internationale<sup>181</sup>. De fait, le statut de droit international coutumier de la CNUJIE n'est toutefois pas toujours abordé de la même manière par les autorités suisses. Ainsi, dans certains cas, la Convention semble jouir d'un statut hybride dans la pratique d'identification des autorités suisses<sup>182</sup>. A l'image de la pratique

---

publié in RSDIE 2013 p. 124; ATF 134 III 122 consid. 5.1 p. 128). » (TF, arrêt 4A\_331/2014 du 31 octobre 2014, consid. 3.1).

<sup>180</sup> Exemples :

- « Nonobstant le fait que ladite convention n'est pas en vigueur pour la Suisse, elle n'en constitue pas moins l'expression du droit coutumier et a été acceptée comme telle par toute la communauté internationale » (Communication de la DDIP du 14 novembre 2005 à l'Office des poursuites et des faillites du district de Martigny)
- « Ces principes ont été codifiés dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (ci-après: Convention des Nations Unies sur les immunités des Etats), adoptée par l'Assemblée générale le 2 décembre 2004. Cette Convention n'est pas encore en vigueur, mais elle a été signée par la Suisse le 19 septembre 2006 et par la Russie le 1er décembre 2006; elle se veut la codification de la coutume internationale en matière d'immunités (cf. CANDRIAN, La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, SJ 2006 II p. 95, 97). » (ATF 134 III 122, consid. 5.1)
- « La Suisse a ratifié la CNUJIE le 16 avril 2010 (cf. [www.eda.admin.ch](http://www.eda.admin.ch) [Thèmes > Droit international public > Traités internationaux]; arrêté fédéral portant approbation et mise en oeuvre de la CNUJIE du 11 décembre 2009, FF 2009 7969; Message du 25 février 2009 concernant l'approbation et la mise en oeuvre de la CNUJIE, FF 2009 1443). Cette convention n'est pas encore entrée en vigueur, faute de ratification par un nombre suffisant d'États. La Chambre des prud'hommes a néanmoins examiné le bien-fondé de l'exception d'immunité de juridiction à la lumière de l'art. 11 CNUJIE, au motif que ladite convention codifie le droit international coutumier en matière d'immunité de juridiction (dans ce sens: ATF 134 III 122 consid. 5.1 p. 128; arrêt précité du 8 juin 2010 consid. 5.5, in SJ 2010 I p. 556) - notamment à l'art. 11 consacré au contrat du travail - et qu'elle reprend pour l'essentiel les principes appliqués par le Tribunal fédéral depuis 1918 (cf. FF 2009 1444). Cette manière de procéder ne prête pas le flanc à la critique. Dès lors que la Suisse a ratifié la CNUJIE, il est justifié de s'en inspirer lorsqu'il s'agit de rendre une décision fondée sur les règles générales du droit international public relatives à l'immunité de juridiction (cf. ATF 134 III 570 consid. 2.1 p. 572). » (TF, arrêt 4A\_544/2011 du 30 novembre 2011, consid. 2.1).

<sup>181</sup> Voir p.ex. Philippa Webb, 'Regional Challenges to the Law of State Immunity', *ESIL Conference Paper No. 6/2012*, disponible sous [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2193750](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2193750); Riccardo Pavoni, 'The Myth of the Customary Nature of the United Nations Convention on State Immunity: Does the End Justify the Means?', disponible sous [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2787679](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2787679).

<sup>182</sup> Exemples :

- La CNUJIE n'est pas encore en vigueur mais « influencera (...) toutes les solutions trouvées à l'avenir » (Avis de droit de la DDIP du 1er avril 2011)
- « La Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (En note : (Nations Unies, Assemblée générale, Résolution 59/38, Annexe.) Cette convention n'est pas encore entrée en vigueur; la Suisse l'a signée le 19 septembre 2006) (ci-après: la convention) est l'aboutissement de 27 années de travail au sein de l'ONU pour codifier le droit coutumier en la matière. (En note : HAFNER/LANGE, op.cit. (note 49).) (...) Toutefois, il sied de souligner que cette convention relève à la fois de la codification du droit international coutumier et de son développement. Dans certains points elle semble aller au-delà du droit international coutumier, dans certains autres elle reste en deçà. Dès lors, elle ne peut pas dans son entier être considérée comme traduisant le droit international coutumier applicable à l'heure actuelle. Il faut encore ajouter que de l'avis d'experts en la matière, (En note : Propos tenus durant la Journée du droit international du 19 novembre 2007 (organisée par la DDIP) par le juge fédéral J. Candrian.) la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'immunité peut s'inscrire dans le cadre de la convention des Nations Unies et que, à ce titre, la codification internationale ne devrait pas signifier un recul s'agissant de la jurisprudence restrictive de la Haute Cour en matière d'immunités. » (Avis de droit de la DDIP du 20 novembre 2007. JAAC 2007.18, pp. 331-335)

d'identification des autorités suisses dans le domaine des immunités, on peut remarquer que les références croisées entre autorités sont nombreuses en ce qui concerne le caractère coutumier de la CNUJIE (voir *supra*, I.1.d))<sup>183</sup>.

## b) Les principes généraux

Dans son second rapport, le Rapporteur spécial a exclu les principes généraux (art. 38 par. 1 lit. c du Statut de la CIJ) du champ de son analyse<sup>184</sup>. Il a toutefois reconnu que « [d]e l'avis général, la Commission devrait, dans une certaine mesure, s'intéresser aux liens entre le droit international coutumier et d'autres sources de droit international, en particulier les traités et les principes généraux du droit »<sup>185</sup>.

Les principes généraux ne sont mentionnés qu'exceptionnellement par les autorités suisses dans le cadre de la détermination du caractère coutumier d'une norme de droit international. Il est arrivé toutefois que les autorités suisses, et les autorités exécutives en particulier, distinguent expressément les principes généraux du droit international coutumier<sup>186</sup>.

- 
- La DDIP a parfois aussi déclaré que la CNUJIE « reflète pour l'essentiel le droit international coutumier » (DFAE/DDIP, 'Caractère insaisissable des droits de survol au vu de la théorie des immunités', Avis de droit du 3 juillet 2009, JAAC 2/2010 du 3 août 2010, 2010.7 (p. 75-79), p. 78).

<sup>183</sup> Exemples :

- « La convention ONU n'étant pas encore entrée en vigueur, la question de savoir si ses règles s'appliquent aussi sur le plan coutumier revêt une grande importance. C'est ce que le Tribunal fédéral suisse a retenu dans son arrêt relatif à la saisie de comptes et de biens russes en Suisse (ATF 134 III [122], c. 5.1 (En note : Pratique suisse 2007, no 3.3, cette Revue, 18e année, 2008, p. 478) » (Communication de la DDIP à l'Ambassade de Suisse à Prague du 29 janvier 2014)
- « Le régime instauré par la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens parvient à établir un équilibre satisfaisant entre le besoin de protection des justiciables et les prérogatives de puissance publique, qui sont l'apanage de l'Etat et doivent demeurer libres de toute interférence des tribunaux étrangers. En outre, il reproduit dans une large mesure les principes établis par le Tribunal fédéral depuis 1918. On soulignera que ce dernier a constaté que la convention des Nations Unies codifie les principes généraux du droit des gens en matière d'immunité des Etats et qu'elle se veut la codification de la coutume internationale (En note : ATF 134 III 122, consid. 5.1 (avec références)). Ainsi, bien que la convention ne soit formellement applicable qu'entre ses Etats parties, les principes sur lesquels elle est fondée restent pertinents pour les autres Etats. » (Conseil fédéral, *09.024 Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention de l'ONU sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, 25 février 2009, FF 2009 1443, p. 1473).

<sup>184</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 5, par. 14.

<sup>185</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 3, par. 3, lit. d).

<sup>186</sup> Exemples :

- « Le droit coutumier et les principes généraux de droit ne peuvent pas non plus être dénoncés. Il s'agit, pour le premier, de normes que la communauté internationale considère comme obligatoires car elles sont l'expression d'une pratique générale reconnue en tant que règle de droit (En note : Par ex. le principe de l'intégrité territoriale des Etats, les principes relatifs à l'immunité juridictionnelle des chefs d'Etat et de gouvernement et les règles fondamentales du droit des traités; voir à ce propos le rapport du 5.3.2010, ch. 4.3.) et, pour les seconds, de normes dotées d'une validité universelle car connues de tous les grands systèmes juridiques dans le monde (En note : Par ex. le principe de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit et le principe de proportionnalité; voir à ce propos le rapport du 5.3.2010, ch. 4.4.). Un Etat ne peut être délié a posteriori de ses obligations issues du droit coutumier que par une nouvelle norme internationale, de nature coutumière ou conventionnelle. Il ne peut pas modifier unilatéralement le droit coutumier par un comportement contraire à celui-ci, quand bien même

Comme indiqué précédemment (voir *supra*, A.IV.6), cependant, la terminologie utilisée par les autorités suisses ne permet pas toujours d'établir si la notion de « principe » est utilisée en tant que source du droit international ou en tant que type de norme. Les principes généraux et le droit international coutumier sont donc parfois mêlés<sup>187</sup>.

---

ce comportement persisterait durant une longue période. » (Conseil fédéral, *Rapport additionnel au Rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne*, 30 mars 2011, FF 2011 3401, p. 3412)

- « les principes généraux de droit s'appliquent de manière subsidiaire ou complémentaire, lorsque les traités internationaux et le droit coutumier ne suffisent pas pour résoudre un différend (voir ch. 4.3). Il est donc très rare qu'ils entrent en conflit avec ces deux autres sources de droit » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2086)
- Dans certains arrêts, une distinction nette est opérée par les tribunaux entre le droit international coutumier et les « principes généraux du droit international », qui « constituent une source autonome de droit international ». Voir p.ex. TPF, arrêt RR.2013.203-204 du 28 février 2014, consid. 3.1.

<sup>187</sup> Exemples :

- « A cet égard, il convient de rappeler que la pratique restrictive des autorités algériennes en matière de réadmission contrevient au principe général de droit international coutumier selon lequel un Etat a l'obligation d'accueillir ses propres citoyens lorsque ces derniers séjournent en situation irrégulière sur le territoire d'un Etat tiers. » (Réponse du Conseil fédéral du 5 septembre 2001, 01.3339 – Interpellation Jean-Nils Dardel, 'Algérie. Le Conseil fédéral fait-il confiance aux généraux ?')
- « On soulignera que [le Tribunal fédéral] a constaté que la convention des Nations Unies codifie les principes généraux du droit des gens en matière d'immunité des Etats et qu'elle se veut la codification de la coutume internationale (En note : ATF 134 III 122, consid. 5.1 (avec références).) Ainsi, bien que la convention ne soit formellement applicable qu'entre ses Etats parties, les principes sur lesquels elle est fondée restent pertinents pour les autres Etats. » (Conseil fédéral, *09.024 Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention de l'ONU sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, 25 février 2009, FF 2009 1443, p. 1473)
- « Cela n'empêche pas, cependant, que l'interprétation de l'accord s'effectue à la lumière des principes généraux énoncés aux articles 31 et suivants de la CV, ce d'autant plus que ces articles codifient pour l'essentiel le droit international coutumier et correspondent à la pratique du Tribunal fédéral (ATF 122 II 234, c. 4c59 et les références citées). » (Arrêt du Tribunal fédéral du 7 septembre 2006 dans la cause République tchèque c. X. ; voir aussi : Arrêt du TF du 19 septembre 2012 dans la cause Direction générale des douanes c. X. et Y. (c. 3.1) ; ATF 138 II 524 ; Arrêt du TF du 9 mai 2005 dans la cause Hoirie de X. c. Administration fédérale du canton de Genève et Tribunal administratif du canton de Genève, c. 5.6., *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, 61e année, 2005-2, p. 317 (326-328))
- « Le dépositaire est désigné, et son rôle souvent précisé, par le traité lui-même, dans les clauses finales. En l'absence de règles spécifiques, les obligations du dépositaire sont régies par les principes du droit international général, tels qu'ils sont codifiés dans la Convention de Vienne, reflet du droit coutumier. » (Guide de la pratique en matière de traités internationaux de février 2010, pp. 16-17)
- « Si un Etat ou un autre sujet de droit international (par exemple une organisation interétatique) viole le droit international, sa responsabilité est en jeu. Ce principe est unanimement reconnu dans la pratique des Etats, la jurisprudence internationale et la doctrine. (En note : La violation du jus cogens n'entraîne en principe aucune suite spécifique, sinon, dans le cas d'un conflit de normes, la nullité d'une autre norme... . La responsabilité internationale et ses conséquences sont les mêmes que dans le cadre du droit coutumier) » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2091)
- « Par contre, comme nous l'avons vu, il existe des principes coutumiers établis et reconnus (à la fois par la Charte et par tous les Etats) qui nient l'existence d'un tel droit d'intervention. Il s'agit du principe de non-intervention et de l'interdiction du recours à la force. » (Note de la DDIP adressée à la Direction politique du DFAE le 27 juillet 1998. Document inédit).

La terminologie employée par les tribunaux suisses, par exemple, est souvent floue. Parfois, le TF utilise de manière interchangeable la notion de droit international coutumier et de « principes généraux du droit des gens »<sup>188</sup>. Il se réfère parfois aussi aux « principes non écrits de droit des gens »<sup>189</sup> ou aux « règles générales du droit international public » pour désigner les règles et les principes de droit international coutumier<sup>190</sup>. Comme c'est le cas dans la jurisprudence de la CIJ<sup>191</sup>, le flou de la distinction permet parfois aux autorités suisses de contourner l'identification des deux éléments constitutifs du droit international coutumier dans l'établissement de certains principes de droit international (voir *supra*, A.IV.6).

## 2. Les sources de détermination du droit international coutumier

Après la discussion des relations entre le droit international coutumier et les autres sources de droit international dans la pratique de détermination suisse du droit international coutumier, il s'agit maintenant d'examiner, de manière plus générale, quelles sont les sources du droit international utilisées par les autorités suisses pour la détermination du droit international coutumier.

Il convient notamment de clarifier le rôle joué par les « moyens auxiliaires de détermination des règles de droit » (art. 38 par. 1 lit. d du Statut de la CIJ), à savoir les décisions judiciaires (a)) et la doctrine (b)).

Il faut bien distinguer ces sources d'identification utilisées par les autorités suisses pour la détermination du droit international coutumier des différents éléments de preuve de la pratique et l'*opinio juris* constitutives d'une norme de droit international coutumier. Ces éléments seront analysés séparément dans une section centrale (voir *infra*, III.1, en particulier les projets de conclusions 6, ch. 2 et 10, ch. 2).

A noter que cette ambivalence autour de la notion de « sources » en matière d'identification du droit international coutumier appelle à la prudence. S'il existe des recoupements entre les deux notions, tel n'est pas nécessairement le cas. De plus, le fait de distinguer entre les éléments constitutifs discutés dans la prochaine section et les sources d'identification discutées ici permet de mieux saisir la place occupée par la jurisprudence et par la doctrine dans le cadre de l'identification du droit international coutumier. La jurisprudence et la doctrine constituent en effet des « moyens auxiliaires de détermination » de normes de droit coutumier, et non pas des éléments permettant d'identifier la pratique et l'*opinio juris* (à

---

<sup>188</sup> TF, arrêt 4A\_331/2014 du 31 octobre 2014, consid. 3.2, concernant la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens ; ATF 134 III 122, consid. 5.1, concernant le droit des immunités ; TF, arrêt 2C\_806/2011 du 20 mars 2013, consid. 5.2, concernant la bonne foi en tant que « principe général du droit des gens ».

<sup>189</sup> Voir p.ex. l'ATF 134 III 122, consid. 5.1, concernant l'immunité d'exécution et l'art. 30a LP.

<sup>190</sup> ATF 134 III 122, consid. 5.3.3.

<sup>191</sup> Pour une discussion, voir Peter Tomka, 'Custom and the International Court of Justice', (2013) 12 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 195-216.

l'exception de la jurisprudence nationale qui peut aussi faire partie des éléments d'identification au titre de pratique nationale : voir projet de conclusion 6, ch. 2).

### **a) Les décisions judiciaires**

Les décisions judiciaires constituent un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » (art. 38 par. 1 lit. d du Statut de la CIJ).

A ce titre, elles font partie des sources utilisées par les autorités suisses dans la détermination du droit international coutumier. Comme nous le verrons plus tard, elles doivent être distinguées des éléments constitutifs de la coutume eux-mêmes (voir *infra*, 0 et 0).

Comme le souligne le Rapporteur spécial, la notion de décisions judiciaires comprend tant les arrêts des tribunaux internationaux et régionaux que ceux des tribunaux nationaux<sup>192</sup> (voir aussi projet de conclusion 13). La présente section analyse donc le rôle de la jurisprudence des juridictions internationales et régionales (*infra*, aa)) et des juridictions nationales (*infra*, bb)) dans la pratique de détermination du droit international coutumier des autorités suisses.

### **aa) Les décisions des tribunaux internationaux et régionaux**

#### **(1) En général**

Le Rapporteur spécial souligne que les décisions des tribunaux internationaux « ne constituent pas de la ‘pratique’ mais jouent un rôle important comme ‘moyens auxiliaires de détermination des règles de droit’ »<sup>193</sup>. Il précise également que le poids des décisions judiciaires internationales « varie selon la qualité du raisonnement, la composition de la cour ou du tribunal et l'ampleur de la majorité par lesquelles elles ont été adoptées », en concédant toutefois que la jurisprudence de la CIJ et des tribunaux spécialisés, ainsi que « certaines sentences arbitrales » sont souvent citées comme faisant autorité<sup>194</sup>. En d'autres termes, selon le Rapporteur spécial, même si les décisions des tribunaux internationaux et régionaux ne sont pas constitutives de la pratique des Etats (à ce sujet, voir les éléments d'identification *infra*, 0), il s'agit bien d'une source d'identification de la coutume (voir aussi projet de conclusion 13, ch. 1).

Les autorités suisses, elles aussi, semblent considérer la jurisprudence des tribunaux internationaux comme une aide à la détermination des règles de droit au sens de l'art. 38 par.

---

<sup>192</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 43 ss, par. 55 ss.

<sup>193</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, par. 59.

<sup>194</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, par. 60.

1 lit. d du Statut de la CIJ, et non comme un élément constitutif de la norme de droit international coutumier.

Si cette jurisprudence est, dans la majeure partie des cas, citée par les autorités suisses en tant qu'elle reflète le droit international coutumier, tel n'est cependant pas toujours le cas, la jurisprudence étant parfois considérée comme controversée sur le plan international<sup>195</sup>. De nombreux exemples tirés de la pratique suisse confirment cependant le rôle de la jurisprudence internationale en tant qu'aide à la détermination des normes de droit international coutumier<sup>196</sup>.

---

<sup>195</sup> Exemples :

- « Cette jurisprudence [de la CIJ] est fortement critiquée par la Commission du droit international de l'ONU (ci-après la CDI). (En note : Quatrième Rapport, cité à la note 73, p. 3, aux pp. 6 et ss et 10.) Cette dernière affirme que l'arrêt de la CIJ n'est ni 'sacro-saint ni intangible' en ce sens que la CIJ n'a pas codifié le droit international mais a réglé un différend particulier. (En note : Ibid., p. 10) (...) En l'absence de droit international coutumier, reste à déterminer si, au niveau du droit conventionnel des investissements, une solution est donnée. » (Avis de droit de la DDIP du 21 juillet 2009).

<sup>196</sup> Exemples :

- « Nous sommes conscients de ce que, malgré une ordonnance allant dans un sens affirmatif, la transmission d'une partie des documents est devenue impossible. Mais la situation claire qui découle de la jurisprudence la plus récente de la CIJ, et qui reflète le droit international en vigueur, ne nous laisse guère le choix. » (Communication faite le 10 décembre 2003 par la DDIP à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police)
- « Le droit international accorde un statut privilégié à plusieurs catégories de personnes. Pour certaines d'entre elles (agents diplomatiques, agents consulaires, diplomates ad hoc), la matière est réglée conventionnellement. (En note : Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, du 18 avril 1961 (RS 0.191.01); Convention de Vienne sur les relations consulaires, du 24 avril 1963 (RS 0.191.02); Convention sur les missions spéciales, du 8 décembre 1969 (RS 0.191.2).) Pour les autres, les règles applicables sont à rechercher principalement dans le droit international coutumier. Traditionnellement, ce droit reconnaît des immunités très étendues aux chefs d'Etat, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères. Ce principe a été confirmé par la Cour internationale de Justice dans un arrêt du 14 février 2002, où celle-ci a notamment affirmé que de telles personnes jouissent, pour toute la durée de leur mandat, d'une inviolabilité personnelle et d'une immunité de juridiction pénale absolue qui doivent être respectées par l'ensemble des Etats. (En note : CIJ, affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (CIJ, Recueil 2002, p. 3). » (Etude préparée par la DDIP et adressée le 17 août 2005 à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police; voir aussi Avis de droit de la DDIP du 23 mai 2005)
- « Dans les années 1990, la jurisprudence des tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda a occasionné une clarification du droit international coutumier. (En note : Sur l'importance du jugement *Tadic*, voir notamment LINDSAY MOIR, *The Law of International Armed Conflicts*, Cambridge 2002, pp. 133 et ss.) » (Conseil fédéral, *Le droit international humanitaire et les conflits armés contemporains, Rapport en réponse au postulat 08.3445 de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats du 20 juin 2008*, 17 septembre 2010 (non publié), p. 4)
- « Le caractère coutumier de cette disposition fondamentale a été confirmé aussi bien par la Cour internationale de Justice (CIJ) que par les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (En note : Cf. CIJ, affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), jugement du 27 juin 1986 (fond), CIJ, Recueil 1986, paragraphe 218; TPIY (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), Chambre d'appel, Le Procureur c. Dusko Tadic, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, IT-94-1-AR72, arrêt du 2 octobre 1995, paragraphes 117 et ss; TPIR (Tribunal pénal international pour le Rwanda), Chambre de première instance I, Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu, ICTR-94-4-T, jugement du 2 septembre 1998, paragraphes 606 et ss). Sa violation constitue une infraction au droit international contraignant (jus cogens) (En note : Reproduit dans RSDIE 1999, p. 708 ss) » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, p. 488)

## (2) Les décisions de la Cour internationale de Justice

Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial note que les arrêts de la Cour internationale de Justice (CIJ) « ont beaucoup éclairé l'attitude générale vis-à-vis de la formation et de l'identification du droit international coutumier »<sup>197</sup>.

La contribution de la Cour à cet égard s'exprime, selon Christian Tams, de quatre manières : la Cour a permis à la pratique et à l'*opinio juris* de s'imposer en tant qu'éléments constitutifs déterminants pour la formation et l'identification de normes coutumières<sup>198</sup> ; elle a articulé et clarifié les exigences de généralité, de constance/cohérence et de durée ; elle a admis une certaine flexibilité dans les éléments de preuve du droit international coutumier ; et elle a permis (comme le fait d'ailleurs également remarquer Stefan Talmon<sup>199</sup>) l'utilisation de « raccourcis » en termes de preuve (permettant ensuite la « déduction » d'une coutume plutôt que son « induction »), et notamment l'utilisation de textes<sup>200</sup> considérés comme un « reflet » de la norme de droit international coutumier. Le fait de déduire de ces textes l'existence d'une norme de droit international coutumier dispense d'ailleurs les autorités d'application du droit, y compris en Suisse, d'examiner de manière inductive la pratique et l'*opinio juris* de près de deux-cents Etats.

- 
- « Différents jugements du Tribunal militaire international de Nuremberg ont par ailleurs confirmé la nature coutumière de l'interdiction de recourir à la force; la violation de cette interdiction contrevient à des normes contraignantes du droit international (jus cogens). » (Conseil fédéral, 00.090 *Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, p. 483)
  - « Toutefois, à notre avis, cette tendance ne peut, au stade actuel, être qualifiée de coutume internationale, en ce sens qu'elle ne reflète pas une pratique constante et généralisée des Etats. Ainsi, la Cour internationale de Justice dans son arrêt Yerodia du 14 février 2002 (En note : Affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), CIJ, Recueil 2002, p. 3.) - qui concernait un ministre des Affaires étrangères en exercice - explique qu'elle a examiné la pratique des Etats, y compris les différentes législations nationales et leur jurisprudence, et qu'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 en cas de soupçon de crimes de guerre ou de crime contre l'humanité. Cette affirmation en relation avec un ministre des Affaires étrangères en exercice vaut d'autant plus pour un chef d'Etat. » (Communication adressée par la DDIP le 15 janvier 2009 à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police. Document inédit).

<sup>197</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 25, par. 54. Voir aussi Omri Sender et Michael Wood, 'The International Court of Justice and Customary International Law: A Reply to Stefan Talmon', EJIL: Talk!, 30 novembre 2015, <http://www.ejiltalk.org/the-international-court-of-justice-and-customary-international-law-a-reply-to-stefan-talmon/>.

<sup>198</sup> Christian Tams, 'Meta-Custom and the Court: A Study in Judicial Law-Making', (2015) 14:1 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 51-79, p. 58 ss.

<sup>199</sup> Stefan Talmon, 'Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion', (2015) 26:2 *European Journal of International Law* 417-443, p. 421 ss.

<sup>200</sup> Tams cite, à ce titre, le droit international conventionnel, les travaux de la CDI et les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. Voir Christian Tams, 'Meta-Custom and the Court: A Study in Judicial Law-Making', (2015) 14:1 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 51-79, p. 71 ss.

De fait, les autorités suisses, et l'administration fédérale dans la très grande majorité des cas, se réfèrent fréquemment à la jurisprudence de la CIJ dans leur pratique d'identification du droit international coutumier.

Les arrêts de la CIJ sont parfois exposés en détail par les autorités suisses<sup>201</sup>. Certains arrêts sont fréquemment cités, comme l'affaire *Yerodia* (ou affaire relative au *mandat d'arrêt du 11 avril 2000*) en matière d'immunités<sup>202</sup>. La jurisprudence de la CIJ a aussi été mentionnée dans le domaine du droit international pénal<sup>203</sup>, du droit des traités<sup>204</sup>, ainsi que dans le domaine du droit international humanitaire, notamment pour attester du caractère coutumier de l'art. 3 commun aux Conventions de Genève<sup>205</sup>. L'affaire *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique* a également été citée concernant l'absence de norme de droit international coutumier autorisant le survol de l'espace aérien d'un autre Etat<sup>206</sup>. La jurisprudence de la CIJ a encore été évoquée dans le cadre du principe de non-intervention<sup>207</sup>.

---

<sup>201</sup> Tel est le cas même si certains arrêts ont parfois été critiqués par la CDI, voir p.ex. avis de la DDIP du 21 juillet 2009.

<sup>202</sup> Exemples :

- Communication faite le 10 décembre 2003 par la DDIP à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police ;
- Note de la DDIP du 12 janvier 2004 ;
- Communication adressée par la DDIP le 15 janvier 2009 à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police. Document inédit ;
- TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012 ;
- Etude préparée par la DDIP et adressée le 17 août 2005 à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police ;
- Déclaration faite le 31 octobre 2011 par le Représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies ;
- DDIP, Principes régissant l'immunité en droit international coutumier. Immunité *ratione materiae* d'un ancien ministre. Avis de droit du 23 mai 2005, JAAC 70.65.

<sup>203</sup> Exemples :

- Affaire concernant l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide : Conseil fédéral, *Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3489 ;
- De très nombreuses mentions de la jurisprudence de la CIJ se trouvent dans le message suivant : Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998*, 15 novembre 2000, FF 2001 359.

<sup>204</sup> Ainsi, l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* a été citée concernant le caractère coutumier des art. 60 à 62 CVDT (Avis de droit de la DDIP du 8 mars 2007, JAAC 2008.18, pp. 331-335).

<sup>205</sup> Exemple : Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 488 (citation de l'affaire *Nicaragua*).

<sup>206</sup> « Cette manière de voir est confirmée par la Cour internationale de Justice qui a jugé que tout survol non autorisé d'un territoire national constitue une atteinte à la souveraineté territoriale de l'Etat sous-jacent » (DFAE/DDIP, 'Caractère insaisissable des droits de survol au vu de la théorie des immunités', Avis de droit du 3 juillet 2009, JAAC 2/2010 du 3 août 2010, 2010.7, p. 75-79, p. 77).

<sup>207</sup> Note de la DDIP adressée à la Direction politique du DFAE le 27 juillet 1998. Document inédit.

(3) Les décisions d'autres cours et tribunaux internationaux : les décisions des tribunaux pénaux internationaux et les sentences arbitrales

Parmi les « autres cours et tribunaux internationaux », le Rapporteur spécial mentionne « le Tribunal international du droit de la mer, les juridictions pénales internationales et internationalisées ; les organes de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce ; les tribunaux d'arbitrage entre Etats ; et d'autres juridictions ad hoc. » Ces juridictions, selon le Rapporteur, « s'appuient généralement sur l'approche et la jurisprudence de la Cour internationale de Justice »<sup>208</sup>. Certains membres de la CDI ont insisté sur l'importance de s'appuyer non seulement sur la jurisprudence de la CIJ, mais aussi directement sur celle de juridictions internationales spécialisées<sup>209</sup>.

En matière de droit international pénal et de droit international humanitaire, les tribunaux pénaux internationaux<sup>210</sup> sont très souvent cités par les autorités suisses, en particulier la Cour pénale internationale (CPI), le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY). Il s'agit des juridictions internationales les plus fréquemment et systématiquement mentionnées en matière de droit international coutumier. Cependant, les exemples proviennent à nouveau en grande majorité de l'administration fédérale. Outre la jurisprudence de ces institutions, c'est parfois également leur établissement même qui est considéré comme un reflet du droit international coutumier. Le TPIR et le TPIY sont la plupart du temps cités de manière conjointe. Les autorités suisses ont parfois aussi mentionné le Tribunal militaire international de Nuremberg<sup>211</sup>.

---

<sup>208</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 31 s, par. 66.

<sup>209</sup> Assemblée générale, *Rapport de la CDI, 66e session (5 mai - 6 juin et 7 juillet - 8 août 2014)*, UN Doc A/69/10, p. 252, par. 151.

<sup>210</sup> Au sujet du TPIY, TPIR, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, des Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens et du Tribunal spécial pour le Liban, voir CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 33 ss, par. 68 ss.

<sup>211</sup> Voir les extraits suivants :

- CPI
  - « la CPI concrétise donc les aspirations de la communauté internationale laquelle, dans sa grande majorité, a trouvé au fil du temps un consensus sur l'impérieuse nécessité de poursuivre les actes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. A cette fin, l'article 27 du Statut de Rome stipule que la qualité officielle de chef d'Etat ou de gouvernement n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale et que les immunités qui s'attachent à la qualité officielle d'une personne n'empêchent pas la CPI d'exercer sa compétence. » (Communication adressée par la DDIP le 15 janvier 2009 à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police)
  - « La création de tribunaux internationaux, notamment la CPI et les tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda en sont l'exemple le plus parlant. Régie par le Statut de Rome, la CPI est la première cour pénale internationale permanente créée pour permettre de mettre fin à l'impunité des auteurs, sans égard à leur qualité officielle, pour les crimes les plus graves qui touchent la communauté internationale et qui sont, de ce fait reconnus comme faisant partie du *ius cogens*. A ce titre, la CPI concrétise les aspirations de la communauté internationale, laquelle, dans sa grande majorité, a trouvé au fil du temps, un consensus sur l'impérieuse nécessité de poursuivre les actes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. A cette fin, l'art. 27 du Statut de Rome stipule que la qualité officielle de chef de l'Etat

Parmi les autres tribunaux internationaux énumérés par le Rapporteur spécial, les autorités suisses se sont également référées, dans de rares cas, à des sentences arbitrales<sup>212</sup>. Enfin, les autorités suisses se réfèrent parfois aussi à la « jurisprudence internationale », sans apporter davantage de précisions<sup>213</sup>.

- (4) Les décisions des tribunaux régionaux : la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme

Le Rapporteur spécial mentionne également les juridictions régionales, qui sont « amenées à se prononcer sur l'existence d'une règle de droit international coutumier, en particulier en rapport avec l'interprétation et l'application des traités qu'elles sont chargées de faire

---

ou de gouvernement n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale et que les immunités qui s'attachent à la qualité officielle d'une personne n'empêchent pas la CPI d'exercer sa compétence (SCHILLER, *Die völkerrechtliche Immunität amtierender Staatsoberhäupter als Verfahrenshindernis vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, 2011, pp. 30-38). » (TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012, consid. 5.3.5)

- TPIR et TPIY :
  - Voir les nombreuses citations dans Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359
  - Voir aussi Conseil fédéral, *Le droit international humanitaire et les conflits armés contemporains, Rapport en réponse au postulat 08.3445 de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats du 20 juin 2008*, 17 septembre 2010 (non publié), p. 4
- Tribunal militaire international de Nuremberg
  - Citation du TPIY, du TPIR et du Tribunal militaire international de Nuremberg concernant le fait que les critères de massivité et de systématité des crimes contre l'humanité ne sont pas cumulatifs, et le caractère coutumier de cette exigence d'alternative (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 471).

<sup>212</sup> A ce sujet, voir CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 41, par. 79.

Exemples :

- « La sentence en l'affaire de la Fonderie de Trail ne repose sur aucun texte conventionnel en matière de protection de l'environnement ou du territoire d'un autre Etat (de tels textes n'existaient pas à l'époque), mais sur la pratique des Etats. Le principe du bon voisinage oblige les Etats voisins à tenir compte dûment de leurs intérêts mutuels. Ce principe n'est pas davantage codifié et relève du droit international coutumier; il facilite les tâches d'interprétation quand il s'agit de résoudre un problème juridique concret. » (Communication de la DDIP du 10 janvier 2001 à l'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication. Document inédit)
- En droit international, « le droit d'un Etat de procéder à des expropriations/confiscations n'est pas aujourd'hui contestable. Il résulte du droit international coutumier établi à la suite de pratiques concordantes considérées par la communauté internationale comme étant le droit. L'exercice de la compétence étatique de nationaliser est considérée comme étant l'exercice de sa souveraineté territoriale (En note : Sentence arbitrale du 19 janvier 1977, rendue dans l'affaire *Texaco-Calasiatic c. Lybie*, par R.-J. Dupuy, *Journal du droit international (JDI)*, t. 104, 1977, p. 367.). » (Avis de droit de la DDIP du 11 août 1999, JAAC 2000, fasc. 64/IV, n° 159).

<sup>213</sup> Voir p.ex. Réponse du Conseil fédéral du 7 mars 2003, 02.3732 – Interpellation Trix Heberlein, 'Levée de l'interdiction du refoulement en cas de délits graves en matière de stupéfiants'.

respecter »<sup>214</sup>. Une première juridiction mentionnée par le Rapporteur spécial de la CDI est la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>215</sup>.

Dans de rares cas, la Cour interaméricaine (ainsi que la Commission interaméricaine des droits de l'homme) ont été citées par les autorités suisses<sup>216</sup>.

Le Rapporteur spécial note qu'« [i]l est également arrivé que la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme appliquent des règles de droit international coutumier »<sup>217</sup>.

A ce titre, et dans des cas isolés, les autorités suisses ont renvoyé à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en matière de droit international coutumier<sup>218</sup>. Il est beaucoup plus fréquent, par contre, que les autorités suisses se réfèrent à la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) dans le cadre de la détermination de normes coutumières internationales<sup>219</sup>.

---

<sup>214</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 41, par. 80.

<sup>215</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 41 s, par. 81.

<sup>216</sup> Voir les extraits suivants :

- La Cour interaméricaine a été brièvement mentionnée dans l'Etude de la DDIP adressée le 10 juillet 2000 à la Division politique IV du DFAE. Document inédit
- La Commission interaméricaine des droits de l'homme a été mentionnée au sujet du champ d'application de l'art. 3 commun des Conventions de Genève. Voir Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 502.

<sup>217</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 42, par. 82.

<sup>218</sup> Exemple :

- « Nous indiquons à toutes fins utiles un *arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes* dans l'affaire *Sayag* du 11 juillet 1968 (En note : Affaire C-5/1968.) selon lequel: 'des fonctionnaires et agents dont les fonctions ne consistent pas à conduire les véhicules de la Communauté, et qui utilisent leur voiture personnelle librement (...) même si l'institution les y a autorisées, n'accompliraient pas des actes en leur qualité officielle et ne sauraient prétendre au bénéfice de l'immunité de juridiction'. Les infractions à la circulation routière commises par un agent diplomatique dont la fonction n'est pas la conduite de véhicules ne constitueraient dès lors pas des actes de fonction. » (Avis donné par la DDIP le 27 mars 2012).

<sup>219</sup> Voir les extraits suivants :

- La CourEDH a été citée en matière de souveraineté territoriale :
  - « C'est un principe généralement reconnu en droit international que les Etats peuvent décider souverainement de l'entrée sur leur territoire de ressortissants étrangers. (...) Ainsi, on retrouve une formule assez proche dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui déclare: 'Les Etats ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités y compris l'article 3 de la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux.' (En note : Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. DH), arrêt *Nsona* du 28 novembre 1996, Recueil des arrêts 1996-V, p. 1979, paragraphe 92.) » (Avis de droit de la DDIP du 11 août 1999, JAAC 2000, fasc. 64/IV, n°159)
- La CourEDH a également été mentionnée dans plusieurs affaires touchant au droit des immunités :
  - Mention de l'arrêt de la CourEDH *Beer et Regan c. Allemagne* (ATF 130 I 312, c. 4.1)
  - Voir aussi mention des arrêts de la CourEDH *Waite et Kennedy* et *Beer et Regan* dans l'ATF 136 III 379, consid. 4.5.2

## bb) Les décisions judiciaires nationales

Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial relève que « [d]e nombreux enseignements peuvent certainement être tirés de la manière dont les juridictions internes procèdent, mais il convient de garder à l'esprit que chacune d'entre elles opère dans les limites de son propre ordre (constitutionnel) interne et que l'application qu'elle peut faire du droit international coutumier est déterminée par le droit interne »<sup>220</sup>. Selon lui, la jurisprudence des juridictions suprêmes « a évidemment plus de poids »<sup>221</sup>.

Il note également, dans son troisième rapport, que les décisions judiciaires nationales « peuvent jouer un double rôle », c'est-à-dire sous l'angle de la pratique étatique, d'une part, et en tant que « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » (art. 38 par. 1 lit. d du Statut de la CIJ ; voir aussi projet de conclusion 13, ch. 2), d'autre part. « Dans le second cas, elles doivent être abordées avec une prudence particulière, puisque 'les tribunaux nationaux envisagent le droit international différemment des tribunaux internationaux' »<sup>222</sup>.

On notera enfin que le Secrétariat de la CDI a produit une Etude détaillée sur le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des tribunaux internationaux relatives à la détermination du droit international coutumier le 26 février 2016<sup>223</sup>.

- 
- Plusieurs arrêts de la CourEDH (dont *Beer et Regan* et *Waite et Kennedy*) ont également été mentionnés dans TF, arrêt 5A\_106/2012 du 20 septembre 2012, consid. 7.2.1
  - Voir aussi TF, arrêt 4A\_386/2011 du 11 août 2011, consid. 7
  - La CourEDH a aussi été citée en matière de droit de la responsabilité internationale :
    - « Le principe selon lequel une réparation est due en cas de violation des droits de l'homme n'est que peu reflété dans la pratique des Etats, qui généralement concentrent leurs interventions auprès d'autres Etats sur une demande de simple cessation des violations constatées. En revanche, ce principe est largement confirmé dans la jurisprudence des différents organes chargés du contrôle - politique ou juridictionnel - de la mise en œuvre des conventions relatives aux droits de l'homme. Il en va ainsi tout particulièrement du Comité des droits de l'homme institué par le pacte II relatif aux droits civils et politiques, de l'ancienne Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme de même que de la Commission et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. 5. Pour ce qui est toutefois du montant de la réparation et de ses modalités (restitution intégrale, satisfaction d'ordre moral, indemnité pécuniaire, etc.), la pratique est presque inexistante, si ce n'est sur le plan régional (Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme). » (Etude de la DDIP adressée le 10 juillet 2000 à la Division politique IV du DFAE. Document inédit)
    - « Ma délégation reconnaît et soutient le principe que la responsabilité internationale puisse être engagée par l'attribution de compétence d'un Etat à une organisation internationale. La rédaction actuelle de cet article ne nous semble pas non plus se prêter à des critiques, dans la mesure où elle reflète les principes dégagés par les juridictions internationales en la matière - en particulier le principe de la 'protection équivalente' que l'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. » (Déclaration faite le 30 octobre 2006 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit).

<sup>220</sup> CDI, 'Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier', Présenté par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial, 17 mai 2013, UN Doc A/CN.4/663, p. 42, par. 84.

<sup>221</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 26, par. 41, lit. e.

<sup>222</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 43, par. 58.

<sup>223</sup> <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/691>.

## (1) Les décisions des tribunaux suisses

Dans la pratique d'identification des autorités suisses, les décisions des tribunaux suisses en matière de droit international coutumier sont considérées, dans de nombreux cas, à la fois comme un élément d'identification de la pratique constitutive du droit international coutumier, comme nous le verrons (*infra*, 0), et comme un moyen auxiliaire de détermination du droit international coutumier au sens de l'art. 38 par. 1 lit d du Statut de la CIJ.

On remarque d'ailleurs une tendance à l'autoréférence dans la jurisprudence des tribunaux suisses, qui se réfèrent souvent à leur propre jurisprudence à la fois pour identifier une norme de droit international coutumier et en tant que pratique constitutive de cette norme (sur cette question et le risque de circularité qui lui est inhérent, voir *infra*, III.1.a)bb)(2), projet de conclusion 6, ch. 2). Dans certains domaines, toutefois, ce sont toutes les autorités suisses qui se réfèrent à la pratique judiciaire suisse, comme par exemple dans le domaine des immunités.

Il convient de noter à cet égard que l'autoréférence peut être difficile à distinguer du respect par les tribunaux suisses du principe du précédent judiciaire. Cette volonté pourrait expliquer de nombreux cas d'autoréférence, notamment lorsque la pratique antérieure des tribunaux est utilisée comme source ou moyen de détermination de la coutume et non pas comme pratique constitutive du droit international coutumier (même s'il est parfois difficile de les distinguer).

## (2) Les décisions des tribunaux étrangers

Les arrêts de juridictions nationales étrangères mentionnés par les autorités suisses concernent principalement le domaine des immunités<sup>224</sup>.

---

<sup>224</sup> Exemples :

- Mention par le TF de l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique en matière d'immunités de juridiction des OI (ATF 130 III 136)
- Référence faite par la DDIP à un arrêt de la Cour d'appel de Paris dans une affaire opposant les mêmes parties (Communication de la DDIP du 14 novembre 2005 à l'Office des poursuites et des faillites du district de Martigny)
- « En revanche, les autres ministres ont un statut beaucoup plus faible, ce qui s'explique notamment par le fait que, jusqu'à une époque récente, les voyages de telles personnes à l'étranger étaient rares et que, par conséquent, le besoin de leur accorder un traitement particulier ne s'était pas fait ressentir. Ainsi, les quelques auteurs à s'être posé la question de leur statut ne leur accordaient une immunité que lorsqu'ils se rendaient à l'étranger dans l'exercice de leurs fonctions officielles, (En note : G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, *Völkerrecht*, t. I/1, 2e éd., Berlin/New York 1989, p. 258; K. Doehring, *Völkerrecht - ein Lehrbuch*, Heidelberg 1999, pp. 284 et s., n° 673; J. Kren Kostkiewicz, *Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht*, thèse, Berne 1998, p. 92; E.R.C. Van Bogaert, *Volkenrecht*, Anvers 1991, p. 362.) ce qui rendait leur position analogue à celle des diplomates ad hoc. Le peu de décisions judiciaires rendues en la matière vont également dans ce sens. (En note : Voir l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, *Ali Ali Reza c. consorts Grimpel*, du 28 avril 1961 (*Revue générale de droit international public (RGDIP)*, t. 66, 1962, pp. 418 et s.), qui nie l'immunité de juridiction à un ministre étranger en considérant 'la qualité de ministre d'Etat et non de ministre des affaires étrangères reconnue à Ali Ali Reza ne saurait suffire à lui assurer le bénéfice de cette immunité' (p. 419).) (...) on trouve dans la jurisprudence de certains Etats des jugements qui affirment explicitement que des délits patrimoniaux ne peuvent pas être considérés comme des actes officiels. Aux Etats-Unis, notamment, une Cour d'appel fédérale se prononça à ce

Dans d'autres domaines matériels du droit international coutumier, en revanche, les autorités suisses ont plus rarement l'habitude d'invoquer des arrêts nationaux étrangers<sup>225</sup>.

---

sujet en 1962 déjà, dans une affaire concernant l'ancien chef d'Etat vénézuélien Carlos Peres Jiménez. La Cour jugea que 'acts constituting the financial crimes of embezzlement or malversation, fraud or breach of trust, and receiving money or valuable securities knowing them to have been unlawfully obtained ... were no acts of ... sovereignty. ... They constituted common crimes committed by the Chief of State done in violation of his position and not in pursuance of it'. (En note : Jiménez v. Aristeguieta, 311 F.2d 547 (5th Cir. 1962), cert.den. 373 U.S. 914 (1963), pp. 557 et s. (Note omise) Ce principe fut confirmé par une autre Cour d'appel fédérale en relation avec les biens détenus aux Etats-Unis par Ferdinand Marcos: 'No estoppel exists insulating a deposed dictator from accounting. No guarantee has been granted that immunity may be acquired by an ex-chief magistrate invoking the magic words "act of state" to cover his or her past performances. ... Bribe-taking, theft, embezzlement, extortion, fraud and conspiracy to do these things are all acts susceptible of concrete proof that need not involve political questions.' (En note : Republic of the Philippines v. Marcos, 862 F.2d, 1355, pp. 1360 et s.) (En note : Traduction française du passage). Troisièmement, il est arrivé à plusieurs reprises que d'anciens chefs d'Etat ou de gouvernement soient condamnés par des tribunaux étrangers pour blanchiment d'argent, sans que le caractère prétendument officiel de leurs actes ne s'y oppose. Un cas célèbre concerne l'ancien chef d'Etat panaméen Manuel Noriega, qui fut condamné le 1er juillet 1999 à une peine de dix ans de prison et à plusieurs millions de francs d'amende par le Tribunal correctionnel de Paris. (En note : Cf. L. Balmond/P. Weckel, Chronique des faits internationaux, RGDIP, t. 103, 1999, p. 958.) » (Etude préparée par la DDIP et adressée le 17 août 2005 à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police ; voir aussi Avis de droit de la DDIP du 23 mai 2005)

- « En parallèle à cette tendance, au niveau national s'est inscrite cette même volonté de mettre un terme à l'impunité en matière des crimes les plus graves. Une évolution sensible de la pratique internationale est perceptible dès les années 1990. A titre d'exemple, il faut relever les arrêts rendus dans cette même période par la Chambre des Lords au sujet de l'ancien président chilien Augusto Pinochet. Lors de cette affaire, l'autorité britannique a jugé à trois reprises que l'immunité de l'ancien dictateur ne pouvait être opposée à sa responsabilité pénale pour des violations des droits humains commises hors de ses fonctions de chef d'Etat (cf. BESSON, op. cit., p. 94; WISE/PODGOR/CLARK, International Criminal Law: Cases and Materials, San Francisco 2009, p. 379-398). Dans l'affaire Pinochet, les Lords ont estimé que la Convention contre la torture ne pouvait pas coexister avec le principe de l'immunité *ratione materiae* pour les actes de torture que l'ancien président chilien aurait pu commettre pendant sa période de fonction. Depuis cette affaire notamment, les immunités *ratione materiae* des anciens chefs d'Etat ne sont plus garanties automatiquement face à la responsabilité individuelle en matière pénale, même pour les actes commis durant leurs activités officielles. » (TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012, consid. 5.3.5)
- Certains tribunaux cantonaux se sont, eux aussi, référés à la jurisprudence internationale et à la jurisprudence d'autres Etats en matière d'immunités. Exemple : « 5.2.3. De même, le Hoge Raad (Cour suprême) des Pays-Bas a considéré, lui-aussi, dans une cause *X [secrétaire administrative, de nationalité marocaine, à l'Ambassade] vs. Koninkrijk Marokko* que la CNUJE, et en particulier son art. 11, reflète le droit international coutumier (Arrêt No. 08/02855 du 5. 2. 2010 in: www.rechtspraak.nl/Hoge Rad). » (Chambre des prud'hommes de la Cour civile de la Cour de justice du canton de Genève, CAPH/53/2012 du 13 mars 2012, consid. 5.2.3 ; voir aussi Chambre des prud'hommes de la Cour civile de la Cour de justice du canton de Genève, CAPH/95/2011 du 7 juillet 2011, consid. 5.1.6).

<sup>225</sup> Voir cependant les exemples suivants :

- Le Tribunal fédéral a mentionné une décision de la Cour constitutionnelle allemande dans le domaine de la succession d'Etats en matière de traités : « Gleichermassen hat das deutsche Bundesverfassungsgericht in seinem sogenannten Teso-Beschluss allgemeinem Völkerrecht entnommen, dass ein Staat bei der Festlegung des Kreises seiner Staatsangehörigen bestimmten, sich u.a. aus der Existenz und der Personalhoheit anderer Staaten ergebenden Grenzen unterliegt (BVerfGE 77, 137 [abrufbar unter <http://www.servat.unibe.ch> unter Verfassungsrecht, Bundesverfassungsgericht]). » (ATF 139 V 263, consid. 10.2)
- Un autre exemple concerne un cas où une convention internationale n'avait pas été ratifiée par un Etat (*in casu* les Etats-Unis). Afin d'appliquer la norme en question à cet Etat à titre de droit international coutumier, le TF s'est référé à la pratique judiciaire de cet Etat : « Schliesslich gilt es zu berücksichtigen, dass die USA Vertragspartei des UNO-Pakts II sind. Dieser ist zwar auf Grund einer Erklärung der USA in den USA nicht unmittelbar anwendbar. Das Verbot, eine Person an ein Land

De manière générale, l'utilisation des décisions judiciaires nationales étrangères par les autorités suisses semble être largement pragmatique. Les autorités n'usent pas d'une prudence particulière dans la manière dont elles abordent cette jurisprudence. Elles ne précisent pas si celle-ci est pertinente sous l'angle de la pratique étatique ou de l'*opinio juris*, ni si elles la considèrent à titre d'élément constitutif de la norme de droit international coutumier ou de source d'identification, notamment de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit au sens de l'art. 38 par. 1 lit. d du Statut de la CIJ.

## b) La doctrine

L'art. 38 par. 1 lit. d du Statut de la CIJ mentionne également, sous l'angle des « moyens auxiliaires de détermination des règles de droit », « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ».

Le premier rapport du Rapporteur spécial contient un survol de la doctrine en matière d'identification et de formation du droit international coutumier (voir aussi projet de

---

auszuliefern, in dem ihr eine unmenschliche Behandlung drohen würde, gehört jedoch zum zwingenden Völkergewohnheitsrecht (108 Ib 408 E. 8a S. 411), und ist daher in den USA als Gewohnheitsrecht direkt anwendbar (vgl. Jörg Paul Müller/Luzius Wildhaber, *Praxis des Völkerrechts*, 2. Auflage, Bern, 1982, S. 96). Amerikanische Gerichte anerkennen auch, dass sie in einem Auslieferungsverfahren die Möglichkeit schwerer Menschenrechtsverletzungen im ersuchenden Staat zu prüfen hätten (vgl. folgende, vom Obersten Gerichtshof nicht beanstandete Entscheide von US Bundesappellationsgerichten: *Gallina v. Fraser*, 278 F.2d 77 [2d Cir. ], S. 79, cert. denied, 364 U.S. 851, 5 L. Ed. 2d 74, 81 S. Ct. 97 [1960]; *United States ex. rel. Bloomfield v. Gengler*, 507 F.2d 925 [2d Cir. 1974] S. 928, cert. denied, 421 U.S. 1001, 44 L. Ed. 2d 668, 95 S. Ct. 2400 [1975]; *Rosado v. Civiletti*, 621 F.2d 179 [2d Cir. ], S. 1195 cert. denied, 449 U.S. 856, 66 L. Ed. 2d 70, 101 S. Ct. 153 [1980] und *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F.2d 571 [6th Cir. 1985] S. 583, cert. denied, 475 U.S. 1016, 89 L. Ed. 2d 312, 106 S. Ct. 1198 [1986]. Vgl. auch *Arnbjornsdottir-Mendler v. United States*, 721 F.2d 679 [9th Cir. 1983], S. 683). » (TF, arrêt 1A.212/2000 du 19 septembre 2000, consid. 5 a))

- En matière de droit international pénal et plus particulièrement au sujet de l'interdiction du génocide, le Conseil fédéral a mentionné la jurisprudence nationale : « Pendant longtemps, les tribunaux nationaux ne se sont guère penchés non plus sur ce crime (En note : Voir cependant le procès d'Adolf Eichmann, qui a été condamné pour 'Crime contre le peuple juif' (délit formulé en fonction du crime de génocide); cf. Cour de district de Jérusalem, cause criminelle 40/61, *Procureur général du gouvernement d'Israël c. Adolf Eichmann*, jugement du 12 décembre 1961, reproduit dans ILR 36 (1968) 5; jugement confirmé par la Cour suprême d'Israël, Appel criminel no 336/61, jugement du 29 mai 1962, reproduit dans ILR 36 (1968) 277. Dans une décision de 1999, la Cour fédérale d'Australie s'est occupée de la question de savoir si le traitement des aborigènes australiens ne constituait pas un génocide. Elle a répondu négativement, constatant de manière formelle que l'Australie n'avait pas encore transposer (sic) la Convention sur le génocide dans son droit pénal national; cf. Federal Court of Australia, *Nulyarimma and Others v. Thompson*, FCA 1192, jugement du 1er septembre 1999.) L'acte de génocide n'a été concrétisé que récemment par les jugements des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, ainsi que, notamment, par divers jugements rendus en Allemagne au sujet des événements de guerre en ex-Yougoslavie dans les années 1991 à 1995 (En note : Cour fédérale de cassation, 1 StR 100/94, *Tadic*, jugement du 13 février 1994; Cour fédérale suprême de Bavière, 3 St 20/96, *cause Novislav Djajic*, jugement du 23 mai 1997; Cour d'appel de Düsseldorf, IV - 26/96, *cause Nikola Jorgic*, jugement du 26 septembre 1997; Cour fédérale de cassation, 3 StR 215/98, Sénat pénal de Düsseldorf, jugement du 29 novembre 1999; Cour fédérale suprême de Bavière, *cause Djuradj Kusljic*, jugement du 15 décembre 1999.) » (Conseil fédéral, 00.090 *Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 460).

conclusion 14)<sup>226</sup>. Le Rapporteur spécial précise, dans son troisième rapport, que, « en fonction de la qualité des textes, [la doctrine] demeure une source utile d'information et d'analyse aux fins de l'identification des règles du droit international coutumier »<sup>227</sup>. Il note que « [l]orsqu'on se penche sur l'avis des spécialistes, il faut se demander dans quelle mesure ils ont voulu rendre compte des positions de certains Etats ou groupes d'Etats, de quelle manière ils ont procédé pour l'identification du droit international coutumier, ou s'ils cherchent à promouvoir un certain point de vue ou à formuler des propositions de nouvelles règles de droit »<sup>228</sup>.

La doctrine est fréquemment invoquée par les autorités suisses dans le cadre de l'identification du droit international coutumier, et notamment par les tribunaux<sup>229</sup>. Les ouvrages cités ne sont pas toujours les écrits de publicistes étrangers : dans certains cas, la doctrine citée est exclusivement suisse, mais le plus souvent, elle est à la fois suisse et internationale.

La doctrine utilisée est généralement multilingue et comprend, dans la plupart des cas analysés, au moins une des langues nationales suisses. Les ouvrages cités sont parfois relativement anciens (p.ex. 15 à 20 ans d'âge au moment de leur citation). De manière générale, c'est la DDIP qui se réfère le plus souvent à des ouvrages de doctrine, puis, dans l'ordre, le Conseil fédéral et les tribunaux<sup>230</sup>.

---

<sup>226</sup> CDI, 'Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier', Présenté par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial, 17 mai 2013, UN Doc A/CN.4/663, p. 50 ss, par. 94 ss.

<sup>227</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 46, par. 62.

<sup>228</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 46, par. 64.

<sup>229</sup> Voir p.ex. ATF 118 Ib 562.

<sup>230</sup> Exemples :

- Dans certains extraits, la doctrine citée est ancienne (ici 20 respectivement 29 ans d'âge) : « Une telle approche souligne, naturellement, la portée des règles fondamentales posées par l'article 3, dont on sait qu'elles sont considérées comme faisant partie du droit international coutumier et, de surcroît, ont le caractère de norme impérative (jus cogens) (En note : Dietrich Schindler, *The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, t. 163, 1979-II, p. 151; Charles Zorgbibe, *Pour une réaffirmation du droit humanitaire des conflits armés internes*, *Journal du droit international*, (t. 97,) 1970, p. 676. »
- Dans une étude de 2005, la doctrine invoquée est particulièrement diverse. La DDIP mentionne des ouvrages de la doctrine francophone, germanophone, italophone, anglophone et même néerlandophone, suisse et internationale (de publication récente ou au maximum de 15 ans d'âge) : « En revanche, les autres ministres ont un statut beaucoup plus faible, ce qui s'explique notamment par le fait que, jusqu'à une époque récente, les voyages de telles personnes à l'étranger étaient rares et que, par conséquent, le besoin de leur accorder un traitement particulier ne s'était pas fait ressentir. Ainsi, les quelques auteurs à s'être posé la question de leur statut ne leur accordaient une immunité que lorsqu'ils se rendaient à l'étranger dans l'exercice de leurs fonctions officielles, (En note : G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, *Völkerrecht*, t. I/1, 2e éd., Berlin/New York 1989, p. 258; K. Doehring, *Völkerrecht - ein Lehrbuch*, Heidelberg 1999, pp. 284 et s., n° 673; J. Kren Kostkiewicz, *Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht*, thèse, Berne 1998, p. 92; E.R.C. Van Bogaert, *Volkenrecht*, Anvers 1991, p. 362.) ce qui rendait leur position analogue à celle des diplomates ad hoc (...) Quant à savoir s'il conviendrait aujourd'hui de leur accorder une immunité plus large vu leur rôle accru sur la scène internationale, les rares auteurs à avoir traité ce point y répondent par la négative: l'immunité doit être considérée comme une exception par rapport à un régime général, de sorte qu'il

serait contraire à la logique du système de l'interpréter de manière extensive. (En note : A. Borghi, L'immunité des dirigeants politiques en droit international, thèse, Genève (etc.) 2003, pp. 204 et ss.) (...) La doctrine se prononce elle aussi très largement pour l'impossibilité de considérer comme actes de la fonction des actes de corruption, détournement de fonds publics, blanchiment d'argent, ou des actes de nature analogue. (En note : Voir notamment Borghi, op. cit., pp. 165 et ss; J. Verhoeven, Sur la récupération à l'étranger des sommes détournées par d'anciens chefs d'Etat, in: Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993, pp. 359 et ss; L. Collins, Recovery of Stolen Property from Deposed Rulers, in: (ibid.) pp. 221 et ss; M. Lugato, Il ricupero all'estero di somme e di beni trafugati da ex-capi di stato, Rivista di diritto internazionale, vol. 80, 1997, pp. 104 et ss; A.C. Robitaille, The Marcos Cases: A Consideration of the Act of State Doctrine and the Pursuit of the Assets of Deposed Dictators, Boston College Third World Law Journal, vol. 9, 1989, pp. 81 et ss, en particulier pp. 92 et ss.) » (Etude préparée par la DDIP et adressée le 17 août 2005 à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police; voir aussi Avis de droit de la DDIP du 23 mai 2005)

- Dans un avis de droit de 2000, la DDIP mentionne la doctrine suisse et internationale, en langue anglaise, allemande et française (Avis de droit de la DDIP adressé le 13 novembre 2000 à l'Office fédéral de la police du DFJP. Document inédit)
- Parfois, la DDIP fait seulement mention d'auteurs qui divergent de la position généralement admise (p.ex. Note de la DDIP du 4 avril 2003)
- Dans une communication de 2014 concernant le statut coutumier de la CVDT, la DDIP mentionne la doctrine anglophone ; cette doctrine comprend toutefois un ouvrage de Mark Villiger, ancien juge suisse à la CourEDH (Communication de la DDIP du 18 février 2014)
- Voir aussi Communication de la DDIP au Registre foncier de U. du 8 octobre 2012, où est mentionné un ouvrage de James Crawford
- Dans un cas portant sur des questions spécialisées et « complexes », la DDIP s'est appuyée sur deux publications francophones, dont un mémoire universitaire (Communication faite le 12 mars 2007 par la DDIP au Bureau des affaires juridiques du Secrétariat des Nations Unies à New York)
- Dans un avis de 2006, la DDIP a cité un article de doctrine paru dans une revue suisse en 1987 et qui affirme « que la légalisation est une fonction consulaire admise par la coutume internationale » (DFAE/DDIP, 'Légalisation de documents d'Etat civil', Avis du 6 février 2006, JAAC 7.2007)
- Dans un avis de 2001, la DDIP cite la doctrine anglophone et germanophone, et notamment un cours de l'Académie de droit international de La Haye. La doctrine citée est relativement ancienne et comprend un ouvrage de 1962 (DDIP, 'Immunités des chefs d'Etats et des personnalités de haut rang. Résumé de l'état de la pratique internationale en la matière', Avis de droit du 22 février 2001, JAAC 67.35)
- Dans un avis de 2009, la DDIP déclare : « La doctrine reconnaît en effet que l'espace aérien national est sous-jacent de la souveraineté territoriale de l'Etat et affirme qu'il n'existe pas de norme coutumière autorisant le survol du territoire de l'Etat et que partant celui-ci est libre de le réglementer, voire de l'interdire totalement ». La DDIP ne cite toutefois qu'un seul ouvrage doctrinal, soit Daillier/Pellet, 7<sup>e</sup> édition 2002 (DFAE/DDIP, 'Caractère insaisissable des droits de survol au vu de la théorie des immunités', Avis de droit du 3 juillet 2009, JAAC 2/2010 du 3 août 2010, 2010.7 (p. 75-79), p. 77)
- Dans un Message de 2000, le Conseil fédéral mentionne la doctrine internationale et suisse, francophone, anglophone et germanophone (Conseil fédéral, 00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal, 15 novembre 2000, FF 2001 359, voir p.ex. p. 459 ss)
- Dans d'autres messages, la doctrine est moins multilingue, voir p.ex. la doctrine germanophone citée dans Conseil fédéral, 00.055 Message concernant la loi fédérale sur les documents d'identité des ressortissants suisses, 28 juin 2000, FF 2000 4391.
- « Parmi les sources du droit international figure en effet le droit coutumier. Il est fondé selon la doctrine dominante sur une pratique constante, uniforme et générale des sujets de droit accompagnée d'une conviction que cette pratique possède une force juridiquement obligatoire (KOLB, Droit international pénal, Bâle 2008, p. 57 (...)). » (TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012, consid. 3.3.2) Voir aussi consid. 5.3.4 (où la Cour mentionne des ouvrages de doctrine relativement récents, suisses et internationaux, datant de 2004 à 2012, année de la décision en question) : « La doctrine, en se fondant à la fois sur l'émergence des nouvelles conventions et instances internationales consacrées au respect du *jus cogens* humanitaire et sur les jugements rendus par des tribunaux internationaux et surtout nationaux en la matière, a mis en exergue l'émergence d'un

La « Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération » (JAAC) comprend également des avis de droit externes, rédigés par des juristes suisses<sup>231</sup>. Les autorités suisses se sont aussi référées, dans certains cas, à des avis d'« experts nationaux » (*in casu* à une prise de position d'un juge fédéral)<sup>232</sup>.

---

processus tendant à accroître les causes d'exception à l'immunité juridictionnelle (cf. notamment BELLAL, Immunités et violations graves des droits humains, Bruxelles 2011, spécialement p. 214 ss; VAN ALEBEEK, The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law, Oxford, 2008, spécialement p. 200 ss; TOMUSCHAT, L'immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme, RGDI, 2005, pp. 51-74; BIANCHI, L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme, RGDIP, 2004, pp. 64-101). Exceptions qui visent l'immunité *ratione personae* des chefs de l'Etat en exercice et l'immunité *ratione materiae* des anciens chefs ou hauts fonctionnaires de l'Etat en cas de violation grave des droits humanitaires car l'immunité *ratione materiae* dépend des actes en cause et non plus de la personne officielle de son titulaire, dont la fonction s'est éteinte (BESSON, op. cit., p. 93; CANDRIAN, L'immunité des Etats face aux droits de l'Homme et à la protection des biens culturels, Zurich 2005, p. 484). Il est fréquemment fait état dans la doctrine d'une érosion progressive de l'immunité devant les juridictions nationales (GAETA, Immunity of States and State Officials: A Major Stumbling Block to Judicial Scrutiny? In Realizing Utopia [CASSESE éd.], Oxford, 2012, p. 229; BESSON, op. cit., p. 96; BIANCHI, op. cit., p. 90). »

- La doctrine est souvent mentionnée lorsqu'une question est controversée (voir p.ex. ATF 139 V 263 ; il s'agit ici presque exclusivement de doctrine germanophone et francophone, et surtout suisse)
- Pour déterminer si le principe de non-refoulement avait acquis un caractère de droit international coutumier dans les années 1940, le TF s'appuie sur la doctrine suisse et internationale, germanophone, anglophone et francophone, tantôt ancienne, eu égard à la question posée, tantôt plus récente (Arrêt du TF du 21 janvier 2000 en l'affaire J. Spring c. Confédération suisse. ATF 126 II 145, c. 4c et d (158-162, 164-167))
- Dans l'ATF 130 III 430, le TF cite de la doctrine germanophone et francophone concernant une opinion doctrinale répandue selon laquelle l'Etat d'envoi doit aussi être impliqué dans la procédure de consultation, avant que l'Etat de siège puisse mettre fin à la reconnaissance du statut diplomatique d'un membre d'une mission permanente
- Dans l'ATF 129 II 114, le TF fait mention de doctrine anglophone et d'un cours de l'Académie de droit international de La Haye de Lucius Caflisch.

<sup>231</sup> Exemples :

- Prof. Rainer Schweizer, 'Verfassungs- und völkerrechtliche Anforderungen an die Verteidigungskompetenz der Armee und das zukünftige Leistungsprofil sowie die ausgewählten Fragen der Militärpflicht', avis de droit du 8 octobre 2010, JAAC 3/2010 du 1er décembre 2010, 2010.10 (p. 91-195)
- Daniel Kettiger, 'Les conséquences juridiques de la directive INSPIRE de la Communauté européenne sur le droit de la géoinformation en Suisse', Avis de droit du 13 août 2007, JAAC du 5 décembre 2007, 2007.14 (p. 250-278)
- Andreas Lienhard/Philipp Häsler, 'Verfassungsmässigkeit des Entwicklungsschrittes 2008/11 der Schweizer Armee', Gutachten vom 26. Februar 2007 zuhanden des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS), JAAC 2.2007 du 1er juin 2007, 2007.2 (p. 9-75).

<sup>232</sup> « Il faut encore ajouter que de l'avis d'experts en la matière (En note : Propos tenus durant la journée du droit international du 19 novembre 2007 par le juge fédéral Jérôme Candrian), la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'immunité peut s'inscrire dans le cadre de la Convention des Nations Unies et que, à ce titre, la codification internationale ne devrait pas signifier un recul s'agissant de la jurisprudence restrictive de la Haute Cour en matière d'immunités. » ((DFAE/DDIP, 'Accords de promotion et protection des investissements. Qualité d'investisseur octroyée à un Etat et traitement à donner à ses investissements', Avis de droit du 20 novembre 2007, JAAC 2008 du 5 mars 2008, 2008.11 (p. 183-188), p. 187).

### c) Les travaux de la CDI et d'autres organismes professionnels de codification

Toujours dans le cadre de l'art. 38 par. 1 lit. d du Statut de la CIJ, le Rapporteur spécial précise que les textes et commentaires issus des travaux de la CDI revêtent une importance particulière, de même que les travaux d'organismes professionnels comme l'Institut de droit international<sup>233</sup> et l'Association de droit international<sup>234</sup>. Dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial note que « la place particulière » de la Commission sera mise en évidence dans le commentaire du projet de conclusions »<sup>235</sup>.

Les travaux de la CDI sont d'ailleurs régulièrement invoqués par les autorités suisses dans différents domaines matériels du droit international coutumier<sup>236</sup>. Les projets d'articles ou

---

<sup>233</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 47, par. 65.

<sup>234</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 46 s, par. 65.

<sup>235</sup> CDI, 'Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 8 mars 2016, UN Doc A/CN.4/695, p. 10, par. 26.

<sup>236</sup> Exemples :

- Responsabilité internationale
  - « Le TNP ne dit rien sur les conséquences de sa violation. En cas de violation, on se tournera donc vers les moyens offerts par le droit international coutumier, codifiés par la Convention de Vienne sur le droit des traités (du 23 mai 1969) (ci-après: CV) (En note : RS 0.111) et le Projet d'articles de la CDI (Commission du droit international) sur la responsabilité internationale des Etats (En note : Projet adopté lors de la 53e session en 2001, Rapport et commentaires, document annexé à la Résolution 56/83 (de l'Assemblée générale du 12 décembre 2001)) » (Communication de la DDIP au Secrétariat politique du DFAE du 5 octobre 2007)
  - « Aucun traité international faisant le tour de cette question n'a été conclu, mais il existe des règles de droit coutumier, qui ont été intégrées dans un projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite élaboré par la Commission du droit international de l'ONU (CDI). Ce projet a été adopté en juillet 2001 à l'intention de l'Assemblée générale de l'ONU (cf. Résolution 56/83). La CDI a non seulement tenté de codifier les règles de droit coutumier mais aussi de résoudre les questions laissées ouvertes dans le domaine de la responsabilité des Etats. (En note : Cf. le commentaire officiel dans l'Annuaire de la Commission du droit international 2001, vol. II/2, pp. 20 et ss.) Bien que ces articles aient déjà acquis une grande importance dans la pratique des Etats et des tribunaux, il leur reste encore à être adoptés sous forme d'un accord obligatoire entre les Etats membres de l'ONU. » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2091)
  - « Un tel devoir ne peut pas davantage être déduit des règles sur la responsabilité des Etats. Il est vrai que la Suisse peut être rendue responsable, sur le plan international, d'avoir aidé un autre Etat à violer le droit international (ou ses règles relatives aux droits de l'homme). C'est ce qui résulte de l'article 16 du Projet d'articles de la Commission du droit international des Nations Unies relatif à la responsabilité des Etats, (En note : Le texte du Projet d'articles est reproduit dans Nations Unies, *La Commission du droit international et son oeuvre*, 7e éd., New York 2009, vol. I, p. 414. Pour le texte de l'article 16 du Projet, voir *ibid.*, p. 418. Pour les commentaires relatifs à l'article 16, paragraphes 3, 5 et 9, voir Annuaire de la Commission du droit international 2001 II/2, pp. 69–71) disposition qui reflète le droit international coutumier. » (Avis donné par la DDIP le 1<sup>er</sup> octobre 2012 au Secrétariat d'Etat à l'économie du Département fédéral de l'économie)
  - « Les critères en matière de participation et de soutien, par l'Etat, d'attaques cybernétiques découlent directement des règles coutumières en matière de responsabilité des Etats telles qu'elles figurent également dans le Projet de la Commission du droit international des Nations

---

Unies relatif à la responsabilité des Etats. (En note : Articles 4 à 11 du Projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour des faits internationalement illicites du 31 mai 2004 [Annuaire de la Commission du droit international 2001, vol. II/2, pp. 26–27]. Par la Résolution 56/83 du 12 décembre 2001, l'Assemblée générale des Nations Unies a recommandé ce Projet.) » (Note de la DDIP du 1<sup>er</sup> novembre 2013 adressée à l'Office fédéral de la police du Département fédéral de justice et police)

- « Au surplus, la question reste indécise de savoir si, au-delà du droit conventionnel, il existe en droit coutumier un droit des individus à réparation en cas de violation des droits de l'homme, et cela malgré le caractère impératif (*jus cogens*) que revêt souvent le droit protégé. A noter par ailleurs que malgré ce développement du droit des gens, le projet d'articles élaboré par la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats (Note omise) n'aborde pas le problème du point de vue des prétentions individuelles. » (Etude de la DDIP adressée le 10 juillet 2000 à la Division politique IV du DFAE. Document inédit)
- Immunités
  - TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012, consid. 5.3.6 : « La question relative à la portée de l'immunité de juridiction pénale étrangère d'un représentant de l'Etat occupe depuis quelques années la Commission du droit international de l'ONU (ci-après: CDI). Le Rapport préliminaire sur l'immunité des représentants de l'Etat de la juridiction pénale étrangère a été rendu en 2008 (Rapport préliminaire 2008) et très récemment, la CDI a publié le Rapport CDI 2011. Même si les travaux de la CDI sur ce sujet ne sont pas terminés, il se dégage des discussions tenues dans cette enceinte des thèses opposées. En résumé, à la position représentée par le Rapporteur spécial de la Commission, axée exclusivement sur la *lege lata* et tendant à considérer l'immunité comme la norme qui ne souffrirait aucune exception (Rapport ONU 2011, n° 121), s'est opposé un courant qui a qualifié de tendancieuse la position du rapporteur puisque ne prenant pas en considération les évolutions en cours du droit international concernant, en particulier, la question des crimes graves de droit international (Rapport ONU 2011, n° 117). Quoiqu'il en soit, des travaux en cours de la CDI, il semblerait ressortir une position dominante concernant la reconnaissance de l'immunité *ratione personae* absolue des membres de la Triade en exercice, car toute brèche dans ce domaine empêcherait les intéressés en fonction de s'acquitter de leurs tâches. En ce qui concerne en revanche l'immunité *ratione materiae*, des exceptions dans le contexte de la commission de crimes de droit international pourraient être pertinentes (Rapport ONU 2011, n° 113). Sur ce point, il est proposé d'exclure l'immunité suivant la nature des actes tels que les actes privés, *ultra vires*, ou illicites. Dans ces cas, l'agent étatique n'agirait guère dans le cadre de sa fonction (Rapport ONU 2011, notamment nos 113, 134, 135). Il ressort enfin de ce rapport, la préoccupation de la commission d'aborder prudemment la question de l'immunité afin de parvenir à un équilibre acceptable entre la nécessité d'assurer la stabilité des relations internationales et celle d'éviter l'impunité des auteurs de crimes graves de droit international (Rapport ONU 2011, n°119). » Voir aussi consid. 5.4.2 : « Eu égard aux principes de droit international rappelés ci-dessus (*supra* consid. 5.3.1), l'appartenance de A. au gouvernement collégial (HCE) devrait suffire pour qu'on lui reconnaisse l'immunité *ratione personae* pendant sa période de fonction. Cette question ne mérite cependant pas de plus amples éclaircissements puisque selon l'interprétation large fournie par la CIJ dans l'affaire Yerodia, interprétation suivie par certains tribunaux nationaux (cf notamment COSNARD et NOUVEL, Jurisprudence française en matière de droit public, RGDIP 2011, p. 593-604, commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation de la Chambre criminelle du 19 janvier 2010; association des familles victimes du naufrage du Jola et autres où l'immunité *ratione personae* du ministre de la défense a été admise) et par la CDI (Rapport 2011, n° 192), l'immunité *ratione personae* durant la période de la fonction ne concerne pas exclusivement la Triade. »
  - Interprétation de la CNUJIE : « La conclusion selon laquelle les droits de survol ne peuvent être saisis s'impose, *ratione personae*, pour les Etats. Reste encore à déterminer si une société privée indépendante de l'Etat bénéficie également de telles immunités. Le TF ne s'étant jamais explicitement prononcé à ce sujet, (En note : Certes, le TF estime que, de manière générale, 'le recours à des sociétés privées ... permettrait de douter de l'existence d'une immunité juridictionnelle' (ATF 1A.94/2001 du 25 juin 2001, c. 4a (Pratique suisse 2001, n° 3.1, RSDIE, 12<sup>e</sup> année, 2002, p. 607). Toutefois, il n'a, de ce fait, pas exclu que les entités remplissant une mission de souveraineté peuvent bénéficier de l'immunité *ratione personae* au même titre que les Etats, rejoignant ainsi les conclusions de la Commission du droit international (CDI) (voir également le Message du Conseil fédéral (à l'Assemblée fédérale), du 25 février 2009, concernant l'approbation et la mise en oeuvre de la Convention des

---

Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, FF 2009, p. 1443, 1457.) il y a lieu de se référer à la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens qui reflète pour l'essentiel le droit international coutumier (En note : Voir le message du Conseil fédéral concernant l'approbation et la mise en oeuvre de la Convention de l'ONU sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, 25 février 2009, FF 2009 1443. La Convention n'est pas encore entrée en vigueur. La Suisse a engagé le processus en vue de sa ratification.). Ladite convention s'applique, *ratione personae*, aux Etats, à ses organes ainsi qu'aux composantes d'un Etat fédéral. En outre, son article 2, alinéa premier, lettre b, stipule que les établissements, les organismes d'Etat ou autres entités, dès lors qu'ils accomplissent des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine, bénéficient des immunités au même titre que les Etats. Cette disposition exclut ainsi les établissements tels que les postes, les chemins de fer, etc., mais uniquement dans la mesure où ils n'accomplissent pas de tâches *jure imperii*. Cette interprétation est confirmée par la CDI (Commission du droit international) qui explique qu'il y a lieu d'inclure les entités privées dans la définition de l'Etat, 'dans la mesure où (elles) sont habilitées à exercer les prérogatives de puissance publique' » (DFAE/DDIP, 'Caractère insaisissable des droits de survol au vu de la théorie des immunités', Avis de droit du 3 juillet 2009, JAAC 2/2010 du 3 août 2010, 2010.7 (p. 75-79), p. 78)

- « L'art. 11 CNUJIE a fait l'objet de longues négociations relatives au groupe de personnes dont les contrats de travail étaient soustraits à la juridiction d'un autre Etat, ainsi qu'au rapport de ces personnes à la puissance publique. Les exceptions proposées ont été critiquées parce qu'elles étaient trop nombreuses et faisaient de l'immunité de l'Etat la règle. Il ressort des discussions au sein de l'ONU que la lettre b de l'art. 11 al. 2 CNUJIE, qui n'était pas prévue à l'origine, a été introduite en cours de procédure afin de clarifier la portée de la lettre a du même alinéa; les lettres a et b de l'art. 11 al. 2 CNUJIE se rapportent ainsi au même groupe de personnes (Report of the Working Group on jurisdictional immunities of States and their property, in Yearbook of the International Law Commission, 1999, vol. II/2, p. 165 ch. 84 ss, spécialement ch. 105; cf. Gehrard Hafner/Leonor Lange, La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, in Annuaire français de droit international, 2004, vol. 50, p. 64 s.). » (TF, arrêt 4A\_542/2011 du 30 novembre 2011, consid. 2.2.2 et TF, arrêt 4A\_544/2011 du 30 novembre 2011, consid. 2.2.2)
- Droit international pénal
  - Pour une citation du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la CDI, voir Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 364, 368 et 478
  - Pour une citation du Projet de Statut d'une Cour criminelle internationale, voir Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, notamment p. 468
- Protection diplomatique
  - (Au sujet de l'arrêt *Barcelona Traction* de la CIJ :) « Cette jurisprudence est fortement critiquée par la Commission du droit international de l'ONU (ci-après la CDI). (En note : Quatrième Rapport, cité à la note 73, p. 3, aux pp. 6 et ss et 10.) Cette dernière affirme que l'arrêt de la CIJ n'est ni 'sacro-saint ni intangible' en ce sens que la CIJ n'a pas codifié le droit international mais a réglé un différend particulier. (En note : Ibid., p. 10.) La CDI estime en outre que l'arrêt de la CIJ est difficilement applicable car les Etats ont de fortes réticences, en l'absence de lien effectif avec le pays, à octroyer la protection diplomatique au seul motif que la société est constituée selon leurs règles de droit interne, alors que les actions de celle-ci sont (majoritairement) détenues par des ressortissants étrangers. Aux yeux de la CDI, 'les critères que sont le contrôle économique... ou la participation majoritaire, qui mettent l'accent sur le lien effectif entre l'Etat qui exerce la protection diplomatique et la société, ont davantage la faveur des Etats que le lien neutre et ténu que constitue l'octroi de la personnalité juridique'. (En note : Ibid., p. 7.) Pour la CDI, cette solution jurisprudentielle restrictive (En note : La CIJ a prévu trois exceptions en reconnaissant que l'Etat de nationalité des actionnaires pouvait exercer la protection diplomatique à leur égard: a) s'il est porté atteinte aux droits propres des actionnaires (droit de vote, droit de participer à l'assemblée générale, droit à un dividende, etc.); b) si la société a cessé d'exister; c) si l'Etat de nationalité de la société est l'auteur, direct ou indirect, du fait préjudiciable. Ibid., p. 9.) a d'ailleurs amené les Etats à recourir aux traités de protection des investissements lesquels permettent aux investisseurs de régler leurs

prises de position de la CDI sont parfois abordés implicitement par les autorités suisses comme une expression du droit international coutumier<sup>237</sup>. Toutefois, tous les projets d'articles ne sont pas considérés par elles comme reflétant le droit international coutumier

---

différends avec l'Etat hôte (En note : Ibid., p. 8). En l'absence de droit international coutumier, reste à déterminer si, au niveau du droit conventionnel des investissements, une solution est donnée. (...) » (Avis de droit de la DDIP du 21 juillet 2009. Document inédit)

- « D'après le droit international coutumier (tel qu'il est défini à l'article 2 du Projet d'articles de la CDI [Commission du droit international] sur la protection diplomatique de 2006 ... (En note : Rapport de la Commission du droit international, 58e session, 1er mai - 9 juin et 3 juillet - 11 août 2006, Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, 61e session, Supplément n° 10 (A/61/10), p. 13.)), les Etats ont le droit d'assister leurs citoyens à l'étranger en assumant leur protection diplomatique lorsque les conditions suivantes sont réunies: i) comportement contraire au droit international d'un autre Etat; ii) nationalité continue de l'individu protégé; iii) épuisement des recours internes. » (Note de la DDIP du 8 février 2010)
- Succession d'Etats et ses conséquences en matière de nationalité
  - « Sowohl der von der Völkerrechtskommission (engl. International Law Commission; ILC) - ein Nebenorgan der UNO, in welchem 34 unabhängige Rechtsexperten, die die wichtigsten Rechtssysteme der Welt repräsentieren, Einsitz haben - an ihrer 51. Tagung (1999) verabschiedete, 26 Artikel umfassende Deklarationsentwurf zu den Regeln über die Staatsangehörigkeit natürlicher Personen im Fall der Staatennachfolge (Draft Articles on Nationality of Natural Persons in relation to the Succession of States with commentaries, abrufbar unter <http://www.un.org/law/ilc> unter Research Guide, Annual Reports; vgl. auch die an die UNO gerichtete Stellungnahme der Schweiz zum Entwurf der ILC vom 30. Oktober resp. 27. November 1997, veröffentlicht in SZIER 1998 S. 662 oben) als auch die weniger dicht gehaltene Draft Declaration on the Consequences of State Succession for the Nationality of Natural Persons vom 14. September 1996 der European Commission for Democracy Law (Venice Commission) des Europarates (kurz: Draft Declaration, abrufbar unter <http://hub.coe.int/de/what-we-do/democracy/venice-commission> unter Dokumente, Topics, Nationality, CDL-NAT [1996]) - ebenfalls vorwiegend ein Expertengremium, das den Europarat in Verfassungsfragen berät - bestätigen im Wesentlichen die dargelegte Staatenpraxis. » (ATF 139 V 263, consid. 11)
- Organisations internationales
  - « Selon la définition, de la Commission du droit international (CDI), largement retenue par la doctrine, l'organisation internationale (intergouvernementale) est 'un groupement d'Etats établi par convention, doté d'une constitution et d'organes communs, possédant une personnalité distincte de celle de chacun des Etats qui la composent et ayant la qualité de sujet du droit international avec compétence pour conclure des traités' (Annuaire CDI 1963-II, p. 175). » (Note de la DDIP, adressée le 8 janvier 2004 à la Division politique III du DFAE. Document inédit).

<sup>237</sup> Exemples :

- Contre-mesures
  - « Le droit international coutumier autorise en outre le recours à des contre-mesures en réaction à des violations du droit des gens. Mesures de rétorsion et représailles sont des catégories de contre-mesures. La rétorsion est un acte inamical mais licite, alors que la représaille s'analyse en un acte internationalement illicite, mais justifié en tant que réaction à un acte illicite antérieur commis par un autre Etat. (En note : (K.) IPSEN, Völkerrecht (Munich 2004), pp. 1097 et ss; (A.) PETERS, Völkerrecht. Allgemeiner Teil (Zurich, 2006), p. 288; Projet CDI, articles 49 et ss.) » (Communication de la DDIP au Secrétariat politique du DFAE du 5 octobre 2007. Document inédit)
- Immunités
  - « Nous avons pris acte des commentaires qui figurent à cet égard dans le rapport de la Commission, ainsi que de la référence aux différentes jurisprudences qui sont citées, dont la décision du Tribunal pénal fédéral dans l'affaire Nezzar. Nous avons également pris acte du fait que la Commission ne considère pas ces jurisprudences comme suffisantes pour établir une règle coutumière internationale qui permettrait d'étendre à d'autres personnes le bénéfice de l'immunité de juridiction *ratione personae*. » (Intervention du Représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies du 28 octobre 2013).

dans leur intégralité<sup>238</sup>, comme le veut d'ailleurs le mandat de la CDI de promotion du « développement progressif du droit international et de sa codification »<sup>239</sup>.

L'Institut de droit international a été cité par les autorités suisses seulement à de rares occasions<sup>240</sup>.

#### **d) Les travaux des acteurs non étatiques et notamment du CICR**

Le projet de conclusion 4, ch. 3 dispose que « La conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique [des Etats et des organisations internationales]. »

Des acteurs tels que les ONG et les particuliers peuvent, selon le Rapporteur spécial, « jouer un rôle non négligeable dans la promotion du droit international et son respect »<sup>241</sup>, mais leurs actes ne constituent pas une pratique pertinente en tant que telle sous l'angle du droit international coutumier<sup>242</sup>. Autrement dit, il ne s'agit pas d'un élément d'identification des éléments constitutifs du droit international coutumier proprement dit, mais d'une source d'identification.

---

<sup>238</sup> Voir l'exemple suivant, concernant le projet d'articles de la Commission sur la protection diplomatique : « Nous avons pris note avec beaucoup d'intérêt des projets d'articles de la Commission dont certains reflètent l'état du droit alors que d'autres sont novateurs. » (Déclaration faite le 31 octobre 2000 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit).

<sup>239</sup> Assemblée générale, *Création d'une Commission du droit international*, 21 novembre 1947, UN Doc A/Res/174(II), art. 1 par. 1.

<sup>240</sup> Exemple : « La doctrine se prononce elle aussi très largement pour l'impossibilité de considérer comme actes de la fonction des actes de corruption, détournement de fonds publics, blanchiment d'argent, ou des actes de nature analogue. (Note omise) Il faut notamment souligner que, dans une résolution adoptée le 26 août 2001, l'Institut de droit international a consacré un principe qui va dans ce sens: 'Lorsque la légalité de l'appropriation d'un bien ou de tout autre avoir détenu par ou pour le compte d'un chef d'Etat prête sérieusement à doutes, les dispositions qui précèdent n'empêchent pas les autorités de l'Etat dans le territoire duquel ces biens ou avoirs sont localisés de prendre à leur égard les mesures provisoires jugées indispensables pour en conserver le contrôle tant que la légalité de leur appropriation n'est pas établie à suffisance de droit.' (En note : Résolution du 26 août 2001 sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat ou de gouvernement, article 2, paragraphe 2, Annuaire de l'Institut de droit international (vol. 69,) 2000-2001, Paris 2003, pp. 742 et ss, p. 746). On constate qu'une telle approche pourrait conduire à refuser l'immunité en matière de délits patrimoniaux même à des dirigeants politiques en fonction; elle vaut dès lors a fortiori pour ce qui a trait aux anciens dirigeants politiques. Dans le même sens, voir notamment C. Dominicé, *Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat*, RGDIP, t. 103, 1999, pp. 297 et ss, en particulier pp. 307 et s.; A. Borghi, *Corruption et immunité des dirigeants politiques*, in: T. Balmelli/J. Jaggy, *Les traités internationaux contre la corruption*, Lausanne (etc.) 2004, pp. 91 et ss, en particulier pp. 95 et ss; W.M. Reisman, *Harnessing International Law to Restrain and Recapture Indigenous Spoliations*, *American Journal of International Law*, vol. 83, 1989, pp. 56 et ss.) » (DDIP, 'Principes régissant l'immunité en droit international coutumier. Immunité *ratione materiae* d'un ancien ministre', *Avis de droit* du 23 mai 2005, JAAC 70.65 ; voir aussi Etude préparée par la DDIP et adressée le 17 août 2005 à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police. Document inédit).

<sup>241</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 33, par. 45.

<sup>242</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 34, par. 45.

A cet égard, et comme le mentionne le Rapporteur spécial<sup>243</sup>, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) est considéré comme un acteur clé dans le domaine du droit international humanitaire, dont il promeut le respect par son action, et dont il a tenté de clarifier certaines normes à travers son étude sur le droit international humanitaire coutumier de 2005<sup>244</sup>.

Les autorités suisses se sont souvent appuyées sur la pratique du CICR pour attester du caractère coutumier d'une norme de droit international. Malgré son caractère hautement contesté sur le plan international<sup>245</sup>, l'étude du CICR en matière de droit international humanitaire coutumier a été citée à de nombreuses reprises par les autorités suisses. Ces dernières ont notamment souligné que l'étude contribue à clarifier le droit international coutumier dans le domaine humanitaire et à guider la pratique étatique y-relative. Elles ont également mis en évidence l'engagement de la Suisse pour la diffusion de cette étude<sup>246</sup>.

---

<sup>243</sup> CDI, 'Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 8 mars 2016, UN Doc A/CN.4/695, p. 7 s, par. 21.

<sup>244</sup> Jean-Marie Henckaerts / Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I : Rules*, CICR / Cambridge University Press, Cambridge / New York 2005. A ce sujet, voir CDI, 'Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier', Présenté par Sir Michael Wood, Rapporteur spécial, 17 mai 2013, UN Doc A/CN.4/663, p. 49 s, par 92.

<sup>245</sup> Voir p.ex. John B. Bellinger / William J. Haynes, 'A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study *Customary International Humanitarian Law*', (2007) 89:866 *International Review of the Red Cross* 443-471, et la réponse de Jean-Marie Henckaerts, 'Customary International Humanitarian Law: A Response to US Comments', (2007) 89:866 *International Review of the Red Cross* 473-488.

<sup>246</sup> Exemples :

- « L'étude du CICR (Comité international de la Croix-Rouge) sur le droit coutumier (En note : Voir [www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/customary-law-rules-291008](http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/customary-law-rules-291008)) a contribué de manière significative à la clarification du droit applicable dans les situations de conflits armés non internationaux. Même si l'étude n'a pas de force strictement obligatoire, elle est citée par des tribunaux et des Etats comme interprétation authentique, et de cette manière a déjà contribué considérablement à clarifier le DIH. La Suisse s'engage d'ailleurs pour la diffusion de cette étude. » (Note de discussion préparée par la DDIP et datée du 7 juillet 2009)
- Voir aussi Conseil fédéral, *Le droit international humanitaire et les conflits armés contemporains, Rapport en réponse au postulat 08.3445 de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats du 20 juin 2008*, 17 septembre 2010 (non publié), voir p.ex. p. 4. Voir aussi p. 25 : « la Suisse participe à la diffusion de l'étude particulièrement remarquée du CICR sur l'état du droit international humanitaire coutumier (En note : L'étude montre que la majorité des règles de conduite de la guerre en vigueur dans les conflits armés internationaux représentent du droit coutumier et revêtent également un caractère obligatoire dans les conflits armés non internationaux. Cf. Henckaerts et Doswald-Beck, op. cit. 8.) »
- Dans le même rapport de 2008, le Conseil fédéral se réfère à d'autres documents élaborés par le CICR, notamment au guide interprétatif du CICR de 2009 intitulé *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* (voir p.ex. *ibid.*, p. 7, note 22 ; p. 14) ainsi qu'aux directives du CICR « formulant des garanties minimales du droit coutumier en relation avec les internements dans les conflits internes » (*ibid.*, p. 21, note 94)
- « La Suisse contribue activement à la diffusion de l'étude du CICR sur le droit coutumier humanitaire. Cette étude a montré que la majorité des règles en vigueur concernant la conduite de la guerre dans les conflits armés internationaux sont des normes de droit coutumier, qui s'appliquent donc également aux conflits armés non internationaux. » (Conseil fédéral, *07.058 Rapport de politique étrangère, juin 2007, Annexe 3 : Guerre asymétrique et droit international humanitaire, possibilités de développement*, 15 juin 2007, FF 2007 5301, p. 5314)
- Voir aussi Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3539,

Les différents extraits analysés semblent toutefois suggérer que les actes du CICR, dans la mesure où ils permettent de clarifier le contenu du droit international coutumier, sont davantage considérés par les autorités suisses comme des sources d'identification que comme un élément d'identification proprement dit des éléments constitutifs du droit international coutumier.

S'il fallait considérer l'étude du CICR comme constitutive d'une pratique suisse, en effet, il faudrait pouvoir considérer la pratique du CICR comme attribuable à la Suisse au sens du projet de conclusion 5. Eu égard aux liens étroits qui existent entre le CICR et la Suisse (p.ex. fondation par des citoyens suisses en Suisse, membres du comité et président de nationalité suisse, siège et archives en Suisse, Suisse en tant que dépositaire des Conventions de Genève, neutralité du CICR), un tel argument est envisageable bien que difficile, mais n'a pour l'heure pas été fait par les autorités suisses de détermination du droit international humanitaire coutumier.

### **3. Les méthodes de détermination du droit international coutumier**

La « méthode de détermination » du droit international coutumier concerne la manière dont les autorités procèdent pour identifier la norme de droit international coutumier en question. La notion de « méthode » traduit une démarche ordonnée et raisonnée, qui obéit à des principes normatifs déterminés.

Il s'agit dans cette section, tout d'abord, de vérifier dans quelle mesure les autorités suisses suivent véritablement une méthode dans leur identification de la coutume et, si oui, laquelle (a)). Il conviendra ensuite de se pencher sur les similitudes et différences qui existent entre l'identification du droit international coutumier et les méthodes appliquées à l'interprétation (b)).

#### **a) La méthode d'identification des éléments constitutifs du droit international coutumier**

Les autorités suisses sont rarement très précises et sont en général peu systématiques dans la manière dont elles identifient une norme de droit international coutumier<sup>247</sup>. L'identification

---

où des règles de l'étude du CICR sont citées pour attester du fait qu'une norme relève du caractère de droit international coutumier.

- Voir également Conseil fédéral, *14.021 Message portant approbation des amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs au crime d'agression et aux crimes de guerre*, 19 février 2014, FF 2014 1973, p. 1989, note 56, où le Conseil fédéral se réfère à plusieurs règles de l'étude du CICR et à la banque de données de droit international coutumier du CICR disponible sur Internet ; voir aussi Conseil fédéral, *14.016 Message concernant l'approbation du Traité sur le commerce des armes*, 29 janvier 2014, FF 2014 1485, p. 1512, note 52.

<sup>247</sup> Voir aussi Sterling-Zanda, 'The Determination of Customary International Law in European Courts', *op.cit.*, p. 3-4.

des normes de droit international coutumier suit donc rarement une approche raisonnée et détaillée, appliquée de manière cohérente à toute norme de droit international coutumier ; elle est, au contraire, souvent très sommaire<sup>248</sup>.

L'absence de méthode vaut aussi pour ce qui est de l'identification des éléments constitutifs du droit international coutumier, c'est-à-dire la pratique et l'*opinio juris*. Si les autorités suisses se sont parfois référées à ces deux éléments, il demeure que, la plupart du temps, elles abordent ceux-ci de manière largement pragmatique.

Comme nous le verrons (*infra*, III.1.a)aa)), les extraits analysés dans le cadre de la présente étude et qui portent sur la pratique internationale constitutive du droit international coutumier démontrent souvent que la méthode d'identification des autorités suisses, s'il y en a une, est rapide et lacunaire. Ainsi, celles-ci se sont parfois simplement référées à la « pratique internationale », à la « communauté internationale » ou à d'autres notions voisines, sans fournir davantage de précisions<sup>249</sup>. Certaines prises de position des autorités suisses suggèrent d'ailleurs que l'identification de la pratique internationale est considérée comme laborieuse et

---

<sup>248</sup> Voir p.ex. les extraits suivants :

- « Il est aujourd'hui reconnu que les règles relatives à la protection des biens culturels ont acquis le statut de droit coutumier aussi dans le contexte des conflits non internationaux. » (En note : Cf. (FF 2001, p. 506) sur la situation en Suisse.) (Conseil fédéral, 00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 502)
- « Le droit international coutumier tolère les activités internationales d'espionnage dans une certaine mesure » (Note de la DDIP du 1er novembre 2013 adressée à l'Office fédéral de la police du Département fédéral de justice et police)
- « Comme le génocide, les crimes contre l'humanité peuvent être commis en temps de guerre comme en temps de paix et sont de droit coutumier. » (Conseil fédéral, Message concernant l'approbation du Traité sur le commerce des armes, 29 janvier 2014, FF 2014 1485, p. 1512)
- « Le droit de légitime défense, individuelle ou collective, est réglé à l'article 51 de la Charte des Nations Unies; il a aussi la valeur d'une règle de droit coutumier. » (Avis de droit du 10 mars 2009 conjointement élaboré par l'Office de la justice du Département fédéral de justice et police et par la DDIP)
- Les standards minimum qui viennent d'être évoqués découlent du droit international coutumier et ont été codifiés dans le cadre d'accords bilatéraux de protection des investissements. (Note de la DDIP du 20 août 2002, adressée à la Division politique II du DFAE. Document inédit)
- « Selon le droit international coutumier, le génocide est punissable de manière générale et sans restrictions depuis 1951. » (Conseil fédéral, 08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3506).

<sup>249</sup> Voir notamment, parmi de nombreux autres exemples :

- « Le droit international public ne définit pas avec précision la situation des personnalités de haut rang qui ne se trouvent pas en mission spéciale et qui ne sont pas non plus en visite privée. La pratique des Etats permet néanmoins d'observer divers cas d'application de l'immunité de ces personnalités. » (DDIP, 'Immunités des chefs d'Etats et des personnalités de haut rang. Résumé de l'état de la pratique internationale en la matière', Avis de droit du 22 février 2001, JAAC 67.35)
- La DDIP a fait référence à la « pratique internationale », sans autre précision, dans une affaire concernant la CVRD (Communication du 19 juin 2014 adressée par la DDIP aux autorités du canton F.)
- « Dans la pratique internationale, on a assisté à l'apparition de nombreuses règles dans ce domaine, dont certaines relèvent du droit coutumier international. Il s'agit donc maintenant de les consolider par la voie d'une codification. » (Conseil fédéral, 03.018 Rapport 2003 sur la coopération de la Suisse avec l'Organisation des Nations Unies ainsi qu'avec les organisations internationales ayant leur siège en Suisse, 26 février 2003, FF 2003 2339, p. 2360).

soulève des difficultés<sup>250</sup>. Par conséquent, les autorités suisses ne procèdent en principe guère à un examen méthodique de la pratique des Etats. Dans de rares cas, cependant, un tel examen a été conduit<sup>251</sup>.

Des observations similaires peuvent être apportées en ce qui concerne l'*opinio juris*. De manière générale, les références explicites à l'*opinio juris* (et, *a fortiori*, un examen approfondi de celle-ci) sont beaucoup plus rares que celles qui concernent l'élément constitutif de la pratique. Comme nous le verrons (*infra*, 0), les prises de position détaillées quant à la méthode d'identification appliquée par les autorités suisses à l'*opinio juris* sont peu nombreuses. Le Conseil fédéral reconnaît d'ailleurs que l'identification de l'*opinio juris* est « plus difficile » que celle de la pratique générale<sup>252</sup>.

Il est également difficile d'identifier une véritable méthode en ce qui concerne la consultation de sources d'identification de la coutume (voir *supra*, 2). Les autorités suisses semblent aborder l'identification du droit international coutumier de manière pragmatique, en ayant recours à différentes sources en fonction de chaque cas particulier ; cette approche peut d'ailleurs rappeler, à certains égards, le « pluralisme méthodologique pragmatique » appliqué au droit suisse écrit<sup>253</sup>.

En somme, les autorités suisses ne semblent pas suivre de méthode précise ni dans l'identification des éléments constitutifs du droit international coutumier ni dans leur pratique d'identification du droit international coutumier plus généralement.

---

<sup>250</sup> « Lors des travaux préparatoires du Statut [de Rome], les Etats sont tombés d'accord sur la nécessité d'y inclure les crimes contre l'humanité. La définition des différents crimes s'est toutefois révélée extrêmement difficile. Il a en effet fallu étudier soigneusement les sources mentionnées et les règles jurisprudentielles pour en tirer le droit international coutumier déterminant » (Conseil fédéral, 00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 468).

<sup>251</sup> Ainsi, dans une note de 1998, pour déterminer s'il existe une norme de droit international coutumier autorisant un recours à la force pour faire cesser des violations du droit humanitaire ou des droits de l'homme, la DDIP a procédé à une analyse de la pratique internationale en trois temps, portant sur la pratique des Etats, la jurisprudence de la CIJ et, enfin, la doctrine (Note de la DDIP adressée à la Direction politique du DFAE le 27 juillet 1998. Document inédit).

<sup>252</sup> « Pour l'*opinio juris*, la preuve en est plus difficile. En pratique, on conclut souvent de la pratique constante elle-même l'existence de la conviction d'obéir à une obligation juridique (En note : Voir Peter Haggemacher, La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale, Revue générale de droit international public 1986, vol. 90, p. 105 à 108). » (Conseil fédéral, La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2083 s).

<sup>253</sup> Voir dernièrement ATF 141 V 25, consid. 8.2 : « Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen. ».

A cet égard, elles ne se distinguent pas de la CIJ. Comme le souligne Stefan Talmon, la CIJ ne recourt guère à une méthode de détermination transparente, cohérente et prévisible<sup>254</sup>. Dans son analyse de la jurisprudence de la CIJ, cet auteur examine avant tout les « méthodes d'application » du droit international coutumier et distingue, dans ce contexte, entre méthode inductive et déductive<sup>255</sup>. Talmon y conclut que la CIJ n'utilise pas de méthode au sens strict, mais plutôt que, dans la plupart des cas, elle affirme l'existence de normes de droit international coutumier sans s'appuyer sur un raisonnement systématique et ordonné<sup>256</sup>. Omri Sender et le Rapporteur spécial Michael Wood ne partagent pas cet avis, comme en atteste leur réponse à l'article de Talmon<sup>257</sup>.

## **b) La méthode d'identification du droit international coutumier et les méthodes d'interprétation de ce droit**

La notion d'« interprétation » désigne à la fois le processus par lequel est conféré un sens à un objet, et le résultat de ce processus. L'interprétation comporte un élément créateur, dont le degré varie selon les cas. L'interprétation du droit international coutumier, quant à elle, a trait à la détermination du sens ou des implications juridiques de la norme de droit international coutumier en question. La notion de « méthode d'interprétation », enfin, traduit une démarche raisonnée et ordonnée dans la détermination du sens de l'objet, c'est-à-dire, dans le présent contexte, de la norme de droit international coutumier.

La notion d'interprétation en droit international est fréquemment utilisée en rapport avec le droit écrit, comme les traités internationaux, et en rapport avec le droit interne en général. L'interprétation est en général considérée comme nécessaire à l'identification même de ce droit. Il est dès lors tout aussi difficile de séparer l'identification du droit international coutumier de son interprétation : l'identification d'une norme non écrite, et donc de son existence et de son contenu, semble en effet nécessairement accompagnée d'une dimension interprétative.

Il est intéressant de ce fait d'analyser, dans la présente section, dans quelle mesure il existe des parallèles entre les méthodes utilisées aux fins de l'identification du droit international coutumier et celles appliquées à l'interprétation du droit coutumier suisse, d'une part (aa)), et les méthodes d'interprétation des traités internationaux, en particulier celles de la Convention de Vienne sur le droit des traités, d'autre part (bb)).

---

<sup>254</sup> Stefan Talmon, 'Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion', (2015) 26:2 *European Journal of International Law* 417-443.

<sup>255</sup> Stefan Talmon, 'Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion', (2015) 26:2 *European Journal of International Law* 417-443, p. 420.

<sup>256</sup> Stefan Talmon, 'Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion', (2015) 26:2 *European Journal of International Law* 417-443, p. 434 ss.

<sup>257</sup> Omri Sender et Michael Wood, 'The International Court of Justice and Customary International Law: A Reply to Stefan Talmon', EJIL: Talk!, 30 novembre 2015, <http://www.ejiltalk.org/the-international-court-of-justice-and-customary-international-law-a-reply-to-stefan-talmon/>.

## **aa) La méthode d'identification du droit international coutumier et les méthodes d'interprétation du droit coutumier suisse**

Les autorités livrent peu de précisions sur les méthodes d'interprétation devant être appliquées au droit suisse. Une exception notable concerne les tribunaux suisses, et le Tribunal fédéral en particulier, qui interprètent le droit suisse écrit selon un « pluralisme méthodologique pragmatique »<sup>258</sup>. Ce pluralisme n'a toutefois guère été mentionné en relation avec le droit suisse de nature coutumière.

Le droit suisse compte en effet, parmi ses sources, la coutume générée sur le plan de l'ordre juridique interne. La coutume fait donc partie des sources du droit suisse. Ainsi, le Code civil suisse dispose qu'« [à] défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur »<sup>259</sup>. La coutume jouit cependant d'un rôle inférieur à celui des sources du droit écrites. Elle n'intervient donc qu'à titre subsidiaire.

Dans quelle mesure l'interprétation (et l'identification, par conséquent) du droit coutumier suisse par les autorités suit-elle une véritable méthode ? Si les extraits analysés démontrent que les autorités abordent le droit coutumier suisse de manière relativement cohérente, il est difficile d'affirmer qu'il s'agit là d'une approche méthodique, à l'instar des différentes méthodes d'interprétation appliquées au droit écrit. L'interprétation et l'identification du droit coutumier suisse est cependant digne d'intérêt, dans la mesure où elle est susceptible d'éclairer certains aspects de la pratique d'identification du droit international coutumier par les autorités suisses.

Certains extraits ayant trait à l'interprétation du droit interne coutumier démontrent qu'il existe, du point de vue des méthodes utilisées, des parallèles, mais aussi certaines divergences avec l'identification du droit international coutumier.

Ainsi, dans un arrêt de 2013, le TF a examiné de manière particulièrement approfondie s'il existait ou non une norme de droit coutumier en droit public suisse. La seule différence notable avec le droit international coutumier concerne le rapport du droit interne coutumier au droit interne écrit (lois formelles et droit constitutionnel) et, en particulier, aux droits fondamentaux<sup>260</sup>.

---

<sup>258</sup> Voir dernièrement ATF 141 V 25, consid. 8.2 : « Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen. ».

<sup>259</sup> Art. 1 al. 2 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

<sup>260</sup> « Le Tribunal fédéral n'exclut pas la naissance et la reconnaissance de droit coutumier en droit public. Il a ainsi exposé qu'il n'est pas contraire au droit constitutionnel de reconnaître une norme juridique née

Le Tribunal fédéral a également déclaré dans certains arrêts que dans le cadre du droit coutumier interne, la constance que doit manifester la pratique en question est une condition qui doit être maniée avec flexibilité. Il a aussi confirmé qu'une réglementation coutumière ne peut s'opposer au droit interne écrit<sup>261</sup>, ce qui contraste avec la relation entre traités et droit

---

d'un usage prolongé, pour autant qu'elle ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux des citoyens. Le silence de la loi ne peut pas être interprété d'emblée comme un silence qualifié prohibant tout droit coutumier. Cela dépend de savoir s'il est nécessaire de compléter la loi ou alors s'il faut interpréter le caractère exhaustif de la norme juridique écrite comme s'opposant à tout complètement. La reconnaissance d'une coutume est cependant soumise à des conditions strictes. Il faut qu'elle soit ancienne, ininterrompue, uniforme et qu'elle corresponde au sentiment général du droit (*opinio juris sive necessitatis*; ATF 136 I 376 consid. 5.2 p. 387; 117 IV 14 consid. 4b/dd p. 19). Une lacune véritable a, par exemple, été admise et une coutume reconnue, s'agissant de la compétence du Conseil d'Etat genevois de connaître des recours hiérarchiques contre les décisions prises par l'administration cantonale (ATF 99 Ia 586 consid. 1c p. 591). Cela étant, dans la règle, il ne peut être tenu compte d'une coutume lorsqu'elle revient à déroger à une loi formelle, voire à la constitution (arrêt 2C\_1016/2011 du 3 mai 2012, consid. 4.5.4 et les références citées). Le recourant ne démontre pas en quoi le droit cantonal aurait présenté une lacune que la coutume aurait pu combler. Du reste, la cour cantonale, en renvoyant pour partie au jugement de première instance, expose clairement les motifs qui l'ont conduite à considérer que le droit cantonal écrit conférerait au seul ministère public la compétence d'annuler les amendes d'ordre (sous réserve des cas brouille et de l'hypothèse précitée des conducteurs étrangers) et qu'une délégation de compétence n'était pas envisageable dans les cas où un pouvoir d'appréciation s'imposait (jugement entrepris, consid. 5.2.1 et 5.2.2 p. 37 s.). Il suffit d'y renvoyer en ce qui concerne l'application du droit cantonal, à propos de laquelle le recourant ne développe aucun grief d'arbitraire. Le recourant invoque certes que, selon certains auteurs, le droit coutumier est susceptible de s'appliquer *contra legem* en procédure pénale (Gérard Piquerez et Alain Macaluso, *Procédure pénale suisse*, 3e éd. 2011, n° 260 p. 85; Niklaus Schmid, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 2009, n° 49 p. 17). Toutefois, selon ce dernier auteur, auquel renvoient les deux premiers, la force dérogatoire du droit coutumier n'est guère envisageable que dans le contexte de codes de procédure anciens devenus désuets au regard des exigences d'un Etat de droit moderne ou même qui ne sont plus conformes au droit supérieur. Il n'est pas démontré que de telles conditions seraient réalisées en l'espèce. Le recourant se borne, ensuite, à tenter de démontrer qu'une pratique d'annulation d'amendes d'ordre préexistait à son arrivée à la tête de la police cantonale (2002). Le temps écoulé depuis lors (voire quelques années auparavant) et jusqu'au moment des faits (2004 à 2008) ne constitue cependant pas une pratique suffisamment longue pour fonder une coutume. Alléguant, de surcroît, aussi avoir voulu unifier des pratiques divergentes dans les différents districts du canton (recours, p. 11), le recourant ne démontre pas non plus l'existence d'une pratique uniforme. Enfin, la cour cantonale a constaté, au plan subjectif, que le recourant avait annulé les amendes d'ordre tout en sachant ne pas être formellement compétent pour le faire (jugement entrepris, consid. 4.3 p. 35 s.) et le recourant ne discute pas cette constatation de fait sous l'angle de l'arbitraire (v. supra consid. 1). Cela suffit déjà à exclure qu'il ait pu partager avec d'autres autorités le sentiment d'être juridiquement lié par cette pratique (*opinio juris*). Les conditions permettant d'établir qu'une coutume s'est forgée ne sont manifestement pas réunies. » (TF, arrêt 6B\_218/2013 du 13 juin 2013, consid. 3.3).

<sup>261</sup> Voir les exemples suivants :

- « Dem Element einer lang andauernden Übung, welche in einem gewissen Sinne eine formellgesetzliche Regelung ersetzt, könne je nach Sachzusammenhang Rechnung getragen werden (BGE 125 I 173 E. 9e S. 181). In der Doktrin wird das Entstehen von Gewohnheitsrecht nicht ausgeschlossen, indessen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an strenge Voraussetzungen gebunden (vgl. Häfelin/Haller/Keller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7. Auflage, 2008, N. 12 ff. S. 5; Häfelin/Müller/Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Auflage, 2010, N. 196 ff. S. 42; Tschannen, *Staatsrecht*, § 1 N. 53 ff.). Über die langjährige Übung und die Überzeugung von Behörden und Betroffenen wird insbesondere verlangt, dass das geschriebene Recht Raum für eine ergänzende Regelung durch Gewohnheitsrecht lässt (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O.; Tschannen, a.a.O.). » (ATF 136 I 376, consid. 5.2)
- Voir également l'arrêt suivant du Tribunal fédéral de 2012, portant sur l'existence alléguée d'une coutume constitutionnelle dans le canton de Genève : « La coutume alléguée par le recourant consisterait à lui octroyer la compétence de régler l'activité de traducteur-juré à Genève. Or, il découle de la Cst./GE que le constituant genevois a entendu limiter les situations dans lesquelles le

international coutumier. Ces deux aspects ont également fait l'objet d'une décision du Département de l'instruction publique du canton de Saint-Gall de 2010<sup>262</sup>. Enfin, dans un arrêt de 2003, le Tribunal administratif du canton de Saint-Gall a tenu compte de l'*opinio juris* tant des autorités que des particuliers concernés dans le cas d'espèce<sup>263</sup>, une approche qui diffère, à nouveau, de celle adoptée en relation avec l'identification du droit international coutumier.

Un domaine où des similitudes importantes existent entre la détermination du droit coutumier suisse et celle du droit international coutumier est celui du droit pénal. Le principe de la légalité exclut en effet que le droit pénal se fonde exclusivement sur le droit coutumier<sup>264</sup>. Le droit coutumier est également problématique dans le domaine du droit fiscal<sup>265</sup>.

---

Conseil d'Etat est en droit d'édicter des ordonnances législatives indépendantes. Ainsi, comme on l'a vu, l'art. 125 Cst./GE autorise l'adoption de règlements de police, les art. 119 et 122 Cst./GE traitent de la réglementation de l'administration et l'art. 128 Cst./GE confie les relations extérieures du canton au Conseil d'Etat (cf. VINCENT MARTENET, La conclusion des conventions internationales et intercantonales au regard de la séparation des pouvoirs, spécialement dans le canton de Genève, ZBl 4/2011 p. 173 ss, 201 s.; WAELTI, op. cit., p. 137). Au-delà des hypothèses expressément envisagées par la Cst./GE, les compétences normatives du Conseil d'Etat se limitent à l'exécution et à la concrétisation des lois adoptées par le Grand Conseil. Il est partant permis d'exclure toute lacune véritable de la part du constituant s'agissant des compétences normatives attribuées au Conseil d'Etat. L'existence d'une coutume constitutionnelle qui, comme en l'espèce, permettrait d'étendre les compétences législatives du Conseil d'Etat au détriment de la répartition des compétences régie par la Constitution genevoise -, de surcroît dans un domaine soumis à la réserve de la loi en raison de la délégation d'une tâche de l'administration à des particuliers -, doit par conséquent être réfutée. » (ATF 138 I 196, consid. 4.5.4).

<sup>262</sup> « Das Bundesgericht hat nicht klar formuliert, ab welchem Zeitpunkt von einer langjährigen, ununterbrochenen und einheitlichen Praxis der Behörden gesprochen werden kann. Es ist fraglich, ob aktenmässig belegte, jährliche Schülerzahlen zwischen 7 und 14 - bei einer Steinacher Gesamtschülerzahl zwischen 50 und 67 (in den Jahren 1998 bis 2004) - den bundesgerichtlichen Anforderungen zu genügen vermögen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Schülerzahlen der früheren Jahre und Jahrzehnte nicht aktenkundig sind. Ob das Erfordernis der langjährigen, ununterbrochenen und einheitlichen Praxis der Behörden - wie auch die Voraussetzung der 'opinio iuris et necessitatis' - in casu erfüllt wäre, kann indessen letztlich offen bleiben, da die dritte Voraussetzung - das Vorliegen einer Lücke im geschriebenen Recht - nicht erfüllt ist: Die Frage, ob die Vorinstanz für die Schülerinnen und Schüler der KKSS das Schulgeld übernehmen muss, kann aufgrund der Bestimmungen des Volksschulgesetzes beantwortet werden (vgl. Ziff.4 Bst.a und b vorstehend). Vor diesem Hintergrund ist keine Lücke im geschriebenen Recht zu erkennen, welche durch Gewohnheitsrecht geschlossen werden dürfte und müsste. » (Département de l'instruction publique du canton de Saint-Gall, décision du 13 décembre 2010, GVP 2010 n° 131, consid. 6 a)).

<sup>263</sup> « Als Gewohnheitsrecht gelten die Rechtsnormen, die infolge ihrer langjährigen Anwendung durch die Behörden und ihrer Anerkennung durch die Behörden und die privaten Betroffenen als ungeschriebenes Recht Geltung haben. Gewohnheitsrecht kann sich im öffentlichen Recht nur bilden, wenn eine langjährige, ununterbrochene und einheitliche Praxis der Behörden besteht, wenn die Rechtsüberzeugung der Behörden und der Privaten, die von der Regelung betroffen sind, besteht und wenn das Gesetz Raum für die ergänzende Regelung durch Gewohnheitsrecht lässt (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 196 ff.). » (Tribunal administratif du canton de Saint-Gall, arrêt du 11 novembre 2003, GVP 2003 n° 3, consid. b) aa)).

<sup>264</sup> « Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht (Art. 5 Abs. 1 BV). Strafbar ist nur, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht (Art. 1 StGB). Es handelt sich hier um den zentralen Grundsatz des Strafrechts (nulla poena sine lege). Strafrecht kann weder auf Gewohnheitsrecht gründen, noch darf einer Gesetzesbestimmung ein ihr nicht zukommender Sinn beigemessen werden. Es ist dem Strafrichter verwehrt, seinen Entscheid auf ein Gesetz abzustützen, welches auf den konkreten Fall nicht angewendet sein soll (Peter Popp in Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar, StGB II, 2. Aufl., Basel 2007, N 21 zu Art. 1 StGB mit Hinweis auf Stratenwerth, AT/1, §

Finalement, les autorités suisses ont confirmé que certains domaines matériels du droit international coutumier sont complétés par le droit coutumier suisse. C'est notamment le cas de la notion de « *Binnenbeziehung* » en droit des immunités, comme l'a précisé un arrêt de l'Obergericht du canton de Zurich<sup>266</sup>.

En somme, il existe de nombreuses similitudes entre les méthodes d'identification et d'interprétation du droit coutumier suisse et les méthodes d'identification (et donc d'interprétation) du droit international coutumier. Les principales différences résident dans les limites posées à la formation du droit interne coutumier par l'ordre constitutionnel interne, et notamment par la hiérarchie des sources en droit interne.

## **bb) La méthode d'identification du droit international coutumier et les méthodes d'interprétation des traités internationaux**

La deuxième question concerne les méthodes d'interprétation appliquées par les autorités suisses aux traités internationaux, et la pertinence éventuelle de celles-ci pour l'identification de normes de droit international coutumier.

Les autorités suisses ont maintes fois précisé que les dispositions en matière d'interprétation des traités des art. 31 ss CVDT relèvent du droit international coutumier. Elles ont également souligné le fait que ces dispositions reflètent les méthodes d'interprétation appliquées par le Tribunal fédéral et par la « pratique »<sup>267</sup>. La question de savoir si ces méthodes s'appliquent

---

4 N 34: Keine Lücken zum Nachteil des Beschuldigten. » (OGer ZH, arrêt SB110438 du 15 septembre 2011, consid. 3.3).

<sup>265</sup> « Gewohnheitsrecht vermag indessen keine Grundlage für abgaberechtliche Verpflichtungen zu schaffen (vgl. Hungerbühler, a.a.O., S. 519 mit Hinweis auf L. Widmer, Das Legalitätsprinzip im Abgaberecht, Diss. Zürich 1988, S. 93 ff.; F. Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 268; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel und Frankfurt 1990, Nr. 113 IV; BGE 105 Ia 2 E. 2a und Urteil 2P.93/1995 vom 4. März 1997, E. 4). Wie die Beschwerdeführerin selber ausführt, ist mit dem WR im Jahr 1987 sodann eine formell-rechtliche Grundlage geschaffen worden, welche die Versorgung der Politischen Gemeinde Jona durch die WVJ mit Trink-, Brauch- und Löschwasser zum Gegenstand hat. Die Frage, ob der bei der Beschwerdegegnerin erhobene Wasseranschlussbeitrag auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht, beurteilt sich somit ausschliesslich aufgrund des WR und der einschlägigen kantonalen Rechtsgrundlagen. Für Gewohnheitsrecht besteht kein Raum, und die Beschwerdeführerin kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, sie verfüge zufolge der historischen Gegebenheiten hinsichtlich der Tarifgestaltung über einen grösseren Ermessensspielraum als dies nach den allgemeinen Grundsätzen der Fall sei. » (Tribunal administratif du canton de Saint-Gall, arrêt du 11 novembre 2003, GVP 2003 n° 3, consid. b) aa)).

<sup>266</sup> « Das Bundesgericht hat das Erfordernis der Binnenbeziehung seit dem ersten Entscheid aus dem Jahre 1918 (BGE 44 I 49) in ständiger Rechtsprechung bestätigt und weiterentwickelt (vgl. BGE 56 I 237; BGE 82 I 75; BGE 104 Ia 367; BGE 106 Ia 142; BGE 111 Ia 52; BGE 112 Ia 148; BGE 120 II 400; BGE 124 II 382; BGE 134 III 122; BGE 135 III 608). Es handelt sich somit um Richterrecht, welches sich inzwischen zu Gewohnheitsrecht verdichtet hat, und dem ebenso wie einem Gesetz im formellen Sinn Rechtsquellencharakter zukommt (vgl. Kramer, op. cit., S. 173 ff.; Walter, Zeitgemässe richterliche Rechtsfortbildung, Recht 2003, S. 4 f.). » (OGer ZH, arrêt PS130067 du 14 mai 2013, consid. 3.5.3 ; voir aussi OGer ZH, arrêt PS120237 du 24 janvier 2013, consid. 3.4.3).

<sup>267</sup> Exemples :

- « L'interprétation des traités est régie par les dispositions de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CV; RS 0.111). Cette convention est entrée en vigueur pour la République

également à l'interprétation du droit coutumier (*mutatis mutandis*, eu égard notamment au caractère non écrit de ce droit) n'a cependant pas été abordée<sup>268</sup>.

En somme, les autorités suisses ne semblent pas appliquer les méthodes pratiquées dans le cadre de l'interprétation des traités internationaux à l'identification du droit international coutumier.

### III. Les critères de détermination des autorités suisses

#### 1. Les critères d'identification du droit international coutumier

Dans la présente section, il s'agit d'examiner de manière systématique les éléments ou critères d'identification du droit international coutumier que l'on trouve dans les projets de

---

tchèque le 1er janvier 1993, donc postérieurement à l'Accord de protection des investissements ici en cause, qui fut conclu en 1991; cela signifie (article 4) que la CV ne saurait s'appliquer directement à l'accord. Cela n'empêche pas, cependant, que l'interprétation de l'accord s'effectue à la lumière des principes généraux énoncés aux articles 31 et suivants de la CV, ce d'autant plus que ces articles codifient pour l'essentiel le droit international coutumier et correspondent à la pratique du Tribunal fédéral (ATF 122 II 234, c. 4c59 et les références citées). » (Arrêt du Tribunal fédéral du 7 septembre 2006 dans la cause République tchèque c. X., consid. 5.4.1)

- « [L'article 31, chiffre premier, de la Convention de Vienne] exprime des principes généraux du droit coutumier international et correspond aux règles posées par la jurisprudence (ATF 122 II 234, c. 4c, p. 238 et les références citées. (En note : JdT 1997 I 556); cf. également FF 1989 II, pp. 714-715). » (Arrêt du TF du 9 mai 2005 dans la cause Hoirie de X. c. Administration fédérale du canton de Genève et Tribunal administratif du canton de Genève, c. 5.6)
- Dans TF, arrêt 4P.114/2006 du 7 septembre 2006, le TF mentionne que les art. 31 ss CVDT se recourent avec la jurisprudence existante du TF en la matière : « Dem steht jedoch nicht entgegen, dass sich die Vertragsauslegung an den in Art. 31 ff. VRK festgelegten allgemeinen Grundsätzen orientiert, zumal diese in ihrem wesentlichen Gehalt Völkergewohnheitsrecht kodifizieren und der Praxis des Bundesgerichts entsprechen (BGE 122 II 234 E. 4c mit Hinweisen). » (consid. 5.4.1).
- « Selon la doctrine (...), les articles 31 et ss CVDT sur les règles d'interprétation représentent une synthèse remarquable qui traduit fidèlement les tendances d'interprétation dans la pratique. L'ordre des moyens d'interprétation qui figure dans les articles susmentionnés reflète également celui de la jurisprudence dominante. » (Note de la DDIP du 10 mars 2008).
- « S'agissant de l'interprétation des traités, la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111) fixe, à ses articles 31 à 33, des règles que la pratique a explicitées et complétées (ATF 130 II 113, c. 6.1, p. 121 et les références; ALFRED VERDROSS/BRUNO SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3e éd., Berlin 1984, pp. 492-494). Ces principes sont relativement semblables aux méthodes d'interprétation valant pour les règles générales et abstraites en droit interne, au nombre desquelles figurent les traités internationaux (ATF 125 V 503, c. 4b et c, p. 50637 qui, en Suisse, sont introduits dans l'ordre juridique national dès leur entrée en vigueur sur le plan du droit international (GEORGES J. PERRIN, *Droit international public*, Zurich 1999, pp. 826-827), selon la conception moniste avec primauté du droit international adoptée en Suisse (GEORGES J. PERRIN, *op. cit.*, p. 810). » (ATF 130 I 132, c. 4.1)
- Dans son arrêt A-6159 du 10 février 2011, le TAF précise que la CVDT contient des critères d'interprétation inhérents à tout ordre juridique, voir consid. 3.4 : « Die VRK enthält als kodifizierte Völkergewohnheitsrecht Interpretationskriterien, die jeder Rechtsordnung inhärent sind, so dass ihnen im Ergebnis die Anwendung, selbst wenn die USA (noch) nicht formelle Vertragspartei der VRK sind, nicht versagt werden kann. »

<sup>268</sup> Voir indirectement ATF 115 Ib 496, consid. 5 b).

conclusions 6 à 10 de la CDI, et ce afin de déterminer dans quelle mesure ceux-ci sont reflétés dans la pratique d'identification du droit international coutumier des autorités suisses. L'analyse de l'application de ces critères dans la pratique suisse est complétée par celle d'autres éléments qui sont utilisés par les autorités suisses sans toutefois être mentionnés de manière explicite dans le projet d'articles de la CDI.

La première partie de l'analyse est consacrée aux éléments servant à l'identification de la pratique (*infra*, a)), la seconde à celle de l'*opinio juris* (*infra*, 0). Dans chaque cas, la présente étude distingue entre l'identification de la pratique ou de l'*opinio juris* internationale (a)aa) et b)aa)), d'une part, et l'identification de la pratique ou de l'*opinio juris* nationale (a)bb) et b)bb)), c'est-à-dire suisse, d'autre part. La pratique et l'*opinio juris* internationales sont le fait d'autres Etats que la Suisse et s'expriment au niveau international, par opposition à la pratique et à l'*opinio juris* nationales, qui sont le fait de la Suisse et de ses autorités.

Le fait que les autorités suisses (et surtout les autorités exécutives) identifient fréquemment la pratique et l'*opinio juris* suisses est remarquable, mais peut surprendre<sup>269</sup>. En effet, la mise en évidence de ces éléments constitutifs tels qu'ils s'expriment au niveau suisse n'est pas strictement nécessaire à l'identification d'une norme de droit international coutumier. Du fait de l'exigence de généralité (et non pas d'unanimité) de la pratique en question et surtout des conditions restrictives qui entourent l'objection (persistante et originaire) d'un Etat à la pratique en question (voir *infra*, IV.2), l'identification d'une pratique et d'une *opinio juris* suisses concordantes est en principe superflue. Néanmoins, les autorités suisses insistent très souvent sur la manifestation de celles-ci. Cet état de chose peut s'expliquer de différentes manières, comme nous le verrons : premièrement, par un manque de ressources et une facilité de recourir à la pratique et à l'*opinio juris* de son propre Etat ; deuxièmement, par des considérations stratégiques, visant notamment à souligner que la Suisse a qualité d'« Etat particulièrement intéressé » à prendre en compte lors de l'examen de la représentativité de la pratique ; et, finalement, par la dualité du rôle national et international des autorités exécutives et administratives de la Suisse dans la mise en œuvre de la coutume, lorsque ce sont elles aussi qui la déterminent. Plus généralement, on peut aussi l'expliquer de par la relation qui existe entre l'identification du droit international coutumier par la Suisse et la contribution à sa formation à la même occasion par la Suisse (*infra*, 2 ; sur l'autoréférence, voir *infra*, a)bb)(2)).

L'opposition entre la pratique internationale et la pratique nationale (suisse, en l'occurrence), qui structure cette analyse, doit être distinguée de l'opposition entre la pratique intraétatique (qui concerne toute question interne à un Etat, comme par exemple la pratique de cet Etat en matière de droits de l'homme) et la pratique interétatique (qui concerne toute question survenant dans les relations entre plusieurs Etats, comme par exemple la pratique en matière

---

<sup>269</sup> Sur cette tendance dans d'autres juridictions nationales, voir Sterling-Zanda, 'The Determination of Customary International Law in European Courts', *op.cit.*, p. 9.

de conflits armés). Une autre distinction mentionnée dans la présente section est celle qui existe entre une pratique unilatérale (c'est-à-dire qui est le fait d'un seul Etat de manière autonome, p.ex. le vote d'un Etat membre du Conseil de sécurité des Nations Unies), une pratique bilatérale (qui est le fait de deux Etats dans leurs relations mutuelles) et une pratique multilatérale (qui est le fait de plusieurs Etats dans leurs relations mutuelles, par exemple dans le contexte d'une convention internationale). Quelques exemples de pratiques constitutives intraétatique/interétatique et unilatérale/bilatérale/multilatérale seront mentionnés dans l'analyse de la pratique suisse d'identification de la pratique constitutive du droit international coutumier.

Comme le note le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport, le fait que les projets de conclusions mentionnent de nombreux éléments de preuve du droit international coutumier (voir en particulier les projets de conclusion 6, ch. 2 et 10, ch. 2) ne signifie pas que l'existence d'une norme coutumière peut être aisément admise. Il convient au contraire d'examiner soigneusement, dans chaque cas concret, si les deux éléments de la pratique et de l'*opinio juris* sont bel et bien donnés<sup>270</sup>.

## **a) Pratique**

### **aa) Pratique internationale**

#### **(1) Formes et actes ; action et inaction (projet de conclusion 6, ch. 1)**

*Projet de conclusion 6, ch. 1 : « La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle comprend des actes matériels et verbaux. Elle peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction. »*

Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial de la CDI précise que la pratique peut se manifester à travers des « comportements tant matériels que verbaux (écrits et oraux) »<sup>271</sup>.

Le rapporteur définit les actes matériels des Etats comme leur « comportement 'sur le terrain' ». Sont cités, en guise d'exemples, les actes suivants : « le passage de navires dans des cours d'eau internationaux ; le passage sur un territoire ; la saisie de navires de pêche ; l'octroi de l'asile diplomatique ; le comportement sur un champ de bataille ou lors d'opérations ; la conduite d'essais nucléaires atmosphériques ou le déploiement d'armes nucléaires »<sup>272</sup>. La notion d'actes verbaux n'est pas définie par le Rapporteur spécial. Il est toutefois possible de

---

<sup>270</sup> CDI, 'Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 8 mars 2016, UN Doc A/CN.4/695, p. 5, par. 15.

<sup>271</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 19, par. 37.

<sup>272</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 23, par. 41, lit. a.

se rattacher à la définition généralement admise de l'adjectif « verbal », qui décrit ce qui est « relatif à la parole, aux mots, au langage »<sup>273</sup>. La CDI « a recommandé que le projet de conclusions envisage spécifiquement d'autres formes d'acte verbaux, par exemple les actes diplomatiques de reconnaissance et de protestation », et « que les actes administratifs soient expressément mentionnés »<sup>274</sup>; « la pertinence des plaidoiries devant les juridictions internationales en tant que pratique des Etats » a elle aussi été débattue<sup>275</sup>.

Les autorités suisses confirment le fait que la notion de « pratique », prise ici dans son sens international (concernant la pratique suisse, voir *infra*, bb)), peut se manifester de diverses manières. Elle résulte non seulement d'actes verbaux écrits, mais aussi, quoique plus rarement, d'actes matériels et d'actes verbaux oraux.

La pratique suisse d'identification du droit international coutumier se réfère principalement à des actes *verbaux écrits* attestant de la pratique internationale nécessaire à la formation d'une norme de droit international coutumier. Elle comprend en particulier les actes écrits suivants :

- les arrêts de tribunaux nationaux étrangers ;
- les normes de droit international conventionnel, sans qu'il ressorte toujours clairement de la pratique suisse si ces normes sont pertinentes sous l'angle de la pratique (voir *infra*, (2), projet de conclusion 6, ch. 2) ou de l'*opinio juris* (voir aussi *infra*, b)aa), projet de conclusion 10, ch. 2 ; de manière générale, voir *supra*, II.1.a)) ;
- les Statuts de tribunaux pénaux internationaux (CPI, TPIY, TPIR, Tribunal militaire international de Nuremberg) ;
- les travaux préparatoires de conventions internationales ;
- la pratique législative d'autres Etats que la Suisse<sup>276</sup> ;
- les actes d'organes et autres organismes des organisations internationales (p.ex. guides pratiques et rapports publiés par le Secrétaire général des Nations Unies, résolutions du Conseil de sécurité, de l'Assemblée générale, rapports de la Commission de Venise<sup>277</sup>).

---

<sup>273</sup> Voir la définition en ce sens de l'adjectif 'verbal', in *Larousse*, disponible sous <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/verbal/81467?q=verbal#80508>. Voir aussi la définition de l'adjectif 'verbal': « mit Worten, mithilfe der Sprache », in *Duden*, disponible sous <http://www.duden.de/suchen/dudenonline/verbal>.

<sup>274</sup> Assemblée générale, *Rapport de la CDI, 66e session (5 mai - 6 juin et 7 juillet - 8 août 2014)*, UN Doc A/69/10, p. 264, par. 162.

<sup>275</sup> Assemblée générale, *Rapport de la CDI, 66e session (5 mai - 6 juin et 7 juillet - 8 août 2014)*, UN Doc A/69/10, p. 264, par. 162.

<sup>276</sup> Voir p.ex. Conseil fédéral, *06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte*, 13 septembre 2006, FF 2006 7603, p. 7620 s.

<sup>277</sup> Voir ATF 139 V 263, consid. 11 : « Sowohl der von der Völkerrechtskommission (engl. International Law Commission; ILC) - ein Nebenorgan der UNO, in welchem 34 unabhängige Rechtsexperten, die die wichtigsten Rechtssysteme der Welt repräsentieren, Einsitz haben - an ihrer 51. Tagung (1999) verabschiedete, 26 Artikel umfassende Deklarationsentwurf zu den Regeln über die Staatsangehörigkeit

Afin d'identifier l'existence d'une pratique internationale pertinente sous l'angle du droit international coutumier, les autorités suisses se sont toutefois également appuyées, dans certains cas, sur des actes *matériels* et *verbaux oraux*. La distinction entre actes matériels et actes verbaux oraux est floue : le comportement d'un Etat « sur le terrain » est en effet susceptible de s'exprimer dans l'attitude de ses autorités, mais aussi d'être accompagné de déclarations orales de celles-ci. Il paraît donc utile d'examiner ces catégories de manière conjointe, ce d'autant plus que la mention d'actes matériels « purs » est rare. Le fait que certains actes matériels et verbaux oraux, dans la mesure où ils ont été consignés par écrits, peuvent également être pertinents sous l'angle des actes verbaux écrits, complique encore ces différentes distinctions.

Les actes *matériels* et/ou actes *verbaux oraux* évoqués par les autorités suisses sont les suivants :

- la réaction de certains Etats (membres ou non du Conseil de sécurité de l'ONU) à une intervention impliquant l'usage de la force ;
- la pratique des Etats concernant la succession d'Etats en matière de traités, la reconnaissance d'Etats, les interventions humanitaires, la responsabilité internationale, les privilèges et immunités ou encore les relations diplomatiques et consulaires ;
- le comportement des Etats dans le cadre de l'élaboration d'un projet de convention (attitude d'opposition de certains Etats, déclarations des représentants des Etats à la Conférence de Rome de 1998, Comité préparatoire pour la création d'une cour pénale internationale) ;
- le comportement des Etats lors de la ratification d'une convention internationale (réserves et déclarations) et l'état des ratifications d'une convention internationale ;
- le comportement des Etats dans le cadre d'organisations internationales (à l'instar d'une initiative tchèque tendant à faire adopter une déclaration par le Conseil de l'Europe) ;
- la « position généralement admise par les Etats » ;
- la pratique du Secrétaire général des Nations Unies en tant que dépositaire ;

---

natürlicher Personen im Fall der Staatennachfolge (Draft Articles on Nationality of Natural Persons in relation to the Succession of States with commentaries, abrufbar unter <http://www.un.org/law/ilc> unter Research Guide, Annual Reports; vgl. auch die an die UNO gerichtete Stellungnahme der Schweiz zum Entwurf der ILC vom 30. Oktober resp. 27. November 1997, veröffentlicht in SZIER 1998 S. 662 oben) als auch die weniger dicht gehaltene Draft Declaration on the Consequences of State Succession for the Nationality of Natural Persons vom 14. September 1996 der European Commission for Democracy Law (Venice Commission) des Europarates (kurz: Draft Declaration, abrufbar unter <http://hub.coe.int/de/what-we-do/democracy/venice-commission> unter Dokumente, Topics, Nationality, CDL-NAT [1996]) - ebenfalls vorwiegend ein Expertengremium, das den Europarat in Verfassungsfragen berät - bestätigen im Wesentlichen die dargelegte Staatenpraxis. ».

- certaines mesures prises par les Etats au sein de leur juridiction<sup>278</sup> ;
- les déclarations d'experts internationaux nommés par les Etats<sup>279</sup>.

La plupart des actes mentionnés peuvent cependant être rattachés à la catégorie des actes verbaux ; les actes matériels « purs », ne s'exprimant pas dans un acte écrit, sont rarement évoqués<sup>280</sup>.

Le projet de conclusion 6, ch. 1 mentionne également que la pratique « peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction. »

Le Rapporteur spécial définit l'inaction, ou « pratique négative », comme « le fait pour un Etat de s'abstenir d'agir »<sup>281</sup>. Il précise que cette inaction peut être pertinente en tant que pratique assortie d'une *opinio juris* donnant naissance à une norme de droit international coutumier, d'une part, et en tant qu'acquiescement à une coutume internationale donnée, d'autre part (sur ce deuxième point, voir *infra*, b)aa)(4), projet de conclusion 10, ch. 3)<sup>282</sup>. Dans le premier cas, le rapporteur ajoute : « Parmi les exemples bien connus, on peut mentionner le fait de ne pas protéger certaines personnes naturalisées, celui de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, et celui de s'abstenir d'exercer des poursuites pénales dans certaines circonstances »<sup>283</sup>.

Les autorités suisses semblent, elles aussi, considérer que l'inaction peut valoir pratique sous l'angle du droit international coutumier. Elles ne distinguent toutefois pas clairement entre pratique et *opinio juris* dans le contexte de la prise en compte de cette inaction<sup>284</sup>. Les conséquences d'une absence de pratique ont parfois été précisées par les autorités suisses<sup>285</sup>.

<sup>278</sup> Un exemple concerne la pratique étatique consistant à restreindre la circulation pour limiter la pollution atmosphérique : Communication de la DDIP du 22 août 2014 à l'Ambassade de Suisse au Chili ; voir aussi Avis de droit de la DDIP du 11 août 1999. JAAC 2000, fasc. 64/IV, n° 159, concernant les mesures unilatérales d'interdiction de séjour prononcées par certains Etats européens.

<sup>279</sup> Voir p.ex. la déclaration du Président du Comité spécial sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens lors de la présentation de la convention devant la Commission des questions juridiques de l'Assemblée générale des Nations Unies, citée dans Conseil fédéral, 09.024 Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention de l'ONU sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, 25 février 2009, FF 2009 1443, p. 1455.

<sup>280</sup> Exemple : « Nous ne sommes pas convaincu que l'argument soit pertinent, d'abord parce que les Etats acceptent des réfugiés sur leur territoire puisqu'ils sont - pour la plupart des cas - tenus de le faire à raison de leur propre législation et par le droit international. » (Déclaration faite le 28 octobre 2002 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit).

<sup>281</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 29, par. 42.

<sup>282</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 10 ss, par. 20 ss.

<sup>283</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 10, par. 20.

<sup>284</sup> Exemples :

- La DDIP a mentionné la résolution 36/103 de l'Assemblée générale pour attester du fait que les Etats nient l'existence d'un droit d'intervention, le principe de non-intervention comportant notamment un

En conclusion, les autorités suisses, lorsqu'elles identifient des normes de droit international coutumier, s'appuient avant tout sur des actes verbaux, ces derniers pouvant être oraux et écrits. Elles semblent considérer l'inaction comme pertinente pour identifier l'existence ou l'absence d'une pratique constitutive du droit international coutumier. Elles ne précisent toutefois guère si l'inaction est davantage pertinente sous l'angle de la pratique ou de l'*opinio juris*.

(2) Manifestations (projet de conclusion 6, ch. 2)

*Projet de conclusion 6, ch. 2 : « Les formes de pratiques étatiques comprennent, sans y être limitées : les actes et la correspondance diplomatiques; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale; la conduite relative aux traités; la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle 'sur le terrain'; les actes législatifs et administratifs; et les décisions des juridictions internes. »*

Sous l'angle de la pratique internationale pertinente en matière de droit international coutumier, les autorités suisses s'appuient sur pratiquement toutes les manifestations citées dans le projet de conclusion 6, ch. 2. Il convient d'examiner ces différentes manifestations dans l'ordre. A noter que la présente section s'intéresse uniquement aux résolutions adoptées par des organes d'organisations ou de conférences internationales. Les autres questions relatives aux organisations internationales sont examinées ci-dessous (à la lumière du projet de conclusion 12).

---

devoir d'abstention des Etats (Note de la DDIP adressée à la Direction politique du DFAE le 27 juillet 1998).

- Selon le Conseil fédéral, il n'existe pas de norme de droit international coutumier interdisant l'espionnage entre Etats du fait que les activités d'espionnage « sont tolérées dans une certaine mesure dans les relations internationales » (Conseil fédéral, 14.022 Message concernant la loi sur le renseignement, 19 février 2014, FF 2014 2029, p. 2154) ; la pratique négative des Etats atteste donc du fait qu'il n'existe pas de norme de droit international coutumier relative à l'activité en question.
- « Dans la pratique des Etats, l'espionnage n'est presque jamais considéré comme contraire au droit international public. Les Etats ne réagissent généralement pas aux actes d'espionnage par des représailles, c'est-à-dire des actes contraires au droit international public, l'espionnage étant considéré comme un 'acte inamical'. » (Avis de droit du 10 mars 2009 conjointement élaboré par l'Office de la justice du Département fédéral de justice et police et par la DDIP)
- Un autre exemple concerne la responsabilité internationale : « Le principe selon lequel une réparation est due en cas de violation des droits de l'homme n'est que peu reflété dans la pratique des Etats, qui généralement concentrent leurs interventions auprès d'autres Etats sur une demande de simple cessation des violations constatées » (Etude de la DDIP adressée le 10 juillet 2000 à la Division politique IV du DFAE. Document inédit).

<sup>285</sup> Exemples :

- La DDIP a précisé qu'en l'absence de standard général et précis dans le droit coutumier, il incombe à l'Etat accréditaire d'apprécier le cas d'espèce : Note adressée par la DDIP au Chef du Protocole du DFAE le 22 août 2000. Document inédit.
- En l'absence de critères clairement établis (concernant le droit des traités), le Conseil des gouverneurs de l'Agence internationale de l'énergie atomique apprécie la situation concrète : Communication de la DDIP au Secrétariat politique du DFAE, du 5 octobre 2007.

Concernant *les actes et la correspondance diplomatiques*, le second rapport du Rapporteur spécial définit celle-ci comme « des protestations contre la pratique d'autres Etats et d'autres sujets de droit international. La correspondance diplomatique peut prendre diverses formes (notes verbales, circulaires, notes de tiers, voire notes libres, etc.) »<sup>286</sup>.

De tels actes sont rarement mentionnés par les autorités suisses. Celles-ci ont parfois invoqué la réaction de certains Etats (membres ou non du Conseil de sécurité de l'ONU) à une intervention impliquant l'usage de la force. La pratique est alors majoritairement unilatérale et interétatique<sup>287</sup>. Dans certains cas, toutefois, de telles oppositions ont plutôt été considérées comme pertinentes sous l'angle de l'*opinio juris*<sup>288</sup>.

Selon le Rapporteur spécial, les *résolutions adoptées par des organes d'organisations ou de conférences internationales* sont pertinentes non pas en tant que telles, mais sous l'angle de la pratique des Etats relative à celles-ci, à savoir principalement à travers « le vote pour ou contre (ou l'abstention) et toute explication qui l'accompagnerait » de la part des Etats<sup>289</sup>. Le rapporteur précise en effet qu'il convient « de ne pas exagérer l'intérêt des raccourcis que permettent les processus décisionnels des organisations internationales s'agissant de déterminer la pratique des Etats »<sup>290</sup>. Il admet que les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies sont « particulièrement utiles pour révéler le droit international coutumier ou le stimuler » ; tel peut cependant aussi être le cas d'actes d'autres organisations ou conférences<sup>291</sup>. Il convient cependant d'être prudent avant d'accorder une portée juridique à

---

<sup>286</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 24, par. 41, lit. c.

<sup>287</sup> Exemple : « Le devancement de l'agression que constitue la légitime défense préventive mise en place par la doctrine américaine en 2002 sous le nom de 'preemptive strikes' (frappes préventives) est contraire à la conception en vigueur en droit international public. Avant l'agression de l'Irak par les Etats-Unis en 2003, plusieurs membres du Conseil de sécurité ont répété qu'ils étaient opposés à cette extension du droit de légitime défense au domaine de la prévention. Il y a lieu de penser qu'à l'issue de la guerre en Irak, la majorité des Etats se rallieront à cette opposition. » (Avis de droit du 10 mars 2009 conjointement élaboré par l'Office de la justice du Département fédéral de justice et police et par la DDIP).

<sup>288</sup> « *L'opinio juris*. La Chine, la Tunisie, l'Arabie Saoudite et les Etats-Unis se sont opposés à l'intervention indienne. L'ensemble des pays occidentaux ont dénié au Vietnam le droit d'agir au Cambodge. Quant à l'opération tanzanienne, elle n'a pas été évoquée dans le cadre onusien. Par contre, lors d'une réunion de l'OUA (Organisation de l'unité africaine), le Soudan et le Nigéria s'y sont opposés. Par ces réactions, les Etats ont montré qu'ils refusaient d'admettre l'existence d'un droit coutumier qui autoriserait les Etats à intervenir militairement pour faire respecter les droits fondamentaux. » (Note de la DDIP adressée à la Direction politique du DFAE le 27 juillet 1998. Document inédit).

<sup>289</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 28, par. 41, lit. i.

<sup>290</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 29, par. 41, lit. i.

<sup>291</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 33, par. 46.

certaines votes et comportements eu égard au caractère politique de l'Assemblée générale<sup>292</sup> ; l'appréciation de ces actes nécessite une évaluation minutieuse<sup>293</sup>.

A noter que le rapporteur spécial a proposé, dans son quatrième rapport, de supprimer entièrement les termes « la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale » dans le projet de conclusion 6, ch. 2<sup>294</sup>.

Dans certains cas, les autorités suisses ont précisé que c'est bel est bien la pratique des Etats relative aux actes d'organisations internationales qui est pertinente sous l'angle du droit international coutumier<sup>295</sup>. Certains extraits démontrent que les résolutions d'organes d'organisations internationales ne sont donc pas considérées par les autorités suisses comme un élément permettant d'identifier les éléments constitutifs du droit international coutumier. En outre, les autorités suisses ne distinguent guère entre pratique et *opinio juris* dans ce contexte<sup>296</sup>. Les autorités suisses considèrent parfois aussi qu'il existe une relation de complémentarité entre résolutions et droit international coutumier<sup>297</sup>.

D'autres extraits, en revanche, suggèrent que les résolutions peuvent être directement pertinentes pour l'identification du droit international coutumier et, comme le précisent une partie d'entre eux, tant du point de vue de la pratique que de l'*opinio juris*. Certains extraits mentionnent uniquement l'élément de la pratique<sup>298</sup>. Dans de rares cas, les autorités suisses

---

<sup>292</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 35, par. 47.

<sup>293</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 34 ss, par. 47 ss.

<sup>294</sup> CDI, 'Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 8 mars 2016, UN Doc A/CN.4/695, p. 13 s, par. 34.

<sup>295</sup> Exemple : « Pour établir s'il y a une pratique constante, il est nécessaire d'examiner et de confronter les comportements des Etats ou de mener d'autres études empiriques, par exemple dans le cadre d'organisations internationales. » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2083).

<sup>296</sup> « (En note :) La description de l'agression qui figure dans la résolution 3314 de l'Assemblée générale de l'ONU du 14 décembre 1947 ne constitue pas encore une définition reconnue du droit international coutumier. Toutes les formulations ne sont pas propres à servir comme base pour fonder une responsabilité pénale individuelle. Cette résolution a bien plus la fonction de directive politique pour le Conseil de sécurité. » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359).

<sup>297</sup> « La politique du Conseil fédéral contre la torture se base enfin sur le droit international coutumier, de même que sur les résolutions formulées sur ce thème au sein de l'Assemblée générale et de la Commission des droits de l'homme de l'ONU et sur le mandat correspondant de son Rapporteur spécial, que la Suisse soutient. » (Réponse du Conseil fédéral du 24 septembre 2004, 04.1063 Question Vreni Müller-Hemmi, 'Politique du Conseil fédéral pour lutter contre la torture').

<sup>298</sup> Exemples :

- « Il convient de souligner à cet égard que les traités internationaux ou résolutions de l'ONU à l'origine des tribunaux internationaux existants fixent déjà très clairement les obligations des Etats en la matière. Ces documents déterminent une pratique internationale généralement reconnue et serviront certainement de bases à la création d'éventuels autres tribunaux internationaux. La Suisse se fondera sur les standards du droit international, et en particulier sur les dispositions prévues en faveur de la Cour

ont également souligné la pertinence de résolutions d'organes d'organisations internationales du point de vue de l'*opinio juris*<sup>299</sup>. Cependant, la distinction entre pratique et *opinio juris* reste souvent floue. Les autorités suisses ont certes précisé, dans certains cas, le nombre de voix auquel une résolution avait été adoptée<sup>300</sup>, ce qui pourrait constituer une manière

---

pénale internationale, pour déterminer le moment venu l'étendue des privilèges, immunités et facilités qu'il y aura lieu d'accorder à un tribunal international qui établirait son siège en Suisse. » (Conseil fédéral, 06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte, 13 septembre 2006, FF 2006 7603, p. 7640)

- « Si l'on applique cela au cas de la République socialiste fédérative de Yougoslavie (RSFY), il en résulte, selon les auteurs (En note : Voir par exemple CRAWFORD, *op.cit.*, pp. 707-714, avec des références.) et la pratique, (En note : Voir les prises de position pertinentes de la Commission d'arbitrage de la Conférence sur la Yougoslavie (Commission BADINTER), établie par la Communauté Européenne et ses Etats membres: avis no 1 du 29 novembre 1991 (International Law Reports) (ILR), vol. 92, pp. 162-163); avis no 8 du 4 juillet 1992 (ILR, vol. 92, pp. 199, 202); et avis no 10 du 4 juillet 1992 (ILR, vol. 92, pp. 206, 206). Voir également la Résolution 757 (1992) du Conseil de sécurité des Nations Unies du 30 mai 1992, paragraphes 4-8) que c'est d'un démembrement qu'il s'agit et que, faute d'accord contraire entre les Etats successeurs, il n'y a pas d'Etat continuateur. » (Communication de la DDIP au Registre foncier de U. du 8 octobre 2012)
- « Pour ce qui est toutefois du montant de la réparation et de ses modalités (restitution intégrale, satisfaction d'ordre moral, indemnité pécuniaire, etc.), la pratique est presque inexistante, si ce n'est sur le plan régional (Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme). On citera néanmoins dans ce contexte le projet de Principes fondamentaux et de directives concernant le droit à réparation des victimes de violations [flagrantes] des droits de l'homme et du droit international humanitaire (dites 'Directives van Boven', du nom de leur rédacteur), que la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a soumis à tous les Etats par sa Résolution 1997/29 adoptée le 11 avril 1997. » (DDIP, 'Droits de l'homme. Observations générales sur la question de la réparation des violations et en particulier sur le droit d'obtenir réparation', Note du 10 juillet 2000, JAAC 66.126)
- Le Conseil fédéral a évoqué la résolution 1472 du Conseil de sécurité du 28 mars 2003, après avoir mentionné que de nombreuses obligations contenues dans le premier protocole additionnel aux Conventions de Genève « sont des règles coutumières et s'appliquent à ce titre » (Conseil fédéral, *La neutralité à l'épreuve du conflit en Irak. Synthèse de la pratique suisse de la neutralité au cours du conflit en Irak en réponse au postulat Reimann (03.3066) et à la motion du groupe UDC (03.3050)*, 2 décembre 2005, FF 2005 6535, p. 6552).

<sup>299</sup> « On trouvera d'autres indices de l'*opinio juris* dans le fait que les Etats reconnaissent une règle de manière très généralisée, par exemple lors d'une conférence internationale ou par l'adoption d'une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU concernant une matière régie par le droit coutumier » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2084).

<sup>300</sup> Exemples :

- « Ce principe a été réaffirmé par plusieurs résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. Bien que ces résolutions n'aient pas de caractère contraignant, elles montrent que les Etats nient l'existence d'un quelconque droit d'intervention: '... non seulement l'intervention armée, mais aussi toute autre forme d'ingérence ou toute menace, dirigées contre la personnalité d'un Etat ou contre ses éléments politiques, économiques et culturels, sont condamnés .... (En note : Assemblée générale des Nations Unies, Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, Résolution 2625 (XXV) adoptée le 24 octobre 1970, sans vote.) ... la pratique de l'intervention, sous quelque forme que ce soit, non seulement constitue une violation de l'esprit et de la lettre de la Charte des Nations Unies, mais encore tend à créer des situations qui mettent en danger la paix et la sécurité internationales' (En note : Assemblée générale des Nations Unies, Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté. Résolution 2131 (XX) adoptée le 21 décembre 1965 par 109 voix contre zéro, avec une abstention). 'Le principe de la non-intervention et de la non-ingérence dans les affaires intérieures et extérieures des Etats comprend les droits et devoirs suivants: ... Le devoir des Etats de s'abstenir dans leurs relations internationales de

d'examiner le critère de la généralité de la pratique, mais confirme que la résolution est abordée comme une manifestation de la pratique des Etats.

Pour ce qui est de la *conduite relative aux traités*, le recours au droit international conventionnel par les autorités suisses est particulièrement fréquent. Vu son importance pratique et sa pertinence tant sous l'angle de la pratique que de l'*opinio juris*, le recours au droit international conventionnel a fait l'objet d'une analyse séparée (voir *supra*, II.1.a)).

Concernant la *conduite exécutive*, les autorités suisses se sont parfois, quoique rarement, référées à la *conduite opérationnelle d'Etats sur le terrain* (voir *supra*, (1) et projet de conclusion 6, ch. 1). La pratique constitutive identifiée est, dans ces cas-là, souvent unilatérale et interétatique<sup>301</sup>.

---

recourir à la menace ou à l'emploi de la force sous quelque forme que ce soit pour violer les frontières internationalement reconnues d'un Etat...' (En note: Assemblée générale des Nations Unies, Déclaration de l'inadmissibilité de l'intervention et de l'ingérence dans les affaires intérieures de l'Etat, Résolution 36/103 adoptée le 9 décembre 1981 par 120 voix contre 22, avec six abstentions) » (Note de la DDIP adressée à la Direction politique du DFAE le 27 juillet 1998. Document inédit)

- « Quand bien même ni l'Irak, ni les Etats-Unis ne sont parties aux protocoles additionnels aux Conventions de Genève, de nombreuses obligations contenues dans le premier protocole additionnel sont des règles coutumières et s'appliquent à ce titre. Toutes ces règles constituent le standard minimum applicable en temps de conflit armé. Ces principes ont notamment été rappelés par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1472 (En note : Résolution 1472 du Conseil de sécurité adoptée le 28 mars 2003. Elle précise qu'aux termes de l'art. 55 de la quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 11 août 1949, la puissance occupante a le devoir d'assurer, dans toute la mesure de ses moyens, l'approvisionnement de la population en vivres et en produits médicaux et doit notamment importer les vivres, les fournitures médicales et les autres produits nécessaires lorsque les ressources du territoire occupé sont insuffisantes.) » (Conseil fédéral, *La neutralité à l'épreuve du conflit en Irak. Synthèse de la pratique suisse de la neutralité au cours du conflit en Irak en réponse au postulat Reimann (03.3066) et à la motion du groupe UDC (03.3050)*, 2 décembre 2005, FF 2005 6535, p. 6551 s).

<sup>301</sup> Voir les exemples suivants :

- Privilèges et immunités
  - En matière de privilèges et immunités des missions permanentes, le Conseil fédéral a cité la pratique d'autres Etats hôtes : « Les autres Etats hôtes d'organisations internationales accordent également un statut privilégié aux missions permanentes établies auprès des organisations internationales qu'ils accueillent, le plus souvent par une application - à l'instar de la Suisse - de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques ou par des dispositions de droit interne reprenant le contenu de cette convention. » (voir Conseil fédéral, *06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte*, 13 septembre 2006, FF 2006 7603, p. 7620 s)
- Protection diplomatique
  - Afin d'examiner si la doctrine Calvo était encore appliquée, la DDIP a dû analyser la pratique des Etats concernés (Etude élaborée le 1er avril 2003 par la DDIP. Document inédit)
- Succession d'Etats en matière de traités
  - Mention des pratiques d'autres Etats : « Offenbar sind die Europäische Gemeinschaft, Deutschland, die USA, Grossbritannien, Italien, die Slowakei, Tschechien und Österreich in der Praxis von einer (zumindest vorübergehenden) Weitergeltung bilateraler Verträge der Sowjetunion für GUS-Staaten ausgegangen, während Frankreich eher dem Prinzip der tabula rasa zuneigt und verlangt, dass der neue Staat und Frankreich zunächst Erklärungen zur Übernahme der bilateralen Verträge abgeben müssen (vgl. MICHAEL SILAGI, a.a.O., S. 89 ff., insbes. S. 93 f.; BRIGITTE STERN, a.a.O., S. 314-321; ANDREAS ZIMMERMANN, a.a.O., S. 400 ff.). » (ATF 132 II 65, consid. 3.5).

Le Rapporteur spécial précise que la notion d'*actes législatifs* doit être comprise dans son sens large, et qu'elle comprend tant le droit constitutionnel que les projets de lois<sup>302</sup>. Les actes législatifs d'autres Etats que la Suisse, et qui manifestent habituellement une pratique interne et unilatérale, ont, à certaines occasions, été mentionnés par les autorités suisses<sup>303</sup>.

Pour ce qui est des *actes administratifs*, on peut mentionner, tout d'abord, les *publications officielles dans le domaine du droit international*. Le Rapporteur spécial mentionne, à titre d'exemple, les « manuels militaires ou instructions à l'intention de diplomates »<sup>304</sup>. Les autorités suisses ne se réfèrent toutefois guère à de tels documents lorsqu'ils émanent d'Etats étrangers. Les publications officielles sont davantage pertinentes sous l'angle de la pratique suisse (voir *infra*, bb)(2), projet de conclusion 6, ch. 2). De même, les *déclarations faites au nom d'États concernant telle ou telle entreprise de codification*, concernent avant tout les déclarations du représentant de la Suisse (voir *infra*, bb)(2), projet de conclusion 6, ch. 2)<sup>305</sup>.

La *jurisprudence interne* (analysée ici en tant qu'elle émane de tribunaux nationaux étrangers et non pas de tribunaux suisses) constitue non seulement un moyen de détermination des règles de droit au sens de l'art. 38 par. 1 lit. d du Statut de la CIJ et une source d'identification de la coutume au sens large (voir *supra* II.2.a)bb)), mais aussi un moyen permettant d'identifier les éléments constitutifs du droit international coutumier, et notamment la pratique. Elle est évoquée par les autorités suisses principalement dans le domaine des immunités. Dans ce domaine particulier, la pratique citée est unilatérale et interétatique.

En conclusion, de nombreuses manifestations de la pratique mentionnées dans le projet de conclusion 6, ch. 2 sont reflétées dans la pratique suisse de détermination du droit international coutumier. Leur pertinence exacte sous l'angle de la pratique constitutive d'une coutume n'est toutefois que rarement évoquée. En outre, les prises de position des autorités

---

<sup>302</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 25, par. 41, lit. d.

<sup>303</sup> Exemples :

- « Nous ne sommes pas convaincu que l'argument soit pertinent, d'abord parce que les Etats acceptent des réfugiés sur leur territoire puisqu'ils sont - pour la plupart des cas - tenus de le faire à raison de leur propre législation et par le droit international. » (Déclaration faite le 28 octobre 2002 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit)
- « Beaucoup de pays d'Amérique du Sud ont ensuite introduit dans leur constitution ou dans une loi nationale une disposition interdisant aux Etats étrangers de recourir à la protection diplomatique pour leurs nationaux. Malgré le succès de la doctrine Calvo en Amérique du Sud, celle-ci n'a pas eu l'écho international escompté et n'a pas été érigée en principe du droit international. » (Etude élaborée le 1er avril 2003 par la DDIP. Document inédit).

<sup>304</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 26, par. 41, lit. f.

<sup>305</sup> Voir cependant : « Un des grands acquis du Statut de Rome a été la compilation du droit international déterminant (droit conventionnel et droit coutumier), qui permet à la CPI d'exercer sa juridiction. (...) Les représentants des Etats à la Conférence de Rome de 1998 qui ont adopté le Statut sont partis du principe qu'il s'agissait là de crimes relevant du droit coutumier international. » (Conseil fédéral, 08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3480 ; voir aussi Conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf, 08.034 Cour pénale internationale. Mise en œuvre du Statut de Rome, Conseil national, Session de printemps 2009, Troisième séance, 4 mars 2009).

suisses ne sont pas exemptes de certaines contradictions, comme par exemple en ce qui concerne le rôle des résolutions des organes d'organisations internationales. Le nombre relativement réduit d'exemples disponibles sous l'angle de la pratique internationale suggère enfin que c'est le plus souvent la pratique nationale qui est citée pour identifier l'existence d'une norme de droit international coutumier, comme nous le verrons (voir *infra*, bb)).

(3) Hiérarchie (projet de conclusion 6, ch. 3)

*Projet de conclusion 6, ch. 3 : « Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique. »*

Le Rapporteur spécial note que « [n]ulle manifestation de la pratique n'est *a priori* plus importante que nulle autre, son poids étant fonction des circonstances, ainsi que de la nature de la règle considérée. »<sup>306</sup> Certains membres de la Commission ont cependant souligné que « la pratique de certains organes de l'Etat était plus importante que celle des autres » du fait que « les différents organes étaient plus ou moins habilités à exprimer la position de l'Etat au plan international »<sup>307</sup>.

Les autorités suisses semblent accorder davantage de poids à certaines formes ou à certains actes reflétant la pratique étatique. Elles s'appuient, par exemple, de manière prépondérante sur le droit international conventionnel en tant qu'expression de la pratique internationale (voir *supra*, II.1.a)). De plus, selon les domaines matériels du droit international coutumier, la pratique de certaines institutions est plus fréquemment citée que d'autres (voir *supra*, B.V et I.3).

Toutefois, cet état de choses témoigne moins d'une hiérarchie implicite entre les différentes formes de pratique qu'adopteraient les autorités suisses que de l'expression des éléments de variabilité de leur pratique de détermination du droit international coutumier (voir *supra*, I.1-I.3).

En conclusion, les autorités suisses ne semblent pas admettre de hiérarchie particulière entre les différentes manifestations de la pratique.

(4) Cohésion (projet de conclusion 7)

*Projet de conclusion 7, ch. 1 : « Il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de l'État, laquelle doit être appréciée dans son ensemble. »*

---

<sup>306</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 36, par. 49.

<sup>307</sup> Assemblée générale, *Rapport de la CDI, 66e session (5 mai - 6 juin et 7 juillet - 8 août 2014)*, UN Doc A/69/10, p. 254, par. 164.

*Projet de conclusion 7, ch. 2 : « Lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit. »*

Le second rapport du Rapporteur spécial met en évidence le fait qu'il convient d'apprécier la pratique de l'Etat dans son ensemble, dans l'hypothèse où les organes de l'Etat exprimeraient des pratiques divergentes<sup>308</sup>. La CDI, quant à elle, est plus nuancée quant aux implications d'une pratique incohérente au sein d'un même Etat<sup>309</sup>.

Les autorités suisses n'ont guère mentionné ce critère dans le cadre de la détermination de la pratique constitutive du droit international coutumier. Plutôt que de suggérer le fait que les pratiques internes hétérogènes de certains Etats n'ont pas été prises en compte, cette attitude résulte probablement davantage du pragmatisme des autorités suisses. Celles-ci ne font d'ailleurs qu'un usage parcimonieux du droit international comparé et s'appuient rarement sur les pratiques spécifiques d'Etats en particulier et, par extension, de leurs autorités respectives. En revanche, les autorités suisses ont parfois relevé une absence d'homogénéité sur le plan de la pratique internationale (voir *infra*, (8), projet de conclusion 8, ch. 2).

En conclusion, la pratique suisse d'identification de la pratique constitutive du droit international coutumier ne semble pas prêter une attention particulière aux divergences entre différents organes étatiques.

(5) Généralité (projet de conclusion 8, ch. 1)

*Projet de conclusion 8, ch. 1 : « La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante. »*

Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial note que la généralité n'est pas « un critère purement quantitatif, puisqu'il faut également que la pratique dérive d'une participation largement représentative et fasse intervenir les Etats particulièrement intéressés »<sup>310</sup>. Plutôt que de se rattacher à un nombre d'Etats déterminé, il convient d'analyser si la pratique a « été le fait de l'écrasante majorité des Etats qui ont jusque-là eu la possibilité de le faire »<sup>311</sup>.

A noter que l'exigence de généralité de la pratique étatique ne doit pas être confondue avec l'exclusion du droit international coutumier régional. En effet, la pratique constitutive d'une coutume régionale peut et doit être générale même sur le plan régional. Le droit international coutumier régional sera traité séparément (à ce sujet, voir *infra*, IV.4).

---

<sup>308</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 37, par. 50.

<sup>309</sup> Assemblée générale, *Rapport de la CDI, 66e session (5 mai - 6 juin et 7 juillet - 8 août 2014)*, UN Doc A/69/10, p. 254, par. 165.

<sup>310</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 38, par. 52.

<sup>311</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 39, par. 53.

Pour exprimer le critère de généralité de la pratique internationale, les autorités suisses mentionnent souvent des termes tels que « généralement reconnu(e) », « largement reconnu(e) », « en règle générale », « traditionnellement » (à condition qu'il s'agisse d'une norme de droit coutumier et non uniquement d'une tradition assortie d'aucune *opinio juris*). Dans la grande majorité des cas, cependant, les autorités ne précisent pas quels sont les Etats concernés par la pratique en question. De plus, elles n'indiquent pas la pertinence spécifique de cette « reconnaissance générale » sous l'angle de l'*opinio juris*<sup>312</sup>.

<sup>312</sup>. Voir les (nombreux) exemples suivants :

- « Il convient de souligner à cet égard que les traités internationaux ou résolutions de l'ONU à l'origine des tribunaux internationaux existants fixent déjà très clairement les obligations des Etats en la matière. Ces documents déterminent une pratique internationale généralement reconnue et serviront certainement de bases à la création d'éventuels autres tribunaux internationaux. » (Conseil fédéral, 06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte, 13 septembre 2006, FF 2006 7603, p. 7640)
- « Il est cependant généralement reconnu que l'interdiction du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre a un caractère coutumier. (En note : Cf. entre autres le chiffre 33 du Rapport du Secrétaire-général de l'ONU du 3 mai 1999 relatif à la création d'un tribunal pénal international sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, Nations Unies, doc. S/25704.) » (Conseil fédéral, 08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3474)
- « Il est généralement reconnu que l'interdiction du génocide est dotée du caractère de droit obligatoire et de droit coutumier, ainsi que de l'effet erga omnes (En note : Antonio Cassese, La communauté internationale et le génocide, in: Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally, Paris 1991, p. 186. Cf. aussi affaire de la Barcelona Traction (Belgique c. Espagne), CIJ, Recueil 1970, paragraphe 34; CIJ, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt du 11 juillet 1996, paragraphe 31.) (Conseil fédéral, 00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 461)
- « Il est généralement reconnu que l'interdiction de perpétrer des crimes contre l'humanité a un caractère de droit international coutumier (En note : Cf. TPIY (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), Chambre de première instance II, Le Procureur c. Dusko Tadic, IT-94-1-T, jugement du 7 mai 1997, paragraphe 622; TPIY, Chambre de première instance I, Le Procureur c. Kupreskic et al., IT-95-16, jugement du 14 janvier 2000, paragraphes 545 et ss.) » (Conseil fédéral, 00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 470)
- Le message du Conseil fédéral relatif à la Loi sur l'Etat hôte parle de la « tendance actuelle » (p. 7622), de notions « largement connue[s] » (p. 7622), et utilise des termes comme « traditionnellement » (p. 7627), « en règle générale » (voir p.ex. p. 7619). (Conseil fédéral, 06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte, 13 septembre 2006, FF 2006 7603).
- Selon la DDIP, la CNUIJ « n'est pas encore en vigueur, mais elle reflète la position généralement admise par les Etats à cet égard » (Note de la DDIP du 16 mai 2006).
- « Toutefois, à notre avis, cette tendance ne peut, au stade actuel, être qualifiée de coutume internationale, en ce sens qu'elle ne reflète pas une pratique constante et généralisée des Etats » (Communication adressée par la DDIP le 15 janvier 2009 à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police).
- « Elle doit donner lieu à une indemnité qui, selon la formule dite de Hull, généralement admise aujourd'hui, doit être immédiate, complète et effective. Les standards minimum qui viennent d'être évoqués découlent du droit international coutumier et ont été codifiés dans le cadre d'accords bilatéraux de protection des investissements. » (Note de la DDIP du 20 août 2002, adressée à la Division politique II du DFAE. Document inédit)
- « Il est aujourd'hui reconnu que les règles relatives à la protection des biens culturels ont acquis le statut de droit coutumier aussi dans le contexte des conflits non internationaux » (Conseil fédéral,

Dans certains cas, les autorités suisses ont fourni certaines précisions quant au nombre minimal d'Etats devant avoir manifesté une pratique donnée. Ainsi, la pratique de cinq Etats, par ailleurs espacée dans le temps, ne suffit pas pour générer une pratique générale<sup>313</sup>. Les autorités suisses se sont cependant référées parfois à la notion de « majorité »<sup>314</sup>. Dans d'autres cas, plus rares, les autorités suisses ont mentionné de manière détaillée les Etats ayant manifesté la pratique en question<sup>315</sup>.

---

*00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 502)*

- Le TF s'est souvent référé aux principes « reconnu[s] » du droit des gens (TF, arrêt 1A.306/2000 du 12 février 2001, consid. 2 ; voir aussi, concernant le principe de spécialité : arrêt RR.2011.310 et RP.2011.59 du TPF du 17 janvier 2012, consid. 2.1 ; TPF, arrêt RR.2009.5 et RR.2009.1 du 2 février 2009, consid. 3.3 ; arrêt RR.2007.44 du 3 mai 2007, consid. 4.1 ; arrêt RR.2007.38 du 3 mai 2007, consid. 4.1.1), ou aux principes du droit des gens « généralement reconnu[s] » (arrêt du TF 1B\_322/2010 du 19 octobre 2010, consid. 3 ; arrêt du TF 1S.1/2007 du 1er février 2007, consid. 4.1) ; voir aussi TPF, affaires jointes RR.2013.236 à 249 du 2 mai 2014, consid. 3.5.5, où le TPF se réfère aux « principes fondamentaux du droit des gens » ; dans son arrêt SK.2014.16 du 24 septembre 2009, consid. 2.1.3.2, le TPF mentionne les « principes reconnus du droit des gens relatifs aux représentations diplomatiques ».
- « Il est en effet généralement reconnu que l'interdiction des crimes graves contre l'humanité, notamment en cas de torture, a un caractère coutumier. Cette approche est partagée par le législateur suisse » (TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012)
- « Pour les autres, les règles applicables sont à rechercher principalement dans le droit international coutumier. Traditionnellement, ce droit reconnaît des immunités très étendues aux chefs d'Etat, aux chefs de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères. » (Etude préparée par la DDIP et adressée le 17 août 2005 à l'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police; voir aussi Avis de droit de la DDIP du 23 mai 2005)
- « Le concept de puissance protectrice s'est d'abord dégagé en droit coutumier. Il se rapporte traditionnellement à la protection de ressortissants étrangers. » (Avis de droit de la DDIP du 14 septembre 2007).

<sup>313</sup> Dans une note de 1998, la DDIP considère que deux exemples relativement anciens et trois exemples plus récents (cinq au total, que la DDIP analyse toutefois séparément) ne suffisent pas pour qu'il existe une pratique sur le plan international : « Deux interventions de ce type ne sont pas suffisantes pour pouvoir parler de l'existence d'une pratique en la matière et ceci d'autant moins que la règle interdisant aux Etats de recourir à la force (article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies) est postérieure à ces deux interventions. (...) Trois précédents ne sont certainement pas suffisants pour parler d'une pratique des Etats en la matière, surtout si cette pratique remet en cause l'un des principes fondateurs des relations entre Etats: le principe de non-intervention. » (Note de la DDIP adressée à la Direction politique du DFAE le 27 juillet 1998. Document inédit).

<sup>314</sup> Le Conseil fédéral a précisé que l'exigence d'alternative des critères de massivité et de systémativité des crimes de guerre est de droit international coutumier, mentionnant à ce titre que : « Au sein du Comité préparatoire pour la création de la Cour pénale, la majorité des Etats s'est également opposée à une formulation cumulative des deux caractéristiques contextuelles de ces crimes » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 471).

<sup>315</sup> « La pratique des Etats européens relative à ce principe en confirme le caractère coutumier. Certes, elle ne peut guère être résumée en quelques lignes, d'autant qu'il est difficile, dans un laps de temps aussi court, de rechercher et d'analyser dans le détail les décisions des autorités administratives et judiciaires des Etats européens en la matière. Mais un examen des procédures en matière d'asile et de politique des étrangers des Etats d'Europe occidentale et d'Amérique du Nord montre clairement que les solutions retenues sont uniformes en ce qu'elles respectent toutes le principe de non-refoulement: ainsi l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la Finlande, la France, la Grande-Bretagne, l'Italie, la Norvège, les Pays-Bas, la République fédérale d'Allemagne et la Suède prévoient expressément dans leurs législations l'interdiction du refoulement, tout en maintenant la possibilité d'expulser ou de renvoyer les candidats à l'asile dont la demande aurait été rejetée (En note : Summary Description of Asylum Procedures in States in Europe, North America and Australia, Secretariat for Intergovernmental

Les prises de position des autorités suisses contiennent parfois des références à une pratique attestant d'un degré élevé de généralité. Le terme « universel », par exemple, est parfois utilisé en lien avec le droit international coutumier<sup>316</sup>. Les autorités suisses ont aussi usé de termes tels que « consensus » ou encore « unanimement reconnu »<sup>317</sup>.

---

Consultations on Asylum, Refugee and Migration Policies in Europe, North America and Australia, Genève 1992. Voir aussi FF 1990 II 564 ss.). On doit admettre que ces procédures sont appliquées et que par conséquent le principe de non-refoulement est respecté non seulement dans la législation des pays occidentaux, mais aussi dans leur pratique administrative et judiciaire (En note : Voir à titre d'exemple: Allemagne, Bundesverfassungsgerichtsentscheide (BVerfGE) 49, p. 202 ss. (205); France, Décision du Conseil Constitutionnel du 25 février 1992; Pays-Bas, Communication du Ministère de la justice au Parlement du 23 juin 1987 (cité in: Neth. Yb. L., Vol. XIX, 1988, p. 327 s.)). » (DDIP, 15 décembre 1993).

<sup>316</sup> Exemples :

- Dans son arrêt 4C.172/2000 du 28 mars 2001, consid. 5 f), le TF précise qu'en raison de l'interdiction universelle et sans exception de la fourniture d'armes concrétisée par l'embargo d'armes, l'argument d'une licéité de la légitime défense en vertu du droit international coutumier est dénué de fondement.
- « In einem Dokument der Direktion für Völkerrecht des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten vom 30. März 1992 wurde unter anderem in Bezug auf die Ukraine (und die übrigen GUS-Staaten sowie Georgien, Slowenien und Kroatien) festgehalten, dass auf dem Gebiet der Sukzession von Staaten in Abkommen keine weltweit allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze bestünden; ebenso wenig würden Nachfolgestaaten automatisch in die Rechte und Pflichten des ursprünglichen Staates treten. » (ATF 132 II 65, consid. 3.5.2).
- « L'interdiction du recours à la force a beau être un principe fondamental de la Charte des Nations Unies, elle-même universellement acceptée, (En note : Art. 2, par. 4, Charte de l'ONU) et constituer une norme impérative du droit international, (En note : Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale (FF 1997 I 1, ici 369)) de nombreux conflits armés interétatiques montrent à quel point il est difficile de la faire respecter. » (Conseil fédéral, *14.021 Message portant approbation des amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs au crime d'agression et aux crimes de guerre*, 19 février 2014, FF 2014 1973, p. 1977)
- « Jusqu'à présent, il était possible de s'opposer à certaines activités sur la base du droit international universel (particulièrement en vertu de l'article premier des Conventions de Genève). Cependant, l'argumentation juridique n'était pas partagée par l'ensemble des Etats, et il subsistait un flou juridique. Grâce au TCA, une réglementation univoque, dont l'application peut contribuer à prévenir des atrocités, peut désormais être établie. » (Conseil fédéral, *14.016 Message concernant l'approbation du Traité sur le commerce des armes*, 29 janvier 2014, FF 2014 1485, p. 1506 s)
- Dans une lettre de 2004 portant sur le statut juridique du passeport adressée par la DDIP au Juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne, la DDIP mentionne les « principes universellement reconnus du droit international », mais sans autre indication (Lettre de la DDIP au Juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne du 14 mai 2004).
- « La valise diplomatique jouit d'un statut sui generis aux termes de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, convention qui par ailleurs est universelle et codifie pour une large partie le droit coutumier. » (Communication faite le 13 mars 2007 par la DDIP à l'Ambassade de Suisse dans l'Etat F.)
- « La convention sur les missions spéciales n'est toutefois pas universellement reconnue et seuls 45 Etats y sont Parties. » (Déclaration faite le 5 novembre 2012 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale)
- « la Convention de 1977 de l'UA tout comme la convention de 1989 de l'ONU ne constituent de loin pas des instruments juridiques universellement acceptés » (Conseil fédéral, *Rapport sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées (donnant suite au postulat Stähelin 04.3267 du 1er juin 2004. Entreprises privées chargées de tâches de sécurité)*, 2 décembre 2005, FF 2006 631, p. 676)
- « Der genaue Zeitpunkt, wann welche Norm universell verbindlich ist, ist selten genau definierbar. » (Conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf, *08.034 Cour pénale internationale. Mise en œuvre du Statut de Rome*, Conseil national, Session de printemps 2009, Troisième séance, 4 mars 2009)
- « Le Conseil fédéral part du principe que la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants font l'objet d'une réprobation universelle et d'une interdiction absolue en tout temps et en toutes circonstances, que ce soit dans le droit international coutumier ou dans les conventions

A noter que les autorités suisses ont parfois manié le critère de la généralité du droit international coutumier avec une certaine souplesse, invoquant des pratiques « si généralement admises que le passage de ce cap dans l'évolution du droit est imminent »<sup>318</sup>. Il convient bien entendu de distinguer entre la généralité de la pratique requise pour l'émergence de la norme de droit international coutumier, et la généralité de l'autorité du droit international coutumier une fois que la norme a été formée<sup>319</sup>.

---

internationales telles que la Convention des Nations Unies contre la torture ou dans d'autres sources universelles du droit comme la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, à l'article 5. » (Réponse du Conseil fédéral du 16 mars 2015 à 15.5132 Question de Pierre-Alain Fridez, 10 mars 2015, 'Rapport choquant du Sénat américain sur l'utilisation de la torture par la CIA' ; voir aussi réponse du Conseil fédéral du 18 février 2015, 14.4259 Interpellation du Groupe des Verts, 'Rapport du Sénat américain sur les méthodes de torture de la CIA. Quelles conséquences?', où le Conseil fédéral ne parle cependant pas en son nom, mais en utilisant l'expression « la Suisse »).

<sup>317</sup> Exemples :

- Concernant la responsabilité internationale: « Ce principe est unanimement reconnu dans la pratique des Etats, la jurisprudence internationale et la doctrine (En note : La violation du jus cogens n'entraîne en principe aucune suite spécifique, sinon, dans le cas d'un conflit de norme, la nullité d'une autre norme, comme on l'a exposé au ch. 3.6. La responsabilité internationale et ses conséquences sont les mêmes que dans le cadre du droit coutumier.) » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2091)
- La pratique suisse mentionne aussi le fait que la révision de la CVRD et de la CVRD « n'est pas envisageable » car, en tant que ces Conventions expriment le droit international coutumier, une telle révision exigerait « un large consensus au sein de la communauté internationale, ce qui ne semble pas très réaliste à l'heure actuelle. » (Conseiller fédéral Didier Burkhalter, *12.5465 Heure des questions. Question Reimann Maximilian. Abus de l'immunité diplomatique en cas d'amende*, Conseil national, Session d'hiver 2012, Neuvième séance, 10 décembre 2012).
- « Il règne aujourd'hui un consensus sur le fait que la majorité des dispositions du protocole additionnel I s'applique également aux conflits non internationaux au travers du droit coutumier » (En note : Henckaerts et Doswald-Beck, op. cit. 8, partie V.) (Conseil fédéral, *Le droit international humanitaire et les conflits armés contemporains, Rapport en réponse au postulat 08.3445 de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats du 20 juin 2008*, 17 septembre 2010 (non publié), p. 13).

<sup>318</sup> « Le Statut de Rome ne rend en effet pas punissable la guerre en tant que telle, mais seulement certaines méthodes guerrières particulièrement condamnables, dont le caractère pénalement répréhensible est déjà reconnu par le droit coutumier ou si généralement admis que le passage de ce cap dans l'évolution du droit est imminent » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 371 s).

<sup>319</sup> Exemple :

- Dans son arrêt RR.2013.236 du 2 mai 2014, consid. 3.5.5, le TPF déclare que « [C]ertaines infractions, même de la criminalité ordinaire, sont imprescriptibles et la prescription n'est mentionnée ni par la jurisprudence ni par la doctrine au titre des principes fondamentaux du droit des gens (ATF 117 Ib 53 consid. 3 p. 60 s. et références). Il lui manque ainsi cette portée universelle et contraignante qui caractérise ce droit. »
- Le TF a parfois souligné l'autorité générale du droit international coutumier ; ainsi, dans l'ATF 136 I 297, il déclare que le droit public peut parfois jouir d'une autorité juridique en-dehors de la juridiction de l'Etat qui l'édicte, par exemple à travers le droit international coutumier (voir consid. 5).
- Dans l'arrêt du TAF du 2 juillet 2014 A-4771/2012, le TAF déclare que le droit international coutumier lie en principe tous les sujets de droit international concernés par son contenu normatif, même s'il peut aussi y avoir de la coutume régionale ou bilatérale (citation de la Feuille fédérale), voir consid. 7.2.1 : « La norma di diritto internazionale consuetudinario esplica in generale il suo effetto giuridicamente vincolante nei confronti di tutti i soggetti di diritto internazionale interessati dal suo contenuto. Con particolare riferimento al caso di specie, si sottolinea che il diritto consuetudinario internazionale non esplica soltanto effetti giuridici universali, bensì può nascere anche su scala regionale o bilaterale (FF

En conclusion, les autorités suisses tiennent compte de la généralité qui doit caractériser la pratique étatique en question. Toutefois, ce n'est qu'exceptionnellement que les autorités suisses ont analysé de manière détaillée la pratique des Etats concernés sur ce point. Les implications en termes d'*opinio juris* ne sont guère explicitées.

(6) Constance/cohérence (projet de conclusion 8, ch. 1)

*Projet de conclusion 8, ch. 1* : « La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante. »

La constance que doit revêtir la pratique internationale nécessite, selon le Rapporteur spécial, que « tous les actes aient en commun une 'explication de base qui ne varie pas' : c'est alors que l'on pourra parler de régularité de la conduite en question »<sup>320</sup>. La constance est susceptible d'être remise en question notamment dans les domaines où les « considérations d'opportunité politique » pèsent lourd<sup>321</sup>. Cependant, la pratique ne doit pas être « parfaitement uniforme » ; il suffit que les Etats se conforment à la norme de droit international coutumier « 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 »<sup>322</sup>.

La manière dont le Rapporteur spécial définit l'élément de constance semble plutôt se rattacher à la notion de régularité (ou d'uniformité) qu'à un critère temporel (voir aussi projet de conclusion 8, ch. 2). La CDI, quant à elle, met en évidence le caractère (pratiquement) uniforme, ainsi que la fréquence et répétition que doit revêtir la pratique concernée<sup>323</sup>.

Ni les projets de conclusions du Rapporteur spécial, ni les autorités suisses ne distinguent toujours clairement entre pratique générale (ou répandue et représentative, voir projet de conclusion 8, ch. 1), pratique cohérente (ou uniforme) et pratique constante (invariable, régulière, voir projet de conclusion 8, ch. 1). Les autorités suisses n'ont qu'exceptionnellement procédé à cette distinction entre étendue géographique, uniformité et durée de la pratique constitutive du droit international coutumier<sup>324</sup>.

---

2010 2032 con riferimenti; cfr. anche Scolari, op. cit., pagg. 74 e 75 con i vari riferimenti giurisprudenziali). ».

<sup>320</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 42, par. 55.

<sup>321</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 42, par. 55.

<sup>322</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 43, par. 57.

<sup>323</sup> Assemblée générale, *Rapport de la CDI, 66e session (5 mai - 6 juin et 7 juillet - 8 août 2014)*, UN Doc A/69/10, p. 255, par. 167.

<sup>324</sup> « L'examen de la pratique constante des Etats et de ses caractéristiques (durée, uniformité, étendue géographique) permet de tirer des conclusions quant à cette conviction [d'obéir à une obligation juridique]. Cette pratique constante doit conforter l'observateur objectif, en toute bonne foi (voir ch. 3.3), dans l'opinion qu'elle se poursuivra, identique, à l'avenir (En note : Voir Jörg Paul Müller, *Vertrauensschutz im Völkerrecht*, Cologne 1971, p. 84 s.). Le comportement des Etats doit revêtir une

Pour ce qui est de la constance de la pratique concernée au sens du projet de conclusion 8, ch. 1, la terminologie utilisée par les autorités suisses varie. Celles-ci ont tantôt utilisé les termes de constance, tantôt ceux de cohérence, de concordance ou de conséquence, afin de traduire l'exigence d'une homogénéité suffisante. Une notion voisine parfois utilisée par les autorités suisses est celle de « pratique (bien) établie »<sup>325</sup>. Dans certains cas, les autorités suisses ont aussi évoqué la notion de « régularité »<sup>326</sup>. Les autorités suisses utilisent donc la notion de

---

certaine régularité – au sens de l'obéissance à certaines règles. » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2084).

<sup>325</sup> Exemples :

- Concernant l'application du droit international humanitaire aux attaques informatiques : « Il n'existe d'ailleurs pas encore de pratique bien établie des Etats à ce sujet. » (Avis de droit du 10 mars 2009 conjointement élaboré par l'Office de la justice du Département fédéral de justice et police et par la DDIP)
- « Mais cette pratique n'était probablement pas établie à l'époque de la signature de ces deux Déclarations » (DFAE/DDIP, 'Droit des traités internationaux', Avis de droit du 8 mars 2007, JAAC du 5 décembre 2007, 2007.18 (p. 331-335), p. 334)
- « En substance, cependant, ce qui vient d'être dit semble répondre à une tendance qui, toutefois, ne correspond pas encore à une pratique établie. Sous l'angle du droit international, il n'y a donc aucune obligation d'accorder la protection diplomatique. » (Etude de la DDIP du 8 février 2010)
- « Si l'on applique cela au cas de la République socialiste fédérative de Yougoslavie (RSFY), il en résulte, selon les auteurs (En note : Voir par exemple CRAWFORD, *op.cit.*, pp. 707-714, avec des références.) et la pratique, (En note : Voir les prises de position pertinentes de la Commission d'arbitrage de la Conférence sur la Yougoslavie (Commission BADINTER), établie par la Communauté Européenne et ses Etats membres: avis no 1 du 29 novembre 1991 (International Law Reports) (ILR), vol. 92, pp. 162-163); avis no 8 du 4 juillet 1992 (ILR, vol. 92, pp. 199, 202); et avis no 10 du 4 juillet 1992 (ILR, vol. 92, pp. 206, 206). Voir également la Résolution 757 (1992) du Conseil de sécurité des Nations Unies du 30 mai 1992, paragraphes 4-8) que c'est d'un démembrement qu'il s'agit et que, faute d'accord contraire entre les Etats successeurs, il n'y a pas d'Etat continuateur. » (Communication de la DDIP au Registre foncier de U. du 8 octobre 2012)
- « Par contre, comme nous l'avons vu, il existe des principes coutumiers établis et reconnus (à la fois par la Charte et par tous les Etats) qui nient l'existence d'un tel droit d'intervention. » (Note de la DDIP adressée à la Direction politique du DFAE le 27 juillet 1998. Document inédit).

<sup>326</sup> Exemples :

- Le Conseil fédéral a précisé que « [l]e comportement des Etats doit revêtir une certaine régularité – au sens de l'obéissance à certaines règles » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2084).
- « L'UE fait régulièrement usage, parmi les sanctions qu'elle adopte, de mesures interdisant l'octroi de visas (En note : Par exemple, position commune 95/515/politique étrangère et de sécurité commune (PESC) du 4 décembre 1995 relative au Nigeria (Journal officiel des Communautés européennes [JOCE] n° L 298 du 11.12.1995 p. 1, abrogée au 1<sup>er</sup> juin 1999), position commune 96/635/PESC du 28 octobre 1996 relative au Myanmar (JOCE n° L 287 du 8.11.1996 p. 1), position commune 97/193/PESC du 17 mars 1997 relative à des mesures à l'encontre de personnes ayant commis des actes de violence lors des incidents de Mostar (JOCE n° L 81 du 21.03.1997 p. 1), position commune du 15 septembre 1997 concernant des mesures à l'encontre des personnes en Bosnie-Herzégovine agissant contre les accords de paix, décision 1999/424/PESC du Conseil du 28 juin 1999 appliquant la position commune à l'encontre de l'ex-Yougoslavie (JOCE n° L 163 du 29.06.1999 p. 86).) » (Avis de droit de la DDIP du 11 août 1999. Document inédit)
- « Le principe de non-recours à la force est régulièrement réaffirmé par les Etats notamment lorsqu'ils prennent position sur des interventions armées menées par d'autres Etats. » (Note de la DDIP adressée à la Direction politique du DFAE le 27 juillet 1998. Document inédit).

constance pour évoquer tant l'élément d'homogénéité que celui de la durée de la pratique. Une fois encore, la frontière qui sépare la pratique de l'*opinio juris* est souvent floue<sup>327</sup>.

A noter que l'utilisation de l'adjectif « cohérent », tant dans la pratique d'identification des autorités suisses que dans le projet de conclusion 8, ch. 1, permettrait une approche plus nuancée tant l'idée de constance se rapproche d'une idée de durée et d'un critère temporel.

En conclusion, les autorités suisses accordent de l'importance au fait que la pratique en question soit constante, sans toutefois utiliser de terminologie uniforme ni vérifier ce critère de manière détaillée.

---

<sup>327</sup> Exemples :

- « Pour l'*opinio juris*, la preuve en est plus difficile. En pratique, on conclut souvent de la pratique constante elle-même l'existence de la conviction d'obéir à une obligation juridique. (En note : Voir Peter Haggemacher, La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale, *Revue générale de droit international public* 1986, vol. 90, p. 105 à 108.) En d'autres termes, l'examen de la pratique constante des Etats et de ses caractéristiques (durée, uniformité, étendue géographique) permet de tirer des conclusions quant à cette conviction. Cette pratique constante doit conforter l'observateur objectif, en toute bonne foi (voir ch. 3.3), dans l'opinion qu'elle se poursuivra, identique, à l'avenir (En note : Voir Jörg Paul Müller, *Vertrauensschutz im Völkerrecht*, Cologne 1971, p. 84 s.). » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2083 s)
- « Toutes les normes du droit pénal international n'ont pas ce caractère coutumier: si la lutte contre le trafic de stupéfiants ou contre le terrorisme est une préoccupation commune à l'ensemble des Etats, l'étendue de l'interdiction et les moyens spécifiques à mettre en œuvre ne procèdent pas d'une conception générale du droit partagée par tous les Etats et ne sont pas non plus confirmés par une jurisprudence cohérente de ces derniers » (Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3474)
- « La quête d'une plus grande cohérence de la jurisprudence comporte aussi des limites intrinsèques. D'une part, nous nous trouvons face à un nombre d'accords d'investissements très important - presque 3000 de par le monde - dont les formulations relatives au traitement juste et équitable sont souvent différentes. D'autre part, les tribunaux arbitraux constitués sur la base de traités d'investissements n'ont aucune obligation d'assurer la cohérence de leurs décisions avec les décisions précédentes concernant des litiges relatifs à des traités d'investissements, sans parler des décisions antérieures se référant à un traité différent. » (Déclaration faite le 31 octobre 2011 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies)
- « Il résulte du droit international coutumier établi à la suite de pratiques concordantes considérées par la communauté internationale comme étant le droit » (Avis de droit de la DDIP du 11 août 1999. JAAC 2000, fasc. 64/IV, n° 159)
- « Eine einheitliche Praxis zur Einräumung eines Optionsrechts, d.h. zur Wahl der Staatsangehörigkeit des Nachfolgestaats durch den Betroffenen, ist nicht dargetan (vgl. HAILBRONNER, a.a.O., S. 223) » (TF, arrêt 2C\_36/2012 du 10 mai 2012, consid. 3.2)
- « Deux conditions président à la naissance d'une règle coutumière, que la CIJ évalue séparément dans une jurisprudence constante (En note : Voir en particulier les arrêts suivants de la CIJ; *North Sea Continental Shelf Cases* (République fédérale d'Allemagne c. Danemark/République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), ICJ Reports 1969, p. 3, para. 77; *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua c. Etats-Unis), ICJ Reports 1986, p. 14, para. 207): la 'pratique constante' de la part des Etats (élément objectif) et leur 'conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit' (ou *opinio juris*, élément subjectif). » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2083).

(7) Représentativité (projet de conclusion 8, ch. 1)

*Projet de conclusion 8, ch. 1 : « La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante. »*

Sous l'angle de la représentativité, il est intéressant de noter qu'à l'origine, les projets de conclusion de la CDI se référaient aussi à la notion d'« Etat particulièrement intéressé ».

Le troisième rapport du Rapporteur spécial définit la notion d'« Etat particulièrement intéressé » comme la pratique émanant d'« Etats qui sont touchés ou intéressés dans une plus grande mesure que d'autres au regard de la règle en question ». Ils doivent être identifiés « selon la règle considérée »<sup>328</sup>. Cependant, « [t]rès souvent, les Etats sont tous également touchés »<sup>329</sup>. La notion d'Etat particulièrement intéressé « a fait l'objet de longs débats » au sein de la CDI, et ses implications devaient, selon la Commission, être clarifiées<sup>330</sup>. Les projets de conclusions ne contiennent plus cette notion depuis la session 2015.

Il faut remarquer pourtant que, comme d'autres autorités nationales, les autorités suisses se sont parfois référées de manière explicite à la notion d'« Etat particulièrement intéressé » dans le contexte de la détermination de la pratique internationale<sup>331</sup>. Elles ont aussi parfois invoqué la pratique d'autres Etats particulièrement concernés en tant qu'Etats hôtes ou en tant qu'Etats neutres<sup>332</sup>. Dans la plupart des cas, cependant, la notion d'« Etat particulièrement intéressé » est invoquée lorsque la Suisse est elle-même concernée. Cet aspect sera donc traité de manière plus approfondie sous l'angle de la pratique nationale.

En conclusion, les autorités suisses tiennent compte de la pratique émanant d'« Etats particulièrement intéressés ». Toutefois, lorsque la Suisse n'est pas particulièrement touchée, cette notion n'est que rarement évoquée.

---

<sup>328</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 40, par. 54.

<sup>329</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 40, par. 54.

<sup>330</sup> Assemblée générale, *Rapport de la CDI, 66e session (5 mai - 6 juin et 7 juillet - 8 août 2014)*, UN Doc A/69/10, p. 255, par. 168.

<sup>331</sup> « A l'inverse de ce qui se passe en cas de codification d'une coutume, des dispositions d'un traité international peuvent en effet acquérir le caractère de droit coutumier si le traité est ratifié par un nombre important d'Etats et si parmi ces derniers se trouvent les Etats qui sont particulièrement intéressés par l'objet du traité. » (DDIP, 15 décembre 1993).

<sup>332</sup> Exemples :

- En matière de privilèges et immunités des missions permanentes, le Conseil fédéral a cité la pratique d'autres Etats hôtes : « Les autres Etats hôtes d'organisations internationales accordent également un statut privilégié aux missions permanentes établies auprès des organisations internationales qu'ils accueillent, le plus souvent par une application - à l'instar de la Suisse - de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques ou par des dispositions de droit interne reprenant le contenu de cette convention. » (voir Conseil fédéral, *06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte*, 13 septembre 2006, FF 2006 7603, p. 7620 s)
- La DDIP a fait référence à la pratique d'autres Etats neutres dans le contexte du droit de la neutralité (Etude de la DDIP du 6 mars 2003 adressée au Centre de politique internationale de sécurité à Genève).

(8) Durée/régularité (projet de conclusion 8, ch. 2)

*Projet de conclusion 8, ch. 2 : « Il n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale. »*

Si la pratique en question ne doit pas exister sur une durée déterminée, il est nécessaire, selon le Rapporteur spécial et conformément à la jurisprudence de la CIJ, « que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des Etats, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme »<sup>333</sup>. De plus, « tous les Etats susceptibles de devenir liés par leur inaction doivent avoir le temps de rejeter telle règle et d'éviter ainsi toute acceptation implicite de leur part »<sup>334</sup>.

Les autorités suisses mentionnent rarement le critère de durée. Cependant, dans certains cas, l'élément temporel a été évoqué<sup>335</sup>.

La notion de pratique « établie » ou « bien établie », et d'autres notions voisines précédemment évoquées en lien avec l'exigence de constance (voir *supra*, (6) et projet de conclusion 8, ch. 1), démontrent aussi que les autorités suisses tiennent compte, de manière implicite et parmi d'autres facteurs pertinents, de la durée d'une pratique donnée, tout en maniant ce critère avec flexibilité.

---

<sup>333</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 44, par. 58.

<sup>334</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 45, par. 58.

<sup>335</sup> Exemples :

- « Cela fait peu de temps que des groupes d'experts, composés de juristes et d'informaticiens, tentent de trouver des réponses à ces questions. (En note : Une conférence internationale d'experts a été organisée à Stockholm du 17 au 19 novembre 2004 dans le but d'ouvrir la discussion sur les CNA et les CND. Lors de cette conférence, il a été établi que le droit international humanitaire s'appliquait également aux 'attaques' contre des réseaux informatiques. Plusieurs problèmes liés à cette nouvelle méthode de guerre ont en outre été identifiés.) Il n'existe d'ailleurs pas encore de pratique bien établie des Etats à ce sujet. » (Avis de droit du 10 mars 2009 conjointement élaboré par l'Office de la justice du Département fédéral de justice et police et par la DDIP)
- « Le droit international coutumier, visé à la lettre b), n'est pas fixé par écrit dans des textes internationaux, mais est issu de la conduite des Etats. Cette conduite doit revêtir une certaine durée et uniformité, et disposer d'un certain champ d'application territorial, pour pouvoir être qualifiée comme étant le droit » (Communication de la DDIP, du 10 janvier 2001 à l'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication. Document inédit)
- L'arrêt du TAF du 2 juillet 2014 A-4771/2012 précise la durée nécessaire pour qu'une pratique puisse être pertinente sous l'angle du droit international coutumier : dix ans ne suffisent pas, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, surtout dans le domaine du droit fiscal. En outre, le simple fait qu'une norme ne serait pas appliquée ne constitue pas, en soi, une norme de droit international coutumier qui contredirait le droit écrit ou mettrait de nouvelles obligations à charge du contribuable. Voir consid. 7.2.2 : « Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, l'applicazione di una norma per una decina di anni soltanto non è sufficiente per formare un diritto consuetudinario, specie nel campo fiscale; la soppressione o la modificazione del diritto fiscale scritto attraverso il diritto consuetudinario è esclusa. La semplice inapplicazione di una norma non costituisce di per sé diritto consuetudinario; è pure inammissibile la formazione di un diritto comune mediante la concessione di deroghe, che avrebbe come conseguenza la modificazione del diritto scritto. Infine per via consuetudinaria non si possono segnatamente mettere a carico dei cittadini nuove imposte od altre obbligazioni fiscali (DTF 94 I 305 consid. 3 e rif.; cfr. Scolari, op. cit., pag. 75) ».

En conclusion, les autorités suisses se réfèrent rarement de manière explicite à la notion de durée et ne fournissent que très peu de précisions quant à la durée requise de la pratique concernée.

## **bb) Pratique nationale (suisse)**

(1) Formes et actes ; action et inaction (projet de conclusion 6, ch. 1)

*Projet de conclusion 6, ch. 1 : « La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle comprend des actes matériels et verbaux. Elle peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction. »*

La pratique suisse en matière de droit international coutumier se manifeste, dans la majeure partie des cas, à travers des actes *verbaux écrits*. C'est donc cette manifestation-là de la pratique suisse qui est identifiée la plupart du temps par les autorités suisses lorsqu'elles déterminent le droit international coutumier.

Ces documents (certains jusqu'alors inédits) publiés dans la « Pratique suisse en matière de droit international public » de la RSDIE comprennent notamment :

- pour le Conseil fédéral : des décisions, des messages relatifs à la modification ou à l'adoption de lois fédérales ou à la ratification de traités internationaux, des rapports (rapports de politique extérieure et leurs annexes, rapports répondant à des postulats) ou encore des réponses écrites à des interventions parlementaires ;
- pour la DDIP : des notes, des notes de discussion, des lettres à des magistrats ou greffiers cantonaux, à des ONG ou à d'autres unités de l'administration fédérale, des communications internes ou adressées à d'autres unités de l'administration fédérale ou cantonale, à des juridictions suisses, à des ambassades étrangères sises en Suisse, à des ambassades suisses sises à l'étranger, à des organisations internationales et à leurs organes, des avis de droit, des études adressées à des institutions académiques ou à d'autres unités de l'administration, des prises de position, des guides ;
- pour les autres unités de l'administration : des décisions, des avis de droit (parfois élaborés conjointement par plusieurs unités) ;
- pour les tribunaux fédéraux et cantonaux : des décisions.

Outre les actes écrits mentionnés, les autorités suisses se sont aussi référées à la doctrine suisse. Il est difficile de considérer, cependant, que ce soit au titre de manifestation de la pratique suisse plutôt que de simple source documentaire d'identification (voir *supra*, II.2.b)).

Dans des cas isolés, cependant, la pratique suisse en matière de droit international coutumier se manifeste à travers des actes *matériels* ou *verbaux oraux*, et notamment :

- pour le Conseil fédéral : des déclarations devant l'Assemblée fédérale ;
- pour le DFAE : des déclarations de représentants de la Suisse auprès des organisations internationales et de leurs organes et sous-unités (commissions de l'Assemblée générale de l'ONU, et la Sixième Commission en particulier, qui traite des questions juridiques de l'Assemblée générale) ;
- pour les autres unités de l'administration fédérale : des plaidoiries des représentants de la Suisse devant la CourEDH ;
- pour l'Assemblée fédérale : des débats parlementaires<sup>336</sup>;
- pour les tribunaux : des propos tenus par certains juges à l'occasion de conférences<sup>337</sup>.

Il convient de noter, cependant, que la plupart de ces actes sont également disponibles sous forme écrite.

Un exemple où l'*inaction* de la Suisse a été prise en compte par les autorités suisses concerne l'absence de ratification de certaines conventions par celle-ci (voir *infra*, (2) et projet de conclusion 6, ch. 2, concernant la conduite relative aux traités ; voir aussi *supra* II.1.a)).

Un autre cas où l'abstention est pertinente concerne les immunités de juridiction, comme l'a précisé le TF en citant sa propre jurisprudence<sup>338</sup>. L'abstention a également été thématifiée sous l'angle de la neutralité, et dans l'éventualité où la Suisse devrait intégrer le Conseil de

---

<sup>336</sup> Voir p.ex. Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports, 'Décision en la cause A. contre l'auditeur en chef concernant la non-ouverture d'une enquête pénale, Crimes de guerre et génocide. Refus d'ouvrir une enquête pénale en Suisse contre un demi-frère de Saddam Hussein', 22 décembre 2003, JAAC 63.50.

<sup>337</sup> Voir p.ex. DFAE/DDIP, 'Accords de promotion et protection des investissements. Qualité d'investisseur octroyée à un Etat et traitement à donner à ses investissements', Avis de droit du 20 novembre 2007, JAAC 2008 du 5 mars 2008, 2008.11 (p. 183-188), p. 187.

<sup>338</sup> « On rappellera ici que l'immunité de juridiction procède d'une attitude de respect entre Etats, chacun s'abstenant de faire juger par ses tribunaux la manière dont un autre exerce ses tâches de souveraineté (cf. ATF 110 II 255, c. 3a). » (Arrêt du TF du 23 novembre 2000 en la cause Société générale de surveillance Holding S.A. c. République Islamique du Pakistan (c. 2). Arrêt non publié).

sécurité des Nations Unies<sup>339</sup>. L'abstention est également pertinente en matière de reconnaissance d'Etats<sup>340</sup>.

En conclusion, les autorités suisses se réfèrent à des actes verbaux et matériels pour identifier la pratique suisse en matière de droit international coutumier. Elles tiennent compte du fait que dans certains cas, la Suisse a manifesté une pratique d'abstention dans des domaines régis par le droit international coutumier.

(2) Manifestations (projet de conclusion 6, ch. 2)

*Projet de conclusion 6, ch. 2 : « Les formes de pratiques étatiques comprennent, sans y être limitées : les actes et la correspondance diplomatiques; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale; la conduite relative aux traités; la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle 'sur le terrain'; les actes législatifs et administratifs; et les décisions des juridictions internes. »*

*L'action et la correspondance diplomatiques* sont rarement mentionnées par les autorités suisses. Cependant, la « Pratique suisse en matière de droit international public » comprend de nombreuses déclarations du représentant de la Suisse devant la sixième commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, ainsi que des communications transmises par des unités de l'administration à des gouvernements et ambassades étrangers.

*Les actes résultant de résolutions adoptées par des organes d'organisations internationales* sont davantage pertinents sous l'angle de leur prise en compte au titre de la pratique internationale (voir *supra*, aa)(2), projet de conclusion 6, ch. 2). Le comportement spécifique de la Suisse à l'égard de tels actes n'est en effet guère mentionné.

---

<sup>339</sup> Voir les extraits suivants :

- « Le droit de la neutralité n'y ferait pas obstacle, car il ne s'applique pas aux mesures décidées en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Une fois décidées, ces mesures sont obligatoires pour la Suisse, sans égard au fait que notre pays soit ou ne soit pas membre du Conseil de sécurité. Pour ce qui est de la prise de décisions, en tant que membre du Conseil, la Suisse aurait toujours la possibilité de s'abstenir lors du vote si, dans un cas particulier, une telle abstention s'avérait nécessaire ou souhaitable. Du point de vue du droit de la neutralité, une telle abstention ne serait pas obligatoire, mais pourrait dans certains cas être indiquée pour des raisons de politique de neutralité. » (Conseil fédéral, 07.058 Rapport de politique étrangère, juin 2007, Annexe 1 : Neutralité, 15 juin 2007, FF 2007 5283, p. 5288)
- Voir également : « Les obligations du droit de la neutralité consistent essentiellement à s'abstenir de toute forme de soutien militaire à un Etat engagé dans un conflit armé international. » (Réponse donnée le 1er octobre 2007 par Mme Micheline Calmy-Rey, Présidente de la Confédération, à une question posée par M. Hans Fehr, député au Conseil National (heure des questions)).

<sup>340</sup> « Dans la pratique actuelle, cependant, on s'abstient généralement de reconnaître des gouvernements. Depuis la Seconde guerre mondiale, la Suisse, elle aussi, ne reconnaît en principe que les Etats et non les gouvernements. » (Extrait d'une note de la DDIP du 17 juin 2009. Document inédit).

Quant à la *conduite de la Suisse relative aux traités*, elle a parfois été mentionnée par les autorités suisses dans le contexte de la détermination du droit international coutumier<sup>341</sup> (voir *supra*, II.1.a)).

Les autorités suisses se sont parfois référées au *comportement « sur le terrain »* de la Suisse en tant qu'Etat et de ses autorités exécutives. Ainsi, dans un avis de droit de la DDIP de 2000, on trouve un compte-rendu du comportement de la police suisse<sup>342</sup>.

Les autorités citent parfois la *législation suisse* en tant qu'elle reprend ou contient des renvois à certaines dispositions du droit international coutumier, ou en tant qu'elle est conforme à celui-ci<sup>343</sup>. Ces dernières références ne traduisent toutefois pas principalement une conception selon laquelle la législation suisse serait un élément d'identification de la pratique étatique.

---

<sup>341</sup> Exemples :

- « A ce stade, la Suisse n'a pas ratifié [la Convention de l'ONU du 4 décembre 1989 contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires]. La question de la ratification n'était pas prioritaire dans les années 1990, d'autant que les avis divergeaient déjà à l'époque quant à son efficacité. La convention ne reflète pas un droit international public coutumier, comme le souligne le nombre réduit des ratifications. » (Conseil fédéral, *Rapport sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées (donnant suite au postulat Stähelin 04.3267 du 1er juin 2004. Entreprises privées chargées de tâches de sécurité)*, 2 décembre 2005, FF 2006 631, p. 676)
- « La quasi-totalité des Etats ont ratifié les conventions de Genève, et les protocoles additionnels sont aussi contraignants pour une large majorité d'Etats, dont la Suisse. Les conventions de La Haye, elles aussi, sont largement reconnues. De fait, une part assez importante des obligations du droit international humanitaire émane du droit international public coutumier. Toutefois, les dispositions de droit international humanitaire applicables aux conflits internationaux armés sont nettement plus nombreuses et détaillées que celles visant les conflits domestiques. » (Conseil fédéral, *Rapport sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées (donnant suite au postulat Stähelin 04.3267 du 1er juin 2004. Entreprises privées chargées de tâches de sécurité)*, 2 décembre 2005, FF 2006 631, p. 677).

<sup>342</sup> Avis de droit de la DDIP adressé le 13 novembre 2000 à l'Office fédéral de la police du Département fédéral de justice et police (document inédit), *La pratique suisse en matière de droit international public 2000*, RSDIE 2001, chapitre 7.1

<sup>343</sup> Exemples :

- Les autorités ont parfois cité des dispositions du Code pénal militaire suisse :
  - « L'art. 109, al. 1, CPM constitue une norme générale couvrant en principe aujourd'hui déjà toutes les conventions dans le domaine du droit international humanitaire ainsi que le droit coutumier reconnu. Cette norme peut également inclure les conventions et évolutions ultérieures du droit (En note : Cf. Kurt Hauri, *Kommentar zum Militärstrafgesetz*, Berne 1983, p. 365; Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil*, Saint-Gall 1992, p. 545 ss.). » (Décision prise le 22 décembre 2003 par le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports en la cause *B. c. Auditeur en chef de l'Armée*)
  - « Seul le droit international coutumier et les conventions internationales ratifiées par elle représentent en effet pour la Suisse des sources de droit déterminantes. C'est sur ces sources juridiques que sont fondées les modifications du CP et du CPM qui font l'objet du présent projet. » (Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3470)
- Le Code pénal suisse, lui aussi, est parfois mentionné en tant qu'il permet de poursuivre la violation de certaines normes de droit international coutumier :
  - « Notons qu'en principe, il serait possible de fonder la compétence de poursuivre un crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité sur l'art. 7, al. 2, let. b, CP, que le Parlement a adopté dans le cadre de la modification du CP du 13 décembre 2002. Cette disposition permet en effet, par l'application du principe de la compétence universelle subsidiaire, de punir en Suisse les crimes particulièrement graves proscrits par la communauté internationale, dont font partie les crimes contre l'humanité réprimés par le droit international coutumier. » (Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue*

Pour ce qui concerne la *conduite exécutive*, y compris la conduite opérationnelle « sur le terrain », on peut d’abord mentionner les *publications officielles dans le domaine du droit international*. La « Pratique suisse en matière de droit international public » par exemple contient certains documents de la DDIP qui s’adressent aux ambassades suisses<sup>344</sup>. Ces documents ne sont toutefois guère mentionnés par les autorités elles-mêmes. Deuxièmement, les *déclarations faites au nom d’Etats concernant telle ou telle entreprise de codification*, dans la mesure où elles concernent la Suisse, sont elles aussi souvent reproduites dans la « Pratique suisse en matière de droit international public » sans faire l’objet d’une mention particulière dans la pratique de détermination du droit international coutumier des autorités suisses.

Il est fréquent que les autorités suisses renvoient à la *jurisprudence des tribunaux suisses* pour attester du caractère coutumier d’une norme. Tel est avant tout le cas dans le domaine des immunités ou encore en ce qui concerne la relation entre droit suisse et droit international. Les tribunaux suisses en particulier sont particulièrement enclins à se référer à la jurisprudence suisse. Le recours aux décisions judiciaires suisses a été mentionné précédemment au titre de source d’identification du droit international coutumier (voir *supra*, II.2.a)bb)(1)).

De manière générale, il convient de souligner que les autorités suisses renvoient très souvent principalement, voire uniquement à leur propre pratique, conçue comme un élément permettant d’identifier l’existence de la pratique constitutive d’une norme de droit

---

*de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3547)

- Enfin, dans certains cas, la législation suisse est citée en tant qu’elle est conforme au droit international coutumier :
  - « L’article 7 [des Conventions V et XIII de La Haye], contrairement à ce que son texte pourrait porter à croire, n’est pas interprété de manière extensive non plus. La doctrine (En note : (A. STEINKAMM,) *War Materials*, in: (R. Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Q-Z, Amsterdam 2000), p. 1389.) aussi bien que la pratique suisse partent d’une conception plus étroite de la notion de ‘matériel de guerre’ dans le cadre du droit de la neutralité. C’est ainsi que le Conseil fédéral, dans son Rapport sur la neutralité pour 1993, définit le ‘matériel de guerre’ dans le contexte des articles 7 et 9 de la convention V de La Haye comme étant des ‘biens qui sont, par nature, destinés exclusivement ou essentiellement à des buts militaires’. (En note : Rapport sur la neutralité joint au Rapport du Conseil fédéral sur la politique extérieure de la Suisse dans les années 90, du 29 novembre 1993 (FF 1993 I 200, 226, Pratique suisse 1993, n°11.1, RSDIE, 4 e année, 1994, p. 637).) Le législateur suisse donne lui aussi une portée limitée à cette notion. » (Communication faite par la DDIP au Secrétariat politique du DFAE et datée du 17 juillet 2007)
  - « En Suisse, le législateur a regroupé dans la Loi [fédérale] sur l’Etat hôte du 22 juin 2007 (LEH; RS 192.12) les règles découlant du droit international coutumier relatives aux privilèges et aux immunités (cf. Message relatif à la loi fédérale sur l’Etat hôte du 13 septembre 2006, FF 2006, p. 7604). » (TF, arrêt 4A\_331/2014 du 31 octobre 2014, consid. 3.3)
  - « Selon les principes qui ressortent des courants de doctrine et de jurisprudence exposés plus haut (*supra*, c. 5.3.3 à 5.3.6), une réponse affirmative à cette question ne fait plus l’unanimité. Il est en effet généralement reconnu que l’interdiction des crimes graves contre l’humanité, notamment en cas de torture, à un caractère coutumier. Cette approche est partagée par le législateur suisse, pour qui ‘l’interdiction du génocide, des crimes contre l’humanité et des crimes de guerre est de nature impérative (jus cogens)’. » (TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012, consid. 5.4.3)

<sup>344</sup> Exemple : Communication faite le 26 juin 2009 à l’ambassade de Suisse dans l’Etat X.

international coutumier. Cette forme d'autoréférence est en fait très fréquente dans la pratique de détermination du droit international coutumier des autorités suisses<sup>345</sup> (concernant l'utilisation de la jurisprudence suisse en particulier, voir *supra*, II.2.a)bb)(1)).

---

<sup>345</sup> Exemples (parmi de nombreux autres) :

- « Se fondant sur le droit international coutumier autant que sur sa propre pratique, la Suisse applique le principe de l'immunité (limitée) de juridiction des Etats étrangers » (Prise de position de la DDIP du 31 décembre 2010. Document inédit)
- En matière de droit international humanitaire, l'administration fédérale a exposé, dans une décision de 2003, la « pratique des autorités suisses relative à la question de la nécessité de la présence d'une personne suspecte », conforme aux Conventions de Genève. Elle y mentionne le Conseil fédéral, le Tribunal fédéral, la doctrine et les débats parlementaires (Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports, 'Décision en la cause A. contre l'auditeur en chef concernant la non-ouverture d'une enquête pénale, Crimes de guerre et génocide. Refus d'ouvrir une enquête pénale en Suisse contre un demi-frère de Saddam Hussein', 22 décembre 2003, JAAC 63.50).
- Dans un avis de droit de la DDIP définissant la compétence des représentations étrangères en matière d'état civil et de légalisation d'actes officiels, la DDIP s'appuie sur la pratique du DFAE : « S'agissant de l'accomplissement de fonctions d'officiers d'état civil par des représentations diplomatiques et consulaires en Suisse, la pratique suisse actuelle est claire et trouve son expression dans la note générale adressée le 8 février 1995 à toutes les représentations étrangères accréditées en Suisse » (Communication de la DDIP à l'Office de l'état civil du Département fédéral de justice et police, du 6 février 2006)
- « La pratique suisse déduite du droit des gens pose trois conditions cumulatives à l'exécution forcée sur les biens d'un Etat étranger (cf. Directives concernant le séquestre de biens d'Etats étrangers, Lettre du Département fédéral de justice et police du 8 juillet 1986 aux gouvernements cantonaux, B1SchK 1986 p. 234 ss; OCHSNER, Commentaire romand, Poursuite et faillite, n. 181-184 ad art. 92 LP). » (ATF 134 III 122, consid. 5.2)
- Voir aussi TF, arrêt 5A\_618/2007 du 10 janvier 2008, consid. 3 : « Ainsi que l'a jugé récemment le Tribunal fédéral (arrêt 7B.2/2007 du 15 août 2007, destiné à la publication, consid. 5.1 et 5.2), c'est en vertu des principes généraux du droit des gens qu'il convient d'examiner le moyen de la recourante tiré de l'immunité d'exécution. La pratique suisse déduite du droit des gens pose trois conditions cumulatives à l'exécution forcée sur les biens d'un Etat étranger. »
- Dans l'ATF 139 V 263, le TF précise que la Convention de Vienne sur la succession d'Etats de 1978, non ratifiée par la Suisse, codifie des règles qui, en partie, diffèrent du droit international coutumier; il déclare que la Suisse considère qu'il n'existe pas de pratique suffisamment uniforme en ce qui concerne certains aspects de la Convention, et se réfère à la doctrine et à la pratique suisse du droit international public. Certains articles de la Convention ont été appliqués par le TF par le passé, mais ceux-ci étaient considérés comme moins problématiques car reflétant largement la pratique existante. Le TF mentionne également la pratique (pragmatique et orientée à des considérations pratiques) qui s'est établie en Suisse à ce sujet.
- ATF 132 II 65, consid. 3.4.1 : « Das Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111), das für die Schweiz am 6. Juni 1990 und für die Ukraine am 13. Juni 1986 in Kraft getreten ist, lässt gemäss seinem Art. 73 Fragen unberührt, die sich hinsichtlich eines Vertrages aus der Nachfolge von Staaten ergeben können. In BGE 105 Ib 286 E. 1c S. 291 hat das Bundesgericht festgehalten, es könne nicht auf eine gewohnheitsrechtliche Regel geschlossen werden, wonach Verträge, die ein Gebietsvorgänger abgeschlossen hat, ohne weiteres im Verhältnis zwischen einem neu entstandenen Staat und der Gegenpartei des Gebietsvorgängers Gültigkeit behalten. (...) » L'arrêt se réfère également à la « Pratique suisse en matière de droit international public » de la RSDIE.
- ATF 130 III 430, consid. 3.4.2 (au sujet du domaine des relations diplomatiques et consulaires) : « Nach der schweizerischen Praxis auf dem Gebiet der diplomatischen Beziehungen, die, wie der Antwort des Bundesrats zu entnehmen ist, von den Vereinten Nationen als rechtmässig anerkannt wird, besteht somit gegenüber den Mitgliedern von Ständigen Missionen bei den internationalen Organisationen in Genf die Befugnis, im Falle des Missbrauchs diplomatischer Vorrechte und Immunitäten, insbesondere bei nicht bezahlten Schulden von erheblichem Umfang, die Ausweisung anzuordnen. Mit der Ausweisung verbunden ist die Aberkennung der diplomatischen Immunität (vgl. SALMON, a.a.O., N. 707; SEIDL-HOHENVELDERN/LOIBL, a.a.O., N. 1935). ».

On peut en fait identifier un risque de circularité dans cette pratique dans la mesure où les différentes autorités suisses de détermination de la coutume se réfèrent parfois à leur propre pratique de détermination antérieure et notamment à une « jurisprudence constante », considérée alors comme un élément privilégié de détermination de la norme de droit international coutumier en question, voire comme l'un de ses éléments constitutifs<sup>346</sup> lorsque

---

<sup>346</sup> Exemples :

- Tribunal fédéral
  - De manière générale, le TF se réfère très souvent à sa propre jurisprudence dans des affaires qui concernent le droit international coutumier ; les exemples dans la jurisprudence sont nombreux.
  - Le TF s'est référé à sa propre jurisprudence concernant ce qui peut être déduit ou non du droit international coutumier (voir p.ex. TF, arrêt 2A.432/1999 du 12 avril 2000, consid. 1 b)).
  - Voir aussi TF, arrêt 2C\_201/2011 du 7 octobre 2011, et TF, arrêt 2C\_197/2011 du 22 mars 2011, où le TF se réfère à sa propre « jurisprudence constante » en matière de ce que permet ou interdit le droit international coutumier concernant l'exercice de la puissance publique d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat (consid. 2.1).
  - Voir également TF, arrêt 2C\_265/2012 du 22 mars 2012, consid. 2 : « Le droit international coutumier exclut tout exercice de la puissance publique d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat sans le consentement de ce dernier (arrêts 2C\_201/2011 du 7 octobre 2011, consid. 2.1; 2C\_197/2011 du 22 mars 2011, consid. 2; 2A.49/1992 du 26 novembre 1992, consid. 2b in RDAT 1993 I n° 68 p. 175; cf. également LUZIUS CAFLISCH, Pratique suisse 1986, in ASDI 1987, p. 175) »
  - Voir aussi ATF 137 IV 33, consid. 9.4.3 : « Selon la jurisprudence, les Etats se doivent de respecter réciproquement leur souveraineté. Les actes de puissance publique accomplis par un Etat ou par ses agents sur le territoire d'un autre sans le consentement de ce dernier sont inadmissibles (ATF 133 I 234 consid. 2.5.1 p. 239). (...) Les mesures de contrainte de nature à porter atteinte à la souveraineté d'un Etat et au principe de non-ingérence qui en découle, ne peuvent donc, dans la règle, être prises qu'en vertu du droit international (traité, accord bilatéral, droit international coutumier) ou, à défaut, en vertu du consentement préalable de l'Etat concerné dans le respect des règles internationales régissant l'entraide judiciaire (arrêt 1B\_57/ 2008 du 2 juin 2008 consid. 3.1 et les références citées). »
  - Voir également l'ATF 139 V 263, consid. 4.2.4, où le TF se réfère à sa propre jurisprudence constante pour affirmer qu'il n'existe pas, en vertu du droit international coutumier, de succession automatique des conventions internationales : « Gemäss langjähriger Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht keine völkerrechtliche Gewohnheitsregel, wonach Verträge, die ein Gebietsvorgänger abgeschlossen hat, ohne Weiteres im Verhältnis zwischen einem neu entstandenen Staat und der Gegenpartei des Gebietsvorgängers ihre Gültigkeit behalten (BGE 132 II 65 E. 3.4.1 S. 71 mit Hinweisen). »
  - Voir aussi ATF 132 II 65, consid. 3.4.1 : « In BGE 105 Ib 286 E. 1c S. 291 hat das Bundesgericht festgehalten, es könne nicht auf eine gewohnheitsrechtliche Regel geschlossen werden, wonach Verträge, die ein Gebietsvorgänger abgeschlossen hat, ohne weiteres im Verhältnis zwischen einem neu entstandenen Staat und der Gegenpartei des Gebietsvorgängers Gültigkeit behalten. »
  - Comme mentionné précédemment, l'auto-référence est particulièrement fréquente en matière d'immunités, voir p.ex. arrêt du TF du 17 janvier 2003 en l'affaire République X. c. A., consid. 3.3 : « N'en déplaise à la requérante, il convient donc, conformément à la jurisprudence précitée, de résoudre la question de la compétence des autorités suisses non pas en application de l'article 5 de la convention sur l'immunité, mais à la lumière des règles générales du droit international public relatives à l'immunité de juridiction (ATF 124 III 382, c. 4a76, telles que dégagées par la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui ne fait que refléter l'état actuel de l'évolution des conceptions dans le domaine considéré (ATF 120 II 400, c. 3d *in fine*). »
  - Voir aussi ATF 130 III 136, consid. 2.1 : « Dès 1918, le Tribunal fédéral s'est rallié à cette conception restreinte ou restrictive de l'immunité des Etats, le critère de la nature intrinsèque de l'opération envisagée étant déterminant pour savoir si l'acte fondant la créance litigieuse relève de la puissance publique ou s'il s'agit d'un rapport juridique inscrit dans une activité

---

économique privée, l'Etat étranger intervenant par ses organes dans cette dernière au même titre qu'un particulier (ATF 124 III 382 consid. 4a p. 388/389 et les références; MÜLLER/WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2001, p. 444/445; MALCOLM N. SHAW, *International law*, 4<sup>e</sup> éd., Cambridge 1997, p. 500/501). »

- Voir aussi : « Abbondanzialmente si può ancora osservare che questa conclusione è in armonia con le disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite del 2 dicembre 2004 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, che non è ancora in vigore, ma la Svizzera l'ha ratifiée le 16 avril 2010 ed essa si propone di codificare le regole del diritto international consuetudinario (DTF 134 III 122 consid. 5.1 pag. 128; cfr. anche Jérôme Candrian, *La Convention des Nations Unies sur les immunités Juridictionnelles des états et de leurs biens*, in SJ 2006 n. 2, pag. 95-139, in particolare pag. 107). » (TF, arrêt 4A\_541/2009 du 8 juin 2010, consid. 5.5).
- Autres tribunaux suisses
  - Le TAF s'est souvent référé à la jurisprudence du TF en matière de droit des traités (voir p.ex. TAF, arrêt A-4013/2010 du 15 juillet 2010, consid. 4).
  - Voir aussi TAF, arrêt C-6096/2012 du 6 février 2015, consid. 5.2.2, concernant la souveraineté étatique en matière de passeports (citation de la jurisprudence du TAF)
  - « La jurisprudence a déjà eu l'occasion de préciser que dans le domaine de l'immunité de la juridiction pénale, les principes du droit des gens font partie intégrante du droit interne suisse. (...) Selon ces principes, l'immunité des chefs d'Etats est une institution de droit international coutumier. » (TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012, consid. 5.3)
- DDIP
  - La DDIP s'est appuyée sur sa propre pratique en matière d'état civil et de légalisation d'actes officiels (Communication de la DDIP à l'Office de l'état civil du Département fédéral de justice et police, du 6 février 2006).
  - La DDIP s'est également référée à sa propre pratique concernant le caractère coutumier du principe de non-refoulement. Elle cite également le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral (DDIP, 20 juillet 1999).
  - La DDIP s'est référée à sa propre pratique en matière de droit international humanitaire : « Cela vaut en premier lieu pour l'article commun aux quatre conventions de Genève, selon lequel les Etats Parties doivent, sur leur territoire, respecter des normes minimales en matière de traitement respectueux de la dignité humaine des personnes qui ne participent pas aux hostilités. Le caractère coutumier de cette disposition fondamentale a été confirmée (sic) aussi bien par la Cour internationale de Justice (CIJ) que par les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (Note omise). Sa violation constitue une infraction au droit international contraignant (jus cogens) (Note omise), comme précise également une note de la Direction du droit international public du 23 mars 1998 (En note : Pratique suisse 1998, n° 10.1, RSDIE, vol. 9, 1999, p. 708). » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale du 17 juillet 1998*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 488).
- Conseil fédéral
  - Le Conseil fédéral se réfère lui aussi à ses propres déclarations concernant le droit international coutumier. Voir p.ex. Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3474 : « Le fait que l'on reconnaisse à une norme de droit international le caractère d'une règle de droit coutumier signifie que la communauté internationale doit l'accepter et l'appliquer indépendamment de son fondement conventionnel (En note : Cf. le message du 31 mars 1999 relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal, FF 1999 4915 s.) »
  - Dans son Message relatif à la loi sur l'Etat hôte, le Conseil fédéral détaille la pratique suisse, en particulier la sienne et celle de l'administration fédérale. Voir p.ex. Conseil fédéral, *06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte*, 13 septembre 2006, FF 2006 7603, p. 7634 : « La situation des domestiques privés des internationaux au regard des assurances sociales a suscité des questions dans le cadre de la (procédure de) consultation, s'agissant de trouver le moyen de protéger cette catégorie de travailleurs. La Directive du DFAE sur l'engagement des domestiques privés par les membres du personnel des missions diplomatiques, des missions permanentes, des postes consulaires et des organisations internationales en Suisse a été mise à jour le 1er mai 2006 (En note : La Directive peut être consultée aux adresses Internet suivantes:

l'identification antérieure devient formation du droit international coutumier (concernant une telle circularité dans le contexte de l'*opinio juris*, voir *infra*, b)bb)). Un autre risque inhérent à l'autoréférence est de freiner l'évolution de la formation du droit international coutumier ou du moins de sa détermination<sup>347</sup>.

En conclusion, les autorités suisses font référence à la plupart des éléments mentionnés dans le projet de conclusion 6, ch. 2 dans leur pratique d'identification de la pratique nationale constitutive du droit international coutumier.

---

[www.dfae.admin.ch/geneva\\_miss/f/home/guide/dir.html](http://www.dfae.admin.ch/geneva_miss/f/home/guide/dir.html) et [www.dfae.admin.ch/protocole/](http://www.dfae.admin.ch/protocole/)); elle précise que les domestiques privés sont en principe affiliés obligatoirement en Suisse aux assurances sociales, à moins de pouvoir, en vertu du droit international applicable, être affiliés à la sécurité sociale d'un autre Etat. » Voir aussi p. 7639 : « S'agissant des conférences internationales, le Conseil fédéral a pour pratique de décider sur une base unilatérale le statut qu'il y a lieu d'accorder à une conférence et à ses participants en l'absence d'un accord de siège avec l'entité organisatrice ou d'un traité international comportant des obligations à la charge de l'Etat hôte. En règle générale, le DFAE confirme par écrit à l'organisateur de la conférence l'octroi des privilèges et immunités d'usage, soit, selon la pratique actuelle, l'application à la conférence et à ses participants de la convention sur les missions spéciales et, pour le secrétariat de la conférence, l'application par analogie des dispositions pertinentes de l'accord de siège régissant le statut juridique de l'ONU en Suisse. » Le Conseil fédéral mentionne également la constance de sa pratique « en application de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (En note : RS 0.191.01), de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (En note : RS 0.191.02) et de la Convention sur les missions spéciales (En note : RS 0.101.2), et telle que reflétée par les accords de siège, les accords de nature fiscale et les différentes décisions unilatérales qu'il a adoptées » (Conseil fédéral, *06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte*, 13 septembre 2006, FF 2006 7603, p. 7630)

- « Certaines obligations internationales fondamentales résultent cependant du droit international coutumier ou des principes généraux de droit. (En note : Voir, pour plus de détails, le rapport du 5.3.2010, ch. 4). » (Conseil fédéral, *Rapport additionnel au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne*, 30 mars 2011, FF 2011 3401, p. 3411)
- Dans certains cas, la pratique de l'exécutif semble toutefois guidée par la pratique (et la doctrine) *internationale* : « Au fil des années, le CICR s'est vu reconnaître par le Conseil fédéral un statut semblable à celui d'une organisation intergouvernementale dans des domaines déterminés, se ralliant à l'avis de la doctrine qui assimile de plus en plus le CICR à une organisation internationale. Ce sont donc la qualité de sujet du droit international du CICR et son assimilation à une organisation intergouvernementale sur le plan international qui ont conduit le Conseil fédéral à conclure avec lui un accord de siège. » (Communication faite par la DDIP le 3 mars 2003 à l'Ambassade de Suisse dans l'Etat T.)
- La coutume nationale peut parfois être pertinente pour la pratique des autorités suisses sur le plan international. Voir p.ex. la conclusion par le Conseil fédéral de traités d'importance mineure en application du droit coutumier suisse : « L'idée selon laquelle le Conseil fédéral peut conclure seul certains traités internationaux de portée mineure n'est pas nouvelle. Sous le régime de la Constitution de 1874, le Conseil fédéral s'appuyait sur le droit coutumier pour conclure lui-même, c'est-à-dire sans approbation parlementaire, un grand nombre de traités internationaux. » (Conseil fédéral, *12.069 Message concernant la loi fédérale sur la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure et sur l'application provisoire des traités internationaux (Modification de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration et de la loi sur le Parlement)*, 4 juillet 2012, FF 2012 6959, p. 6967).

<sup>347</sup> Voir Sterling-Zanda, 'The Determination of Customary International Law in European Courts', *op.cit.*, p. 9 surtout en lien avec le précédent judiciaire entre tribunaux inférieurs et supérieurs.

(3) Hiérarchie (projet de conclusion 6, ch. 3)

*Projet de conclusion 6, ch. 3 : « Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique. »*

Comme mentionné dans le cadre de l'identification de la pratique internationale (voir *supra*, aa)(3) et projet de conclusion 6, ch. 3), les autorités suisses donnent davantage de poids à certaines formes ou reflets de la pratique selon le domaine matériel du droit international coutumier considéré.

Si les autorités judiciaires suisses ont particulièrement tendance à citer leurs propres décisions, de telles autoréférences peuvent être observées pour toutes les autorités suisses. Elles ne traduisent pas une hiérarchisation des formes de pratique.

En conclusion, les autorités suisses ne semblent pas admettre de hiérarchie particulière entre les différentes manifestations de la pratique suisse constitutive du droit international coutumier.

(4) Cohésion (projet de conclusion 7)

*Projet de conclusion 7, ch. 1 : « Il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de l'État, laquelle doit être appréciée dans son ensemble. »*

*Projet de conclusion 7, ch. 2 : « Lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit. »*

Souvent, les autorités suisses se réfèrent à la pratique de la « Suisse » en tant qu'Etat, sans apporter davantage de précisions quant aux prises de position de ses différents organes<sup>348</sup>.

Une explication de cet état de choses tient certainement au fait que les divergences entre les autorités suisses en la matière sont extrêmement rares (voir *supra*, I.1.d)). Au contraire, les autorités suisses ont souvent mis en évidence la convergence de leurs pratiques de détermination respectives par le biais de références croisées (voir *supra*, I.1.d)). En fait, la tendance à l'autoréférence, y compris dans la détermination du droit international coutumier, permet d'éviter les dissonances entre autorités de détermination (voir *supra*, (2)).

En conclusion, les autorités suisses ne semblent guère procéder à une appréciation d'ensemble de la pratique des différentes autorités suisses.

---

<sup>348</sup> Exemple :

- Communication de la DDIP au Secrétariat du CAHDI du Conseil de l'Europe du 22 août 2013 : « La Suisse considère que l'article 16 de la convention européenne [sur l'immunité des Etats] est de droit coutumier. ».

(5) Généralité (projet de conclusion 8, ch. 1)

*Projet de conclusion 8, ch. 1 : « La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante. »*

Etant donné que le critère de généralité se réfère au nombre d'Etats manifestant la pratique en question, celui-ci n'est pas pertinent sous l'angle des références des autorités suisses à la pratique de la Suisse.

(6) Constance/cohérence (projet de conclusion 8, ch. 1)

*Projet de conclusion 8, ch. 1 : « La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante. »*

La constance de la pratique des autorités suisses a été soulignée par celles-ci à de nombreuses reprises. Elle ne concerne pas uniquement la jurisprudence, mais aussi la pratique d'autres autorités<sup>349</sup>.

---

<sup>349</sup> Exemples :

- TF, arrêt 2C\_201/2011 du 7 octobre 2011, et TF, arrêt 2C\_197/2011 du 22 mars 2011 : le TF se réfère à sa propre « jurisprudence constante » quant à ce que permet ou exclut le droit international coutumier concernant l'exercice de la puissance publique d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat (consid. 2.1).
- Voir également l'ATF 139 V 263, consid. 4.2.4, où le TF se réfère à sa propre jurisprudence constante pour affirmer qu'il n'existe pas, en vertu du droit international coutumier, de succession automatique des conventions internationales : « Gemäss langjähriger Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht keine völkerrechtliche Gewohnheitsregel, wonach Verträge, die ein Gebietsvorgänger abgeschlossen hat, ohne Weiteres im Verhältnis zwischen einem neu entstandenen Staat und der Gegenpartei des Gebietsvorgängers ihre Gültigkeit behalten (BGE 132 II 65 E. 3.4.1 S. 71 mit Hinweisen). »
- Concernant la question de la nécessité de poursuivre des violations de certaines normes de droit international coutumier et la pratique suisse y-relative : « La pratique des autorités suisses relative à la question de la nécessité de la présence d'une personne suspecte a suivi l'interprétation des dispositions des conventions de Genève mentionnée ci-dessus. Le Conseil fédéral a récemment exposé cette pratique dans son message du 22 janvier 2003 concernant la modification de la procédure pénale militaire/Protection des témoins (...) La version allemande de ce passage renvoie avec plus de précision encore que la version française à la pratique des autorités concernées et à la doctrine (...) Par ailleurs, cette pratique constante a également été évoquée au cours des débats parlementaires au sujet de ce projet. » (Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports, 'Décision en la cause A. contre l'auditeur en chef concernant la non-ouverture d'une enquête pénale, Crimes de guerre et génocide. Refus d'ouvrir une enquête pénale en Suisse contre un demi-frère de Saddam Hussein', 22 décembre 2003, JAAC 63.50)
- « *Personnel de service de carrière et personnel de service 'local'*: le droit applicable est celui qui est fixé dans le contrat de travail. En l'absence d'une clause explicite dans le contrat de travail ou en l'absence de contrat écrit de travail (en particulier pour le personnel de service 'local') ou lorsque le droit étranger (certaines de ses clauses) est considéré comme contraire à l'ordre juridique suisse, les tribunaux suisses appliquent, de jurisprudence constante, le droit suisse lorsqu'il s'agit de personnel subalterne. (...) *Etat*: de jurisprudence constante, les tribunaux suisses considèrent que l'Etat jouit d'une *immunité de juridiction relative*. » (Note de la DDIP du 16 mai 2006)
- « Cette jurisprudence constante du TF (En note : ATF 7B.2/2007, c. 5.2.3) est consacrée à l'article 92, alinéa premier, chiffre 11, LP.5 » (DFAE/DDIP, 'Caractère insaisissable des droits de survol au vu de la théorie des immunités', Avis de droit du 3 juillet 2009, JAAC 2/2010 du 3 août 2010, 2010.7 (p. 75-79), p. 77)
- « La Suisse a toujours été en mesure de reconnaître une personnalité juridique internationale limitée à l'OSCE pour lui permettre de réaliser ses objectifs. Le Conseil fédéral a conclu un accord de siège avec

L'élément de constance semble d'ailleurs être utilisé comme un argument permettant de renforcer le poids de la pratique suisse tant sur le plan national que sur le plan international dans l'identification des éléments constitutifs de la coutume. Les autorités suisses ont parfois utilisé la notion d'homogénéité pour s'y référer<sup>350</sup>.

En conclusion, la constance de la pratique des autorités suisses est très souvent mentionnée dans le contexte du droit international coutumier.

(7) Représentativité (projet de conclusion 8, ch. 1)

*Projet de conclusion 8, ch. 1 : « La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante. »*

La pratique de détermination du droit international coutumier des autorités suisses suggère qu'elles considèrent que la Suisse a la qualité d'un Etat particulièrement intéressé dans

---

la Cour OSCE qui a son siège à Genève (En note : Accord du 17 novembre 1997 (RS 0.192.120.193.1). » (Note de la DDIP du 24 novembre 2006)

- « La pratique constante du Conseil fédéral, en application de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (En note : RS 0.191.01), de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (En note : RS 0.191.02) et de la Convention sur les missions spéciales (En note : RS 0.101.2), et telle que reflétée par les accords de siège, les accords de nature fiscale et les différentes décisions unilatérales qu'il a adoptées » (Conseil fédéral, *06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte*, 13 septembre 2006, FF 2006 7603, p. 7630)
- « Le Tribunal fédéral s'est rallié à la conception restrictive de l'immunité des Etats dès 1918 (ATF 44 I 49) et s'y est tenu par la suite (En note : Pour une revue détaillée de la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière, voir L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales: la Pratique Suisse, par Dominique Favre, Juge au Tribunal fédéral, in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Paris (Pedone) 2004, p. 43 à 55.) (...) Cette jurisprudence constante a été intégrée dans la LP à l'occasion de sa révision d'ensemble de 1991 (En note : Art. 92, al. 1, ch. 11, LP (voir à ce sujet le message du Conseil fédéral du 8 mai 1991 concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, FF 1991 III 1, p. 94 à 95) » (Conseil fédéral, *09.024 Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention de l'ONU sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, 25 février 2009, FF 2009 1443, p. 1450)
- « La Suisse a toujours privilégié la reconnaissance explicite à travers une déclaration officielle de reconnaissance approuvée par le Conseil fédéral » (Note de la DDIP du 15 juillet 2003 à l'intention de la Division politique II du DFAE ; voir aussi Conseil fédéral, *07.058 Rapport de politique étrangère, juin 2007, Annexe 1 : Neutralité*, 15 juin 2007, FF 2007 5283, p. 5285)
- « La Suisse a toujours tenu une ligne claire et cohérente en matière de reconnaissance d'Etats. Sa pratique est guidée par le droit international et tient compte de la position adoptée par des pays partageant les mêmes vues » (Réponse donné (sic) le 14 mai 2008 par le Conseil fédéral à une question posée le 3 mars 2008 par M. Jean- Pierre Graber, député au Conseil National. BO CN 2008, Annexes, p. 184. Voir également la réponse donnée, le même jour, par le Conseil fédéral à une interpellation déposée le 5 mars 2008 par M. Daniel Vischer, député au Conseil National. BO CN 2008, Annexes, pp. 200-202)
- « Depuis 1950, la pratique constante de la Suisse consiste à ne reconnaître en principe que les Etats et non les gouvernements. » (Note de la DDIP du 26 mars 2008).

<sup>350</sup> Dans un avis de 2009, la DDIP mentionne le fait que la pratique (suisse) en matière de détermination de la nationalité des entreprises dans le contexte de la protection diplomatique n'a pas toujours été très homogène : « Pour déterminer la nationalité d'une société dans le cadre des APPI, il faut se référer à la notion d'investisseur qui fait l'objet d'une définition dans les accords bilatéraux conclus par la Suisse. La pratique suisse en matière d'APPI n'a pas toujours été homogène. En effet, les critères de rattachement ont été appliqués de manière alternative au gré des accords conclus. » (Avis de droit de la DDIP du 21 juillet 2009. Document inédit).

certaines domaines du droit international coutumier, comme le droit de la neutralité, le droit international humanitaire ou le droit des immunités (voir aussi *supra*, B.V et I.3). Elles en concluent que sa pratique doit faire partie de celle des Etats à considérer dans la détermination de la coutume et notamment pour que cette pratique puisse être considérée comme suffisamment représentative.

C'est ce dont attestent plusieurs rapports du Conseil fédéral<sup>351</sup>. Les déclarations du représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, notamment, expriment l'engagement politique de la Suisse dans différents domaines du droit international coutumier, comme le droit des immunités, le droit international humanitaire (concernant les liens entre la Suisse et le CICR, voir *supra*, II.2.d)) ou encore le droit de la responsabilité internationale<sup>352</sup>. Dans de rares cas, cependant, les autorités suisses

---

<sup>351</sup> Voir notamment les exemples suivants :

- En droit international humanitaire, le Conseil fédéral a mentionné l'engagement de la Suisse, au vu des « progrès technologiques énormes réalisés dans ce domaine », en faveur de l'élaboration d' « un manuel sur la conduite de la guerre aérienne et l'utilisation de roquettes, un projet dirigé par le HCPR » et qui s'inspire du Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer (Conseil fédéral, 07.058 – *Rapport de politique étrangère, juin 2007, Annexe 3 : Guerre asymétrique et droit international humanitaire, possibilités de développement*, 15 juin 2007, FF 2007 5301, p. 5313).
- Voir également le rapport de politique extérieure 2009, qui confirme qu'en vue de l'élaboration de cet *Air and Missile Warfare Manual*, « un groupe d'experts renommés a été chargé d'élaborer un manuel et un commentaire reflétant le droit coutumier applicable à la guerre aérienne et à la guerre des missiles. » (Conseil fédéral, 09.052 *Rapport sur la politique extérieure 2009, 2 septembre 2009*, FF 2009 5673, p. 5808)
- En matière d'immunités, le Conseil fédéral précise : « Compte tenu du statut de la Genève internationale, qui accueille de nombreuses conférences internationales, la Suisse attache une grande importance à cette thématique de droit international. Elle a ainsi saisi l'occasion de ces séances pour informer les membres du comité sur la législation suisse et sa mise en œuvre et pour discuter de problématiques actuelles concernant les privilèges et les immunités dans le contexte du droit international coutumier. » (Conseil fédéral, 15.009 *Rapport sur la politique extérieure 2014*, 14 janvier 2015, FF 2015 987, p. 1129)
- De même, le Conseil fédéral note que « [l]a Suisse a un intérêt particulier à la mise en place d'un tel instrument [la CNUIFE], car les immunités des nombreuses représentations d'Etats étrangers en Suisse – notamment à Genève – y seraient réglementées de manière détaillée. » (Conseil fédéral, 03.018 *Rapport 2003 sur la coopération de la Suisse avec l'Organisation des Nations Unies ainsi qu'avec les organisations internationales ayant leur siège en Suisse*, 26 février 2003, FF 2003 2339, p. 2360)
- « Certaines obligations internationales fondamentales résultent cependant du droit international coutumier ou des principes généraux du droit. La let. d vise donc l'ensemble des obligations internationales que la Suisse est tenue de respecter. La Suisse a vocation, sur les plans tant intérieur qu'extérieur, à observer scrupuleusement le droit international public, en particulier les droits de l'homme et le droit international humanitaire. En tant que dépositaire des Conventions de Genève et de leurs protocoles additionnels, elle a tout intérêt à se tenir à l'écart des situations de conflits, sans quoi elle risquerait de voir se ternir l'excellente réputation dont elle jouit dans le domaine humanitaire. » (Conseil fédéral, 13.017 *Message concernant la loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger*, 23 janvier 2013, FF 2013 1573, p. 1609).

<sup>352</sup> Exemples :

- « Permettez-moi, Monsieur le Président, de revenir sur le Rapport préliminaire de 2008 sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat (A/CN/601). (...) Cette analyse est très précieuse, notamment pour des Etats qui, comme la Suisse, ont une longue tradition d'Etat hôte. Nous voudrions relever qu'un examen des normes relatives aux privilèges et immunités des représentants des Etats nécessite de prendre également en compte, outre les traités multilatéraux et les décisions des instances judiciaires nationales, également les nombreux accords de siège conclus entre les Etats hôtes et les organisations qu'ils accueillent sur leur territoire (...) A ce sujet, nous voudrions souligner à quel point il est important que les travaux de la Commission se concentrent sur les questions qui ne sont pas,

---

à ce jour, réglées par des traités internationaux. (...) Il s'agirait donc, à notre sens, que la Commission s'attache à faire le point des lacunes existant à ce sujet en droit international. Sur cette base, la Commission pourrait déterminer quelles règles de droit international coutumier doivent encore faire l'objet d'une codification et, ensuite, s'interroger sur la nécessité de créer de nouvelles règles de droit international dans des domaines non encore réglés. » (Déclaration faite le 31 octobre 2011 par le Représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies)

- « Nous sommes tous conscients que les positions qui ont été exprimées jusqu'à présent sur la question de l'immunité de juridiction pénale des représentants des Etats sont très divergentes et qu'il ne sera sans doute pas possible de régler rapidement l'ensemble de la problématique. Or, la communauté internationale, et la Suisse en particulier en sa qualité d'Etat hôte et dans le cadre de sa politique de bons offices, ont un intérêt majeur à ce que des réponses puissent être données aux questions qui sont ouvertes. Dans un contexte aussi complexe, nous voudrions encourager la Commission à ne pas considérer la question de l'immunité de juridiction des représentants des Etats comme un tout, mais à procéder par thèmes » (Déclaration faite le 5 novembre 2012 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale)
- « Avant d'entrer en matière sur la question de la responsabilité des organisations internationales, permettez-moi une brève remarque sur la définition de l'organisation telle qu'elle figure à l'article 2 (En note : Il s'agit de l'article 2 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, Rapport de la CDI cité dans le texte, p. 78. Cette disposition prévoit ce qui suit: 'Aux fins du présent projet d'articles, on entend par 'organisation internationale' toute organisation instituée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international et dotée d'une personnalité juridique internationale propre. Outre des Etats, une organisation internationale peut comprendre parmi ses membres des entités autres que des Etats.) Pour le dire d'emblée, cette définition me paraît pertinente. Je voudrais à ce sujet surtout souligner la constatation qu'une organisation internationale peut également comprendre des entités autres que des Etats. En effet, nous faisons aujourd'hui face au phénomène croissant selon lequel plusieurs organisations internationales ne sont plus des organisations strictement gouvernementales. Avec la privatisation croissante d'activités étatiques, qui ne s'arrête pas au niveau national, nous serons confrontés encore d'avantage à l'établissement d'institutions internationales composées de partenaires aussi bien du secteur public que du secteur privé. Cette tendance aura également des répercussions sur la question de la responsabilité internationale de telles organisations mixte. » (Déclaration faite le 26 octobre 2005 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit)
- « En posant cette question, ma délégation n'entend pas prétendre que les organisations internationales ne seraient pas liées par le droit coutumier, par exemple par les normes impératives du droit international. Cependant, pour déterminer dans un litige futur quelle est exactement l'obligation particulière de l'organisation internationale, il faudrait à notre avis approfondir la question de la portée et l'étendue d'obligations de nature coutumière et conventionnelle pour les organisations internationales. » (Déclaration faite le 26 octobre 2005 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies)
- Voir aussi Déclaration faite le 30 octobre 2006 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit (où le représentant de la Suisse s'exprime sur les art. 27 ss du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales) et Déclaration faite le 31 octobre 2007 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit (où le représentant de la Suisse s'exprime sur les art. 31 à 45 du même projet d'articles) ; voir également Déclaration faite le 26 octobre 2009 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit.
- « La question de l'immunité des représentants de l'Etat revêt pour la Suisse, en tant qu'Etat hôte d'organisations et de conférences internationales, une importance pratique particulière. La Suisse a élaboré une loi sur l'Etat hôte qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2008 (En note : Loi fédérale du 22 juin 2007 sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que les aides financières accordées par la Suisse en tant qu'Etat hôte (RS 192.12)). Cette loi définit, sous réserve du droit international, les privilèges, immunités et facultés dont bénéficient les institutions internationales établies en Suisse ainsi que les personnes qui y déploient des activités en qualité officielle. Ma délégation salue donc les travaux de la Commission du droit international ainsi que l'excellent rapport préliminaire préparé par le Rapporteur spécial M. Kolodkin. En clarifiant l'immunité pénale des représentants étrangers, la Commission rendra un grand service aux Etats. Ses travaux auront certainement des répercussions significatives sur le plan juridique et opérationnel. En résumé, il s'agit à notre avis de l'une des matières les plus importantes traitées dernièrement par la Commission. (...) Une clarification de l'immunité pénale en droit international n'est d'ailleurs pas seulement souhaitable sous l'aspect juridique, mais

se réfèrent à la pratique de la Suisse dans l'identification de normes coutumières dans des domaines du droit international coutumier où celle-ci ne fait pas figure d'Etat particulièrement intéressé<sup>353</sup>.

En conclusion, dans les domaines où la Suisse fait figure d'Etat particulièrement intéressé, les autorités suisses ont souligné à de nombreuses reprises l'importance du respect et du développement du droit international coutumier pertinent, mais surtout de la pratique constitutive de la Suisse à travers ses autorités et de sa contribution à la formation du droit international coutumier (sur l'autoréférence, voir *supra*, (2) ; pour les implications en matière d'*opinio juris*, voir *infra*, b)bb)(2), projet de conclusion 9, ch. 2).

(8) Durée/régularité (projet de conclusion 8, ch. 2)

*Projet de conclusion 8, ch. 2 : « Il n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale. »*

Les autorités suisses ont parfois apporté des précisions quant à la durée de la pratique des autorités suisses en matière de droit international coutumier.

---

aussi pour des raisons de politique étrangère. Comme l'expérience le démontre, des mandats d'arrêts prononcés par des juges ou procureurs à l'égard de hauts représentants étatiques risquent de provoquer des tensions entre Etats. Ainsi, des règles claires applicables à tous les Etats contribueront à apaiser et à dépolitiser ce genre de situation. » (Déclaration faite le 4 novembre 2008 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit)

- « La Suisse, dépositaire d'un certain nombre de traités, suit avec le plus grand intérêt les débats au sein de la CDI à ce sujet. Ma délégation est d'avis que le dépositaire joue un rôle important pour le fonctionnement de l'institution d'un traité, rôle qu'il doit exercer en toute impartialité et neutralité. » (Déclaration faite le 4 novembre 2002 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit)
- « L'objectif de la clause NPF [nation la plus favorisée] est de permettre aux Etats contractants et/ou à leurs investisseurs de contester le niveau de traitement effectif en ce qui concerne la réalisation, puis la gestion d'un investissement. Cependant, la portée de la clause NPF est bien plus large dans le contexte de l'investissement étranger que dans celui du commerce d'un bien ou service, si bien que les implications doivent être examinées avec soin. A cet égard, nous ne sommes pas convaincus que corresponde réellement aux intentions d'un nombre significatif d'Etats Parties à des traités bilatéraux en matière d'investissement l'invocation par certains tribunaux arbitraux de la clause NPF soi-disant pour importer, à partir d'autres accords d'investissement auxquels est Partie un Etat partenaire, des dispositions de fond ou de procédure jugées plus favorables. La Suisse a suivi la tendance observée dans les documents de travail de la Commission qui consiste à spécifier dans les traités rédigés après le cas Maffezini que le principe NPF ne s'applique pas aux clauses relatives au règlement des litiges. (...) » (Déclaration faite le 31 octobre 2011 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Document inédit).

<sup>353</sup> « Ces instruments sont à de nombreux points de vue les précurseurs de la Convention internationale sur le droit de la mer. Cette convention s'est aujourd'hui imposée au plan international. Nombre de ses dispositions comptent déjà parmi celles du droit international coutumier, et elles sont d'ores et déjà observées par des Etats non parties tels que la Suisse. Pour ces raisons, le Conseil fédéral soutient l'objectif de la motion sur le fond et souhaite une ratification prochaine de la convention. » (Avis du Conseil fédéral du 7 mars 2003, 02.3786 – Motion Ursula Wyss, 'Ratification immédiate de la Convention internationale du droit de la mer').

La durée est abordée de manière flexible par les autorités suisses. Celles-ci semblent la concevoir comme un élément permettant d'illustrer la constance de la pratique des autorités suisses, plutôt que comme un critère indépendant d'identification de la pratique<sup>354</sup>.

En conclusion, les autorités suisses n'exigent pas que la pratique suisse se soit manifestée pendant une durée précise.

## **b) *Opinio juris***

### **aa) *Opinio juris internationale***

#### (1) Sentiment d'obligation juridique (projet de conclusion 9, ch. 1)

*Projet de conclusion 9, ch. 1 : « La condition, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit (opinio juris) signifie que la pratique en question doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit. »*

La notion d'acceptation de la pratique générale comme étant le droit, selon le Rapporteur spécial, « suppose fondamentalement que la pratique en question soit motivée par 'l'idée [...] selon laquelle une telle action était prescrite par le droit' »<sup>355</sup>. La CDI souligne l'importance de l'élément subjectif et recommande de se pencher sur le rôle que peut jouer une pratique déviante pour modifier une norme de droit international coutumier<sup>356</sup>.

Comme mentionné précédemment, les autorités suisses se réfèrent à la notion d'*opinio juris* en tant qu'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit (voir *supra*, A.IV.3). Les références explicites à l'*opinio juris* sont cependant beaucoup moins nombreuses que pour ce qui est de la notion de « pratique », ce qui rend la pratique de détermination des autorités suisses plus difficile à circonscrire sur ce point.

---

<sup>354</sup> Exemples :

- « Depuis 1950, la pratique constante de la Suisse consiste à ne reconnaître en principe que les Etats et non les gouvernements. » (Note de la DDIP du 26 mars 2008)
- « Ce n'est qu'avec la mise sur pied des Tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda qu'une telle action pénale a pu être menée pour la première fois sur le plan international. Sur le plan national, en revanche, l'idée avait déjà fait son chemin: il était admis depuis un certain temps déjà que les tribunaux avaient compétence pour connaître de violations du droit humanitaire non seulement si celles-ci avaient été commises sur le territoire national ou à l'encontre d'un ressortissant national, mais aussi lorsque soit l'auteur, soit la victime sont des étrangers ou lorsque le crime a été commis hors du territoire national (En note : Cf. (FF 2001, p. 506) sur la situation en Suisse.) » (Conseil fédéral, 00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 501).

<sup>355</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 40, par. 60, p. 46.

<sup>356</sup> Assemblée générale, *Rapport de la CDI, 66e session (5 mai - 6 juin et 7 juillet - 8 août 2014)*, UN Doc A/69/10, p. 255, par. 169.

Les autorités suisses soulignent souvent le fait qu'une pratique générale doit être accompagnée d'un sentiment d'obligation juridique des Etats sur le plan international<sup>357</sup>. Les autorités suisses ont parfois cité l'exemple d'Etats s'étant opposés à un acte donné pour conclure à l'absence d'*opinio juris*<sup>358</sup>.

Les autorités suisses ont aussi, à plusieurs reprises, conclu à l'absence d'une norme de droit international coutumier du fait que l'élément de l'*opinio juris* faisait défaut<sup>359</sup>.

---

<sup>357</sup> Exemples :

- « L'étendue de l'interdiction et les moyens spécifiques à mettre en œuvre ne procèdent pas d'une conception générale du droit partagée par tous les Etats et ne sont pas non plus confirmés par une jurisprudence cohérente de ces derniers » (Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3474)
- Le Conseil fédéral a également précisé qu'« [o]n trouvera d'autres indices de l'*opinio juris* dans le fait que les Etats reconnaissent une règle de manière très généralisée, par exemple lors d'une conférence internationale ou par l'adoption d'une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU concernant une matière régie par le droit coutumier. » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2084)
- Dans son arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012, le TPF constate que « [l]a question de l'immunité après la cessation de la fonction de chef d'Etat ne fait cependant plus l'unanimité notamment de la doctrine internationale et de la jurisprudence rendue à ce sujet dans plusieurs pays » (...). « Il est en effet généralement reconnu que l'interdiction des crimes graves contre l'humanité, notamment en cas de torture, a un caractère coutumier » (consid. 5.4.3).

<sup>358</sup> Exemples :

- « *L'opinio juris*. La Chine, la Tunisie, l'Arabie Saoudite et les Etats-Unis se sont opposés à l'intervention indienne. L'ensemble des pays occidentaux ont dénié au Vietnam le droit d'agir au Cambodge. Quant à l'opération tanzanienne, elle n'a pas été évoquée dans le cadre onusien. Par contre, lors d'une réunion de l'OUA (Organisation de l'unité africaine), le Soudan et le Nigéria s'y sont opposés. Par ces réactions, les Etats ont montré qu'ils refusaient d'admettre l'existence d'un droit coutumier qui autoriserait les Etats à intervenir militairement pour faire respecter les droits fondamentaux. (...) Ainsi, ni la pratique des Etats, ni la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, ni la doctrine ne permettent de conclure à l'existence d'un tel droit. Par contre, comme nous l'avons vu, il existe des principes coutumiers établis et reconnus (à la fois par la Charte et par tous les Etats) qui nient l'existence d'un tel droit d'intervention. Il s'agit du principe de non-intervention et de l'interdiction du recours à la force. » (Note de la DDIP adressée à la Direction politique du DFAE le 27 juillet 1998. Document inédit)
- Concernant la signification du concept de traitement juste et équitable, le délégué suisse devant l'Assemblée générale des Nations Unies constate que l'absence d'un consensus multilatéral est manifeste. Il cite à l'appui l'échec de l'Accord multilatéral sur l'investissement de l'OCDE ou la décision de ne pas aborder ce sujet dans le cadre du cycle de Doha de l'OMC. Il précise ensuite qu'« un nombre considérable d'Etats, quoique n'incluant pas la Suisse, rejette l'existence d'un droit coutumier en matière de droit de l'investissement international. » (Déclaration faite le 31 octobre 2011 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies).

<sup>359</sup> Exemple : « Cependant, alors que l'immunité accordée aux Chefs d'Etat constitue une obligation du droit international, la nature de cette pratique en faveur des hautes personnalités est contestée: pour certains il s'agit d'une obligation du droit international, pour d'autres de l'observation d'une courtoisie entre Etats (En note : Une règle de droit coutumier international n'a pas été établie pour les personnalités de haut rang car l'élément de l'*opinio juris* vel *necessitatis* fait en l'occurrence défaut.) » (DDIP, 'Immunités des chefs d'Etats et des personnalités de haut rang. Résumé de l'état de la pratique internationale en la matière', Avis de droit du 22 février 2001, JAAC 67.35).

En conclusion, la pratique des autorités suisses est conforme au projet de conclusion 9, ch. 1, dans la mesure où celles-ci reconnaissent que la formation du droit international coutumier exige qu'une pratique donnée soit soutenue par une *opinio juris* correspondante.

(2) Coutume et habitude/usage (projet de conclusion 9, ch. 2)

*Projet de conclusion 9, ch. 2 : « Une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (opinio juris) doit être distinguée du simple usage ou de la simple habitude. »*

Comme le précise le Rapporteur spécial, l'acceptation de la pratique générale comme étant le droit ne peut être « (exclusivement) motivée par des 'considérations de courtoisie, de bon voisinage et d'opportunité politique' ou 'd'opportunité ou de tradition' »<sup>360</sup>. Le rapporteur ajoute qu'« il ne faut pas non plus conclure de ce que telle pratique soit (exclusivement) dictée par la nécessité de respecter les obligations conventionnelles (ou d'autres obligations de caractère extracoutumier) qu'elle est 'acceptée comme étant le droit' »<sup>361</sup>. Enfin, « [l]'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit doit généralement être le fait des Etats intéressés, c'est-à-dire à la fois ceux qui se livrent à la pratique en question et ceux qui sont en mesure d'y répondre »<sup>362</sup>.

Si la terminologie utilisée par les autorités suisses est parfois équivoque (voir notamment *supra*, A.IV.4, concernant la notion d'usage), les autorités suisses semblent néanmoins établir une distinction entre le sentiment d'obligation juridique et l'acceptation d'une pratique donnée pour des raisons extrajuridiques uniquement.

En conclusion, les autorités suisses distinguent entre un sentiment d'obligation juridique et l'acceptation d'une pratique donnée pour des raisons strictement extrajuridiques.

(3) Formes de preuves (projet de conclusion 10, ch. 1 et 2)

*Projet de conclusion 10, ch. 1 : « La preuve de l'acceptation comme étant le droit (opinio juris) peut revêtir une large variété de formes. »*

L'*opinio juris*, selon le Rapporteur spécial, se rattache aux « raisons qui inspirent telle ou telle pratique »<sup>363</sup>. Le rapporteur ajoute que « certaines pratiques peuvent en soi rapporter la preuve de l'*opinio juris* ou, autrement dit, servir à la fois à fonder la pratique et à la faire accepter

---

<sup>360</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 47, par. 61.

<sup>361</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 47, par. 62.

<sup>362</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 49, par. 64.

<sup>363</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 56, par. 70.

comme étant le droit »<sup>364</sup>. La simple adhésion à une norme donnée n'établit cependant pas l'existence d'une *opinio juris*<sup>365</sup>, ni la seule fréquence ou le caractère habituel d'un acte donné<sup>366</sup>. En fait, « le même comportement ne devrait pas servir dans un cas à prouver à la fois la pratique et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit »<sup>367</sup>.

Les autorités suisses sont souvent laconiques lorsqu'elles identifient l'existence ou l'absence d'une *opinio juris* internationale donnée. Elles cherchent rarement à identifier et à livrer des précisions quant aux raisons qui motivent la pratique étatique en question. Tout au plus citent-elles des ouvrages de doctrine pour appuyer leurs affirmations<sup>368</sup>.

*Projet de conclusion 10, ch. 2 : « Les formes de preuves de l'acceptation comme étant le droit (opinio juris) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États; les publications officielles; les avis juridiques gouvernementaux; la correspondance diplomatique; les décisions des juridictions nationales; les dispositions de traités; ainsi que la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale. »*

Les *déclarations d'Etats*, selon le Rapporteur spécial, peuvent prendre différentes formes, et notamment : « la forme de déclaration officielle formulée par le gouvernement ou un ministre de ce gouvernement, d'actions et de conclusions en justice, de lettres de transmission par lesquelles le gouvernement saisit le parlement d'un projet de loi, une déclaration faite conjointement par des Etats par la voie d'un document officiel ou de prises de position formulées lors de conférences multilatérales telles que les conventions de codification ou les

---

<sup>364</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 57, par. 70.

<sup>365</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 58, par. 72.

<sup>366</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 59, par. 73.

<sup>367</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 59, par. 74.

<sup>368</sup> Exemples :

- « Aucune *opinio juris* cautionnant l'assistance à une population dépendante n'a encore pu se dégager » (En note : Ipsen, op. cit (note 82), p. 883.) (...) « L'*opinio juris* requise fait défaut » (En note : Michael Bothe, in: Vitzthum, op. cit. (note 86), pp. 5 et s.) (Avis de droit rédigé par la DDIP et adressé le 6 mai 1999, à la Division politique III du DFAE. Document inédit)
- « Cependant, alors que l'immunité accordée aux Chefs d'Etat constitue une obligation du droit international, la nature de cette pratique en faveur des hautes personnalités est contestée: pour certains il s'agit d'une obligation du droit international, pour d'autres de l'observation d'une courtoisie entre Etats (En note : Une règle de droit coutumier international n'a pas été établie pour les personnalités de haut rang car l'élément de l'*opinio juris* vel *necessitatis* fait en l'occurrence défaut.) » (DDIP, 'Immunités des chefs d'Etats et des personnalités de haut rang. Résumé de l'état de la pratique internationale en la matière', Avis de droit du 22 février 2001, JAAC 67.35)
- « Pour qu'une telle règle puisse s'établir dans le contexte des relations internationales, sans avoir été explicitement formulée, elle devrait avoir pris naissance conformément au processus de création des règles coutumières, ce qui nécessiterait une pratique émanant de nombreux Etats, accompagnée d'une *opinio juris sive necessitatis* conforme de la part de ces Etats. Il n'existe à notre connaissance ni pratique étatique, ni *opinio juris* habilitant l'Etat d'envoi à conduire des enquêtes policières dans les résidences de son personnel diplomatique ou consulaire. » (Communication faite le 12 novembre 2003 par la DDIP au Ministère public fédéral).

débats à l'Organisation des Nations Unies ». Sont également pertinentes les « protestations diplomatiques »<sup>369</sup>.

La CDI insiste sur le fait qu'il conviendra de préciser davantage la manière selon laquelle l'*opinio juris* doit être identifiée<sup>370</sup>. Certains de ses membres ont également souligné « que le rôle des évaluations de l'élément subjectif par le Comité international de la Croix-Rouge, ainsi que par les organisations professionnelles et les juristes devait être pris en considération »<sup>371</sup>.

Sont également pertinents les *publications officielles dans le domaine du droit international*, comme des « manuels militaires ou instructions à l'intention des diplomates », les *avis des conseillers juridiques des gouvernements*, et les *memoranda internes de représentants de l'Etat*, soit des « Instructions du ministère des affaires étrangères à l'intention de ses diplomates »<sup>372</sup>. Selon le Rapporteur spécial, la *correspondance diplomatique* comprend des *memoranda* des missions diplomatiques adressés à leur ministre des affaires étrangères, ou des échanges de notes entre gouvernements<sup>373</sup>. La jurisprudence des *tribunaux internes* « traduit clairement un sentiment d'obligation juridique », mais doit attester du fait que la pratique est acceptée comme prescrite par le droit international coutumier, et non par une autre source de droit<sup>374</sup>.

Le rôle des *dispositions des traités* a été analysé dans la section consacrée aux sources (voir *supra*, II.1.a)).

Un dernier élément d'identification, abordé de manière légèrement plus précise par les autorités suisses, concerne la conduite en relation avec les *résolutions d'organes délibérants d'organisations internationales*, tels que l'Assemblée générale des Nations Unies et le Conseil de sécurité de l'ONU, et les *résolutions de conférences internationales*<sup>375</sup>. Comme le relève le Rapporteur spécial, en effet, les résolutions des organes des organisations internationales peuvent être pertinentes sous l'angle tant de la pratique que de l'*opinio juris* des Etats<sup>376</sup>. L'attitude des Etats s'exprime « dans le vote (pour, contre, abstention),

---

<sup>369</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 60, par. 75.

<sup>370</sup> Assemblée générale, *Rapport de la CDI, 66e session (5 mai - 6 juin et 7 juillet - 8 août 2014)*, UN Doc A/69/10, p. 256, par. 171.

<sup>371</sup> Assemblée générale, *Rapport de la CDI, 66e session (5 mai - 6 juin et 7 juillet - 8 août 2014)*, UN Doc A/69/10, p. 256, par. 171.

<sup>372</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 62, par. 76, lit. c, d et e.

<sup>373</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 61, par. 76, lit. a.

<sup>374</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 61 s, par. 76, lit. b.

<sup>375</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 65, par. 76, lit. g.

<sup>376</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 53, par. 74.

l'adhésion à un consensus ou l'adoption de déclarations sur la résolution »<sup>377</sup>. Il convient cependant d'établir les raisons qui motivent de telles attitudes. De plus, « un nombre non négligeable de voix contre et d'abstentions » ne permet pas d'identifier l'existence d'une *opinio juris* générale<sup>378</sup>.

Les autorités suisses se sont parfois référées à des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. Dans la plupart des cas, elles n'ont guère apporté de précisions quant à la manière dont ces résolutions doivent être appréciées afin d'en déterminer la pertinence sous l'angle de l'*opinio juris*<sup>379</sup>. Dans de rares cas, cependant, les autorités suisses ont été plus précises. Ainsi, la DDIP s'est référée à plusieurs résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies en précisant, en note, le mode d'adoption de la résolution en question (p.ex. sans vote ; vote avec nombre de voix pour ou contre, nombre d'abstentions)<sup>380</sup>.

Comme mentionné précédemment, cependant, la distinction entre pratique et *opinio juris* reste souvent très floue en ce qui concerne les résolutions d'organisations internationales, comme d'ailleurs pour les autres éléments mentionnés dans le projet de conclusion 10, ch. 2 (voir *supra*, a)aa)(2), projet de conclusion 6, ch. 2).

Un élément supplémentaire qui transparaît dans la pratique de détermination des autorités suisses concerne le poids accordé aux travaux du CICR (voir *supra*, II.2.d)). Dans certains cas, les références à la pratique du CICR semblent en effet permettre d'établir un changement d'*opinio juris*<sup>381</sup>.

---

<sup>377</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 65, par. 76, lit. g.

<sup>378</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 66 s, par. 76, lit. g.

<sup>379</sup> Exemples :

- « On trouvera d'autres indices de l'*opinio juris* dans le fait que les Etats reconnaissent une règle de manière très généralisée, par exemple lors d'une conférence internationale ou par l'adoption d'une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU concernant une matière régie par le droit coutumier » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2084)
- « La description de l'agression qui figure dans la résolution 3314 de l'Assemblée générale de l'ONU du 14 décembre 1947 ne constitue pas encore une définition reconnue du droit international coutumier » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359)
- Le Conseil fédéral a fait référence à la Déclaration 2625 (XXV) relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats (« Friendly Relations Declaration ») en tant qu'elle prévoit l'interdiction de non-recours à la force, de source coutumière (Conseil fédéral, *Rapport sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées (donnant suite au postulat Stähelin 04.3267 du 1er juin 2004. Entreprises privées chargées de tâches de sécurité)*, 2 décembre 2005, FF 2006 631, p. 674).

<sup>380</sup> « Bien que ces résolutions n'aient pas de caractère contraignant, elles montrent que les Etats nient l'existence d'un quelconque droit d'intervention » (Note de la DDIP adressée à la Direction politique du DFAE le 27 juillet 1998. Document inédit).

<sup>381</sup> Exemple : « Si de nombreux Etats et le CICR lui-même ont longtemps soutenu que les règles du droit international humanitaire ne devaient être appliquées qu'en totalité, le CICR a de plus en plus souvent

La plupart de ces différents éléments de preuve ne sont toutefois guère utilisés explicitement par les autorités suisses en lien avec l'*opinio juris* internationale.

Eu égard au manque de précision de la pratique de détermination des autorités suisses à ce sujet, il y a lieu de renvoyer aux remarques apportées dans le contexte des éléments servant à déterminer la pratique internationale (voir *supra*, a)aa)(2), projet de conclusion 6, ch. 2). Le Rapporteur spécial avait d'ailleurs précisé que la pratique peut également servir à identifier l'existence de l'*opinio juris*. Cette possibilité d'un « double-comptage » d'un même acte à titre de manifestation de la pratique et de l'*opinio juris* n'est plus mentionnée expressément dans les projets de conclusions de 2016 (voir aussi projet de conclusion 3, ch. 2 : « [c]hacun des deux éléments constitutifs doit être établi séparément. Cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence »). Dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial explique que la possibilité du double-comptage sera toutefois mentionnée dans le commentaire du projet de conclusions<sup>382</sup>.

C'est pourtant la manière dont semblent procéder, de manière implicite, les autorités suisses. Le double-comptage est, d'une part, explicitement admis par les autorités suisses<sup>383</sup>. D'autre part, le double-comptage semble être aussi appliqué de manière implicite par les autorités

---

rappelé, récemment, qu'outre l'application stricte du droit, sa précision et son développement pouvaient également être importants. (En note : Jakob Kellenberger (sic), Discours d'ouverture, 60 ans des Conventions de Genève et les décennies à venir, Genève 9-10 novembre 2009, Berne 2010, pp. 46-49.) Ce changement représente la réaction à des divergences manifestes dans l'interprétation des règles existantes et à l'opinion selon laquelle le droit ne peut être partout et toujours clair. Mais il résulte également de la critique de la société civile, de la science et de la doctrine. » (Conseil fédéral, *Le droit international humanitaire et les conflits armés contemporains, Rapport en réponse au postulat 08.3445 de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats du 20 juin 2008*, 17 septembre 2010 (non publié), p. 19).

<sup>382</sup> CDI, 'Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 8 mars 2016, UN Doc A/CN.4/695, p. 6, par. 18.

<sup>383</sup> Exemples :

- « Pour l'*opinio juris*, la preuve en est plus difficile. En pratique, on conclut souvent de la pratique constante elle-même l'existence de la conviction d'obéir à une obligation juridique (En note : Voir Peter Hagggenmacher, La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale, *Revue générale de droit international public* 1986, vol. 90, p. 105 à 108). » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2083 s)
- Le TAF a considéré que l'examen des pratiques communes des Etats et de leurs caractéristiques (durée, uniformité, étendue géographique) permettent souvent de déduire des preuves quant à l'existence d'une *opinio juris* : « La prova della convinzione giuridica di regola viene spesso dedotta dall'uso comune. In altre parole, la valutazione della prassi comune degli Stati e delle sue caratteristiche (durata, uniformità e diffusione geografica) permettono di trarre conclusioni e fare valutazioni in merito alla convinzione giuridica. » (Arrêt du TAF, arrêt A-4771/2012 du 2 juillet 2014, consid. 7.2.1).
- Dans son Avis de droit de la DDIP adressé le 13 novembre 2000 à l'Office fédéral de la police du DFJP, la DDIP note qu'en matière d'immunités des personnalités de haut rang, il existe une pratique étatique mais pas d'*opinio juris*. Voir aussi Avis de droit de la DDIP du 22 février 2001. JAAC 2003, fasc. 67/I, n° 35, p. 269.

suisses : dans de très nombreux cas, en effet, celles-ci ne précisent en effet pas si un acte est pertinent sous l'angle de la pratique ou sous l'angle de l'*opinio juris*<sup>384</sup>.

Les prises de position des autorités suisses suggèrent cependant que la pratique étatique et l'*opinio juris* ne doivent pas nécessairement être identifiées par référence au même acte, ni par référence à la même source du droit international. Cette conception se manifeste notamment dans le fait que les autorités suisses recherchent habituellement des indices permettant d'identifier l'existence d'une *opinio juris*. Cette approche indiciaire permet une certaine flexibilité dans les éléments d'identification utilisés<sup>385</sup>. En somme, la possibilité du double-comptage est admise par les autorités suisses, mais n'est pas nécessairement utilisée.

En conclusion, étant peu fournie et détaillée, la pratique de preuve de l'*opinio juris* des autorités suisses ne contient, en règle générale, que peu de précisions quant aux éléments servant à identifier l'existence ou l'absence d'une *opinio juris* sur le plan international.

(4) Action/absence de réaction (projet de conclusion 10, ch. 3)

*Projet de conclusion 10, ch. 3 : « L'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (opinio juris), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction. »*

Selon le Rapporteur spécial, une inaction ou abstention ne permet d'établir une *opinio juris* correspondante que « lorsque ces comportements valent assentiment ou acquiescement à la pratique considérée »<sup>386</sup>. Une divergence entre les différents organes d'un Etat « est de nature à nuire à l'intérêt de l'*opinio juris* de cet Etat »<sup>387</sup>. Le Rapporteur spécial précise que l'inaction en question concerne « la tolérance, par un Etat, de la pratique d'un ou de plusieurs autres Etats dans des circonstances qui montrent que l'Etat qui s'abstient considère que la

---

<sup>384</sup> Voir p.ex. TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012, qui mentionne uniquement une « tendance manifeste sur le plan international à vouloir restreindre l'immunité des (anciens) chefs d'Etats en cas de crimes relevant du *ius cogens* ». Elle constate ensuite une « évolution sensible de la pratique internationale », sans évoquer l'*opinio juris* (voir consid. 5.3.5).

<sup>385</sup> « On trouvera d'autres indices de l'*opinio juris* dans le fait que les Etats reconnaissent une règle de manière très généralisée, par exemple lors d'une conférence internationale ou par l'adoption d'une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU concernant une matière régie par le droit coutumier » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2084).

<sup>386</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 68, par. 77.

<sup>387</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 70, par. 79.

pratique en question est conforme au droit international »<sup>388</sup>. La pratique en question doit cependant appeler une réaction<sup>389</sup>.

Les autorités suisses ont parfois mentionné la pertinence de l'inaction dans le contexte de l'identification de la pratique constitutive du droit international coutumier. Toutefois, comme mentionné précédemment, la distinction entre pratique et *opinio juris* reste floue. Il convient donc, concernant l'*opinio juris* internationale, de renvoyer aux remarques apportées dans le cadre du projet de conclusion 6, ch. 1 (voir *supra*, a)aa)(1)).

En conclusion, les autorités suisses semblent considérer l'inaction comme pertinente pour identifier l'existence ou l'absence d'une *opinio juris* sous l'angle de droit international coutumier. Elles ne précisent toutefois guère si l'inaction est davantage pertinente sous l'angle de la pratique ou de l'*opinio juris*.

## **bb) *Opinio juris* nationale (suisse)**

### (1) Sentiment d'obligation juridique (projet de conclusion 9, ch. 1)

*Projet de conclusion 9, ch. 1 : « La condition, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit (opinio juris) signifie que la pratique en question doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit. »*

Les autorités suisses ne mentionnent pas l'existence d'une *opinio juris* nationale de manière explicite, même s'il est possible de déduire cette dernière d'une action des autorités suisses déclarée comme conforme au droit international coutumier.

De manière générale, les autorités suisses ont souvent souligné que leur pratique doit être guidée par le droit international<sup>390</sup>. Il s'agit certes là pour elles plutôt de souligner la

---

<sup>388</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 11, par. 21.

<sup>389</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 13 s, par. 23.

<sup>390</sup> Exemples :

- « La pratique suisse est guidée par le droit international et tient compte de la position adoptée par des pays partageant les mêmes vues. » (Réponse donnée le 5 décembre 2008 par le Conseil fédéral à une interpellation déposée le 3 octobre 2008 par M. Oskar Freysinger, député au Conseil National)
- « L'un des traits essentiels de la politique étrangère de la Suisse est qu'elle est fondée sur le droit international. Ce point de référence doit conférer à notre politique étrangère un fondement solide, un profil reconnaissable et une ligne prévisible. » (Déclaration du Conseil fédéral concernant la crise en Irak faite le 20 mars 2003 devant l'Assemblée fédérale par M. Pascal Couchepin, Président de la Confédération. BO CN 2003 531, p. 533)
- « Le Conseil fédéral n'a pas l'intention d'exempter les domestiques privés du régime suisse des assurances sociales lorsqu'il n'y est pas contraint par des règles de droit international. » (Conseil fédéral, 06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte, 13 septembre 2006, FF 2006 7603, p. 7635)

conformité du droit suisse au droit international en général, y compris au droit international coutumier existant. Il n'en demeure pas moins qu'à chaque nouvelle mention du respect par la Suisse du droit international coutumier, la norme en question est identifiée et, de ce fait, potentiellement développée et formée à cette occasion.

En conclusion, l'identification de l'*opinio juris* de la Suisse est, dans la plupart des cas, implicite à la pratique suisse d'identification de la coutume.

(2) Coutume et habitude/usage (projet de conclusion 9, ch. 2)

*Projet de conclusion 9, ch. 2 : « Une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (opinio juris) doit être distinguée du simple usage ou de la simple habitude. »*

La pratique suisse ne permet pas toujours de déterminer si une pratique nationale « usuelle » reflète ou non une obligation juridique<sup>391</sup>.

Il est difficile notamment d'identifier les prises de positions des autorités suisses qui seraient dictées exclusivement par des considérations d'opportunité politique de celles qui sont motivées par une *opinio juris*. Il arrive en effet que les autorités suisses invoquent des raisons « pragmatiques » pour soutenir leur propre pratique en matière de droit international coutumier, et ce concernant la succession d'Etats en matière de traités, les relations diplomatiques et consulaires et le droit international humanitaire<sup>392</sup>.

- 
- « Par engagements internationaux, on entend ceux auxquels la Suisse a consenti en ratifiant des instruments internationaux protégeant les réfugiés et les droits de l'homme en général, ainsi que ceux qui s'imposent à elle en vertu du droit international coutumier. » (Communication adressée le 20 juillet 1999 par la DDIP au Directeur de l'Office fédéral des réfugiés du Département fédéral de justice et police. Document inédit)
  - « En Suisse, le champ d'application de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat est défini par le droit international coutumier. » (Déclaration faite le 5 novembre 2012 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Document inédit).

<sup>391</sup> Exemples :

- « En règle générale, le DFAE confirme par écrit à l'organisateur de la conférence l'octroi des privilèges et immunités d'usage, soit, selon la pratique actuelle, l'application à la conférence et à ses participants de la convention sur les missions spéciales et, pour le secrétariat de la conférence, l'application par analogie des dispositions pertinentes de l'accord de siège régissant le statut juridique de l'ONU en Suisse. » (Conseil fédéral, 06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte, 13 septembre 2006, FF 2006 7603, p. 7639)
- « Da die Führung der Amtsgeschäfte von zwischenstaatlichen Abmachungen und Usancen bestimmt wird, lässt sich nicht abschliessend klären, an welche Behörden von Dominica sich das EDA zu richten hatte (vgl. Art. 41 Ziff. 2 WÜD, der diverse Möglichkeiten offen lässt; ferner MICHAEL RICHTSTEIG, Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen - Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis, Baden-Baden 1994, S. 99). » (ATF 130 III 430, consid. 3.5).

<sup>392</sup> Exemples :

- Concernant la succession d'Etats en matière de traités, le TF a mentionné les raisons « pragmatiques plutôt que juridiques » de la Suisse, voir ATF 139 V 263, consid. 5.4 : « Auch nach der Auflösung der Föderativen Volksrepublik Jugoslawien in verschiedene Staatengebilde hat die Schweiz mit allen fünf Nachfolgerstaaten (vgl. E. 4.3) - Bundesrepublik Jugoslawien resp. Serbien-Montenegro (2003 umbenannt, territorial und staatsrechtlich aber identisch), Bosnien-Herzegowina, Kroatien, Mazedonien

En conclusion, selon les domaines matériels du droit international coutumier, différentes motivations pragmatiques ou stratégiques sont parfois susceptibles de s'ajouter ou de remplacer l'*opinio juris* de la Suisse en tant qu'Etat, rendant ainsi l'identification de cette dernière difficile.

(3) Formes de preuves (projet de conclusion 10, ch. 1 et 2)

*Projet de conclusion 10, ch. 1 : « La preuve de l'acceptation comme étant le droit (opinio juris) peut revêtir une large variété de formes. »*

Comme mentionné dans le cadre de l'analyse de l'*opinio juris* internationale, les autorités suisses accompagnent rarement leurs affirmations de l'existence d'une norme de droit international coutumier d'une analyse détaillée de l'élément de l'*opinio juris*.

---

und Slowenien - Verhandlungen über die Weitergeltung der zwischen dem ehemaligen Jugoslawien und ihr bestehenden bilateralen Verträge geführt, wozu auch das Sozialversicherungsabkommen gehört. (...) Mit Bosnien-Herzegowina verzögerte sich die Erklärung über die Weiterführung des Sozialversicherungsabkommens. In der Zwischenzeit wendete die Schweiz dieses allein aus pragmatischen Gründen an (ZIMMERMANN, a.a.O., S. 330 f., insbesondere Fn. 428) ». Voir aussi consid. 6.4 : « Aus dem wiedergegebenen Sachverhalt erhellt, dass die Schweiz zur Frage der Fortgeltung bilateraler Verträge auch im Verhältnis zum Kosovo einen pragmatischen Weg eingeschlagen hat. Von ausschlaggebender Bedeutung ist dabei, dass es auch diesbezüglich keine automatische Vertragsübernahme gab. (...) Im Übrigen wird mit der pragmatischen Weiteranwendung deutlich, dass Verträge nicht nur eine pränatale, sondern auch eine postmortale Existenz haben können. »

- Le « pragmatisme » a également été invoqué par la DDIP en matière de reconnaissance d'Etats : « a) La pratique suisse en matière de reconnaissance d'Etats se base principalement sur des critères de droit international: tandis que le droit international définit les éléments constitutifs d'un Etat, il n'existe pas de standards communs en droit international fixant les critères pour la reconnaissance d'un gouvernement. (...) Pour toutes ces raisons, la Suisse s'attache au principe de l'effectivité dans ses relations avec d'autres Etats. Elle traite avec les représentants qui détiennent effectivement le pouvoir gouvernemental et qui agissent au nom du pays en question. Cette approche pragmatique a amené la Suisse à communiquer avec ceux qui détiennent le pouvoir effectif sur un territoire et lui a permis d'entreprendre des activités humanitaires, des efforts de médiation, etc. » (Avis de droit de la DDIP du 26 juin 2007)
- Le pragmatisme semble parfois aussi gouverner les relations diplomatiques et consulaires et prendre le pas sur les aspects juridiques : « Les voies diplomatiques, elles, sont bénéfiques pour les relations entre Etats parties en général et ont des effets moindres sur l'application continue des traités que la voie juridictionnelle. N'ayant pas le caractère de procédures d'ordre juridique, elles sont fonction de l'habileté diplomatique et des pressions politiques (par exemple la menace de suspension ou de dénonciation du traité). En principe, ces voies sont susceptibles de produire des solutions rapides et pragmatiques dans la mesure où les Etats participants sont accommodants. Mais il arrive que les voies diplomatiques soient utilisées dans le dessein de retarder le règlement du conflit. » (Avis de droit de la DDIP du 23 novembre 2007. JAAC 2008.10)
- « Le besoin de réforme du droit international humanitaire concerne principalement le traitement des acteurs non étatiques, la délimitation entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire ainsi que les mécanismes d'application et de contrôle. Il convient toutefois de ne pas ouvrir de nouvelles négociations trop précipitamment sur le droit de Genève. Parallèlement, une approche pragmatique misant sur une mise en avant de la pratique s'impose » (Conseil fédéral, *Le droit international humanitaire et les conflits armés contemporains, Rapport en réponse au postulat 08.3445 de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats du 20 juin 2008*, 17 septembre 2010 (non publié), p. 28).

Leurs déclarations ne permettent donc guère d'établir différentes formes de preuve de l'*opinio juris* nationale qui seraient utilisés par les autorités, ou encore des variations selon la nature et les circonstances d'application de la norme de droit international coutumier en question.

*Projet de conclusion 10, ch. 2 : « Les formes de preuves de l'acceptation comme étant le droit (opinio juris) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États; les publications officielles; les avis juridiques gouvernementaux; la correspondance diplomatique; les décisions des juridictions nationales; les dispositions de traités; ainsi que la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale. »*

Les autorités suisses font parfois référence à des *déclarations* par lesquelles la Suisse en tant qu'Etat affirme ce qui est ou n'est pas une règle de droit international coutumier, ou à d'autres actes émanant des autorités législatives, exécutives et judiciaires et reflétés dans le projet de conclusion 10, ch. 2.

Il s'agit là à nouveau d'une forme d'autoréférence mentionnée dans le cadre de la pratique suisse d'identification de la pratique suisse (voir supra, a)bb)(2), projet de conclusion 6, ch. 2). Les autorités suisses précisent toutefois rarement de manière explicite si leurs déclarations sont pertinentes sous l'angle de l'*opinio juris* en particulier<sup>393</sup>.

Pour le surplus, et comme constaté dans le cadre de l'*opinio juris* internationale, le nombre réduit de mentions explicites de l'*opinio juris*, et le caractère schématique et peu détaillé de la pratique de détermination des autorités suisses en général, rendent difficile l'identification des actes utilisés pour attester de l'existence d'une *opinio juris* nationale.

La *jurisprudence* des tribunaux suisses est l'un des éléments les plus fréquemment mentionnés par les autorités, qui établissent toutefois rarement un lien direct avec l'*opinio juris*<sup>394</sup>. Cette jurisprudence est plutôt utilisée comme source d'identification des éléments

---

<sup>393</sup> Voir p.ex. :

- « Au-delà des conventions internationales, le principe de non refoulement correspond aujourd'hui à une règle de droit international coutumier qui fait partie du droit international impératif (jus cogens). (En note : Sur la valeur de droit international coutumier du principe de non-refoulement, voir l'avis de la DDIP du 15 décembre 1993, publié dans JAAC 1994, fasc. 58/IV, n°128, pp. 781-784 (Pratique suisse 1993, n°4.1, RSDIE, vol. 4, 1994, p. 601) (sic)) Cette position a été rappelée par le Conseil fédéral (...) » Dans cet extrait, la DDIP insiste davantage sur la pratique des autorités suisses que sur l'*opinio juris* : « Sans entrer dans le détail de la pratique judiciaire suisse (Tribunal fédéral pour les cas relevant du droit des étrangers et Commission de recours en matière d'asile pour les cas d'asile), nous nous proposons maintenant de citer quelques prises de position du Conseil fédéral qui nous semblent bien refléter la pratique des autorités fédérales suisses. » (Communication adressée le 20 juillet 1999 par la DDIP au Directeur de l'Office fédéral des réfugiés du Département fédéral de justice et police. Document inédit).

<sup>394</sup> Exemple :

- En matière d'immunités, le Conseil fédéral s'est référé au fait que la CNUJIE « reproduit dans une large mesure les principes établis par le Tribunal fédéral depuis 1918 », et que « ce dernier a constaté que la convention des Nations Unies codifie les principes généraux du droit des gens en matière d'immunité des Etats et qu'elle se veut la codification de la coutume internationale » (Conseil fédéral, 09.024 Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention de l'ONU sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, 25 février 2009, FF 2009 1443, p. 1473).

constitutifs de la coutume que comme preuve de l'un de ces éléments (voir *supra*, II.2.a)bb)(1)).

Les *traités* ratifiés par la Suisse sont également mentionnés. Ils permettent d'appuyer l'argument selon lequel une norme de droit international est de caractère coutumier, mais sans que le lien avec l'*opinio juris* de la Suisse soit explicite<sup>395</sup>.

Enfin, les prises de position du représentant de la Suisse dans le cadre de *résolutions d'organes délibérants d'organisations internationales*, si elles ne sont guère mentionnées par les autorités suisses, sont régulièrement reproduites dans la « Pratique suisse en matière de droit international public ».

En conclusion, les autorités suisses ne citent que peu d'éléments d'identification de l'*opinio juris* nationale, y compris ceux mentionnés par les travaux de la CDI. Dans de nombreux cas, les autorités suisses se sont référées à leur propre pratique, mais pas à l'*opinio juris* de la Suisse, ou du moins pas de manière expresse. Les autorités suisses utilisent donc peut-être la pratique suisse comme preuve pour considérer l'*opinio juris* suisse comme également établie (possibilité du double-comptage).

(4) Action/absence de réaction (projet de conclusion 10, ch. 3)

*Projet de conclusion 10, ch. 3 : « L'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (opinio juris), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction. »*

Comme mentionné précédemment, l'absence de réaction a parfois été considérée comme un élément pertinent dans le cadre de la détermination du droit international coutumier. Cependant, les autorités suisses n'établissent pas de lien explicite entre leur inaction et une *opinio juris* en particulier.

En conclusion, bien que les autorités suisses considèrent l'inaction comme pertinente pour identifier l'existence ou l'absence d'une *opinio juris* sous l'angle de droit international coutumier, elles ne précisent toutefois guère si l'inaction est davantage pertinente sous l'angle de la pratique ou de l'*opinio juris*.

---

• Le Tribunal fédéral fait référence aux « règles générales du droit international public relatives à l'immunité de juridiction, telles que dégagées par la jurisprudence du Tribunal fédéral » (ATF 134 III 570, consid. 2.1).

<sup>395</sup> « Par surabondance, on peut encore observer que ce résultat est conforme aux dispositions de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, qui n'est pas encore en vigueur, mais que la Suisse a ratifiée le 16 avril 2010.<sup>45</sup> Cette convention a pour but de codifier les règles du droit international coutumier (ATF 134 III 122 c. 5.1, p. 128; voir aussi JEROME CANDRIAN, La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, in: [Sem.jud.] 2006 II 95-139, spécialement p. 107). » (TF, arrêt 4A\_541/2009 du 8 juin 2010, consid. 5.5).

## 2. Les critères de formation du droit international coutumier

Tandis que l'identification d'une norme de droit international coutumier revient à en établir l'existence et le contenu, la formation du droit international coutumier concerne le processus de création de la norme elle-même (voir *supra*, A.II.1). Dans les faits, la pratique normative d'identification de la coutume influe bien sûr sur son développement et donc sur sa formation, modification ou extinction. Identification et formation sont par conséquent étroitement liées<sup>396</sup>.

Si la formation des normes de droit international coutumier est mentionnée dans certains des projets de conclusion de la CDI, elle ne constitue toutefois pas un point central des travaux de la Commission<sup>397</sup>.

La pratique d'identification du droit international coutumier par les autorités suisses peut avoir un impact sur la formation du droit international coutumier sur le plan international. Cet impact varie notamment en fonction du niveau de détail de la pratique d'identification des autorités suisses, du volume et de la qualité de cette pratique selon les domaines matériels du droit international coutumier, du fait que la Suisse est parfois l'un des seuls Etats concernés par le domaine matériel en question, du caractère exceptionnel des conflits entre autorités suisses dans leur pratique d'identification, mais aussi de certaines motivations stratégiques et autoréférentielles.

Premièrement, la pratique d'identification du droit international coutumier des autorités suisses est susceptible d'avoir un impact plus important là où elle est particulièrement *détaillée*. Dans la majeure partie des cas, l'identification est effectuée de manière rapide. Dans certains cas isolés, cependant, les autorités suisses ont exposé leur pratique d'identification de manière extrêmement précise. C'est le cas, notamment, de l'arrêt de 2012 rendu dans l'affaire *Nezzar*<sup>398</sup>, ou encore d'un arrêt publié en 2014 et qui concerne le droit international coutumier en matière de fiscalité<sup>399</sup>. Certaines prises de position des autorités exécutives sont elles aussi susceptibles de fournir des indications plus précises quant à la pratique d'identification des autorités suisses. Les autorités législatives, quant à elle, ne jouent qu'un rôle négligeable dans l'identification de la norme de droit international coutumier, même si elles peuvent contribuer à la clarifier. Outre la précision de l'identification, on peut aussi mentionner sa qualité,

---

<sup>396</sup> Stefan Talmon, 'Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion', (2015) 26:2 *European Journal of International Law* 417-443, p. 419. Contra: Omri Sender et Michael Wood, 'The International Court of Justice and Customary International Law: A Reply to Stefan Talmon', EJIL: Talk!, 30 novembre 2015, <http://www.ejiltalk.org/the-international-court-of-justice-and-customary-international-law-a-reply-to-stefan-talmon/>.

<sup>397</sup> CDI, 'Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 8 mars 2016, UN Doc A/CN.4/695, p. 5 s, par. 16.

<sup>398</sup> TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012.

<sup>399</sup> TAF, arrêt A-4771/2012 du 2 juillet 2014.

renforcée par la collaboration régulière entre autorités suisses, et notamment, nous l'avons vu, entre la DDIP et les autres autorités exécutives ou judiciaires.

Un deuxième point à relever concerne la *quantité* de prises de positions relatives à l'identification du droit international coutumier dans un domaine matériel donné. Les domaines matériels particulièrement pertinents pour la Suisse, et pour ses relations internationales, sont généralement ceux où la pratique d'identification est la plus importante sur le plan quantitatif. En fait, dans certains domaines matériels du droit international coutumier, la Suisse est l'un des seuls Etats à contribuer à l'identification de ce droit (voir *supra*, I.3). L'impact de sa pratique d'identification sur la formation du droit international coutumier peut donc en devenir d'autant plus important. Cet état de chose explique également le caractère parfois stratégique et autoréférentiel de la pratique d'identification des autorités suisses.

Troisièmement, le fait que les autorités suisses parlent souvent d'une seule voix confère à leur pratique d'identification un poids accru sur le plan international. Dans ce contexte, le *caractère exceptionnel des conflits entre autorités* est une raison supplémentaire qui expliquerait que la pratique suisse d'identification du droit international coutumier soit influente sur le plan international.

Certains éléments sont toutefois susceptibles d'*affaiblir* l'impact de la pratique d'identification du droit international coutumier des autorités suisses sur le plan international. L'existence de motivations stratégiques et la tendance à l'autoréférence peuvent diluer l'*opinio juris* et rendre la pratique suisse d'identification du droit international coutumier moins pertinente du point de vue d'autres Etats et d'organes internationaux. Partant, l'influence potentielle sur la formation du droit international coutumier sera, elle aussi, réduite d'autant.

A noter qu'il faudrait une étude de droit international comparé pour pouvoir identifier toutes les dimensions de la pratique suisse de formation du droit international coutumier et, plus largement, la contribution de sa pratique d'identification à la formation du droit international coutumier. Une telle analyse comparative dépasse malheureusement le champ de la présente étude<sup>400</sup>.

---

<sup>400</sup> Voir p.ex. Stirling-Zanda, *L'application judiciaire du droit international coutumier*, *op.cit.* ; Stirling-Zanda, 'The Determination of Customary International Law', *op.cit.*

## IV. Les autres questions relatives à la détermination des autorités suisses

### 1. La modification et l'extinction du droit international coutumier

La détermination du droit international coutumier vise à établir son existence et son contenu, mais peut aussi en identifier la modification ou l'extinction. Dans son second rapport, le Rapporteur spécial met, par exemple, en évidence l'importance de l'*opinio juris* pour distinguer la modification d'une norme de droit international coutumier de sa violation<sup>401</sup>. Par ailleurs, puisque l'identification influe sur la formation, il est évident que cela inclut aussi, et peut-être même surtout, la modification et l'extinction du droit international coutumier.

La modification et l'extinction du droit international coutumier ont été mentionnées par les autorités suisses à plusieurs reprises dans le contexte de leur pratique de détermination. Les extraits disponibles à ce sujet émanent essentiellement des autorités exécutives<sup>402</sup>.

Dans de nombreux cas, les autorités suisses ont relevé une évolution dans le droit international coutumier en rapport avec des domaines et questions spécifiques.

Une évolution est notamment constatée par les autorités suisses dans le domaine du droit des immunités. Il est rare, cependant, que les autorités suisses citent des éléments susceptibles d'attester de cette évolution<sup>403</sup>. Le droit international humanitaire, lui aussi, est en phase

---

<sup>401</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 46, par. 60, note 185.

<sup>402</sup> Exemples :

- Au sujet du conflit potentiel entre deux normes de droit international coutumier, le Conseil fédéral a précisé que « vu la manière dont naît le droit coutumier (voir ch. 4.3), un conflit n'est pas imaginable. S'il apparaît une nouvelle règle coutumière, contraire à une norme précédente, la plus ancienne disparaît. » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2086)
- Le Conseil fédéral note aussi que le droit international coutumier est, de manière générale, « en constante évolution » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2088).

<sup>403</sup> Exemples :

- « Elle va dans le sens susmentionné sans pour autant figer prématurément à un certain stade le régime des immunités dans le cadre du droit international, régime qui en est au début d'une évolution » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 401)
- « Après avoir procédé à un examen approfondi de l'évolution des conceptions, auquel on peut se référer (ATF 120 II 400, c. 3b et c, pp. 403 et ss), la Cour de céans est parvenu (sic) à la conclusion suivante: (...) ». Le Tribunal fédéral déclare également que sa jurisprudence « ne fait que refléter l'état actuel de l'évolution des conceptions dans le domaine considéré (ATF 120 II 400, c. 3d in fine). » (Arrêt du TF du 17 janvier 2003 en l'affaire République X. c. A., consid. 3.3)

d'évolution, comme le déclarent les autorités suisses. Les exemples sont particulièrement nombreux dans la pratique suisse<sup>404</sup>. Enfin, concernant le domaine des relations diplomatiques et consulaires, la DDIP, dans une note consacrée à la doctrine *Calvo*, a analysé la pratique des Etats concernés pour conclure que la doctrine en question n'était plus appliquée<sup>405</sup>.

- 
- Toujours en matière d'immunités, une « requête visant un examen de la réciprocité par le Département fédéral des affaires étrangères (...) irait à l'encontre de l'évolution du droit au niveau universel. » (Réponse écrite donnée le 11 mai 2005 par le Conseil fédéral à un postulat déposé le 18 mars 2005 par M. Freysinger, député au Conseil national)
  - Voir cependant l'arrêt du TPF dans l'affaire *Nezzar*, plus précis : « Une évolution sensible de la pratique internationale est perceptible dès les années 1990. A titre, d'exemple, il faut relever les arrêts rendus dans cette même période par la Chambre des Lords au sujet de l'ancien président chilien Augusto Pinochet » (TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012, consid. 5.3.5). Voir aussi consid. 5.3.6 : « un courant (...) a qualifié de tendancieuse la position du Rapporteur puisque ne prenant pas en considération les évolutions en cours du droit international concernant, en particulier, la question des crimes graves de droit international (Rapport ONU 2011, n° 117). »
  - « Le Tribunal pénal fédéral (...) a, à cet égard, conclu qu'une certaine évolution du droit international tendait à restreindre la portée des immunités dans de telles situations » (Déclaration faite le 5 novembre 2012 par le représentant de la Suisse devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Document inédit).

<sup>404</sup> Exemples :

- « De même, pour les tactiques de guérilla et antiguérilla, les dispositions actuelles du droit international humanitaire se révèlent pertinentes, en particulier à la lumière de l'évolution du droit coutumier. » (Conseil fédéral, *Le droit international humanitaire et les conflits armés contemporains, Rapport en réponse au postulat 08.3445 de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats du 20 juin 2008*, 17 septembre 2010 (non publié), p. 19)
- Concernant la distinction entre troupes rebelles et troupes gouvernementales : « Certaines évolutions récentes du droit international coutumier ont certes contribué à limiter cette distinction, mais celle-ci perdue dans le traitement des acteurs non étatiques. » (Conseil fédéral, *Le droit international humanitaire et les conflits armés contemporains, Rapport en réponse au postulat 08.3445 de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats du 20 juin 2008*, 17 septembre 2010 (non publié), p. 20)
- « Le droit international humanitaire tient amplement compte de ces tendances au travers de l'évolution du droit coutumier. » (Conseil fédéral, *Le droit international humanitaire et les conflits armés contemporains, Rapport en réponse au postulat 08.3445 de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats du 20 juin 2008*, 17 septembre 2010 (non publié), p. 28)
- « En comparaison avec les 34 crimes qui tombent sous la compétence de la Cour dans le cas d'un conflit armé international, on constate que seuls seize sont punissables dans un conflit interne. Cette différence provient du fait que l'application du droit international humanitaire aux conflits internes est postérieure à son application aux conflits internationaux et que sa validité selon le droit international coutumier n'était, lors de l'élaboration du Statut, pas encore reconnue dans la même mesure que les règles du droit des conflits armés internationaux. » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 505)
- « La raison en était surtout qu'au moment de l'adoption du Statut de Rome, le droit international coutumier n'était pas aussi largement reconnu par les Etats dans les conflits non internationaux que pour les conflits internationaux en ce qui concerne ces actes. (En note : Cf. message du 15 novembre 2000 relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal (FF 2001 359, ici 505 et 506).) » (Conseil fédéral, *14.021 Message portant approbation des amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs au crime d'agression et aux crimes de guerre*, 19 février 2014, FF 2014 1973, p. 1987).

<sup>405</sup> « Les Etats latino-américains ont commencé peu à peu à se rendre compte des lacunes de la doctrine Calvo et à craindre que les investissements étrangers soient attirés vers d'autres parties du monde. [Mention de l'article 27 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats] Grâce à ce mécanisme, les pays d'Amérique latine ont été d'accord de signer des accords bilatéraux. A titre exemplatif, nous pouvons citer les conventions bilatérales que la Suisse a conclues avec la plupart des Etats d'Amérique du Sud

Finally, the Swiss authorities have also declared that the evolution of international customary law allows to fill « the gaps that exist in the law of treaties »<sup>406</sup>. Often, the evolution of international customary law can even be problematic from the point of view of Swiss law, in particular in criminal law<sup>407</sup>.

The Swiss authorities have suggested that the evolution of international customary law can be established in different ways, notably through doctrine<sup>408</sup> or through codification<sup>409</sup>. In the field of immunities, the evolution has first of all been noted in the light of national foreign jurisprudence, as in the case *Nezzar*<sup>410</sup>. In the same judgment, the TPF also evokes the works of the CDI to establish an evolution in customary law<sup>411</sup>.

In certain cases, the Swiss authorities seem to trace the changes that have intervened on the plane of *opinio juris*. They use notably expressions such as « it becomes increasingly evident that... »<sup>412</sup> or « the idea has begun to impose itself... »<sup>413</sup>.

---

(En note : A ce propos, consulter la liste du SECO (Secrétariat d'Etat à l'économie du Département fédéral de l'économie publique) relative aux accords concernant la promotion et la protection des investissements conclus à ce jour par la Suisse.). Ces accords établissent une procédure de règlement des différends qui n'exclut pas d'emblée l'irrecevabilité de toutes réclamations internationales. » La DDIP conclut : « La doctrine *n'est actuellement plus appliquée*, les pays d'Amérique latine ne s'opposant plus à l'arbitrage international et à la conclusion d'accords bilatéraux en matière de protection des investissements » (Etude élaborée le 1er avril 2003 par la DDIP. Document inédit).

<sup>406</sup> Note de discussion préparée par la DDIP et datée du 7 juillet 2009.

<sup>407</sup> « L'art. 109, al. 1, CPM constitue une norme générale couvrant en principe aujourd'hui déjà toutes les conventions dans le domaine du droit international humanitaire ainsi que le droit coutumier reconnu. Cette norme peut également inclure les conventions et évolutions ultérieures du droit. (En note : Cf. Kurt Hauri, *Kommentar zum Militärstrafgesetz*, Berne 1983, p. 365; Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil*, Saint-Gall 1992, p. 545 ss.) Pour des motifs relevant de l'Etat de droit, en raison en particulier du principe de légalité fortement souligné en droit pénal, des doutes ont été exprimés lors de l'introduction de cette norme: permettrait-elle de déterminer le caractère punissable de tel ou tel comportement en cas de conflit d'une manière suffisamment claire ?<sup>337</sup>. (En note : Cf. message du 18 février 1981 concernant les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève; FF 1981 I 973, 1034.) Bien que le droit suisse réponde déjà aux exigences du Statut en matière de sanction des crimes de guerre, il paraît aujourd'hui judicieux de reformuler de manière plus précise les dispositions de droit national relatives aux crimes les plus graves une fois que la Suisse aura adhéré au Statut [de la CPI]. » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 506).

<sup>408</sup> « Parmi les règles ayant un effet erga omnes se trouve l'interdiction de la violation massive des droits fondamentaux de l'homme. Cette évolution a abouti à la conséquence, dégagée de plus en plus clairement par la doctrine du droit international, que les Etats peuvent réagir par des mesures unilatérales lorsqu'un autre Etat contrevient à cette interdiction. » (Avis de droit rédigé par la DDIP et adressé, le 6 mai 1999, à la Division politique III du DFAE. Document inédit).

<sup>409</sup> « Il existe cependant des domaines dans lesquels les normes du droit international humanitaire ont évolué récemment sur certains points ou dans lesquels des efforts concrets de développement ponctuel sont en cours. » (La participation de la Suisse à différentes négociations est ensuite mentionnée.) (Conseil fédéral, *07.058 Rapport de politique étrangère, juin 2007, Annexe 3 : Guerre asymétrique et droit international humanitaire, possibilités de développement*, 15 juin 2007, FF 2007 5301, p. 5311 s).

<sup>410</sup> TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012, consid. 5.3.5.

<sup>411</sup> TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012, consid. 5.3.6.

<sup>412</sup> Voir p.ex. Conseil fédéral, *06.074 Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte*, 13 septembre 2006, FF 2006 7603, p. 7620 : « Même si le droit international ne prévoyait pas, à l'origine, l'obligation d'accorder des privilèges et immunités à ce genre de représentations, il est très vite devenu évident, au

Enfin, l'évolution du droit international coutumier est parfois affirmée par les autorités suisses sans que celles-ci la documentent par des exemples et des preuves. Une explication possible est que de telles affirmations sont parfois liées à des considérations stratégiques visant à la modification de la coutume par sa détermination, en particulier lorsqu'elles émanent des autorités exécutives.

## 2. L'objection persistante originaire et subséquente

*Projet de conclusion 15 : « 1. Lorsqu'un État a objecté à une règle de droit international coutumier lorsqu'elle était en voie de formation, cette règle n'est pas opposable audit État aussi longtemps qu'il maintient son objection. 2. L'objection doit être exprimée clairement, être communiquée aux autres États et être maintenue de manière persistante. »*

Le troisième rapport du Rapporteur spécial de la CDI contient quelques précisions quant à la notion d'objecteur persistant<sup>414</sup>. Comme l'explique le rapporteur, la « règle de l'objecteur persistant » prévoit « qu'un Etat qui s'est systématiquement opposé à une règle de droit international coutumier en voie de formation et qui continue de s'y opposer après sa cristallisation n'est pas lié par elle »<sup>415</sup>. Il en découle qu'une objection subséquente ne permet pas de se soustraire au caractère obligatoire de la norme de droit international coutumier. Le Rapporteur spécial souligne que l'objection persistante est soumise à des conditions strictes<sup>416</sup>.

---

sein de la communauté internationale, que la reconnaissance d'un statut privilégié aux missions permanentes et à leurs membres s'imposait pour assurer le respect d'autres obligations de l'Etat hôte prévues dans les accords de siège, à savoir notamment celle d'assurer à l'organisation internationale une totale indépendance et la possibilité pour les Etats membres de l'organisation de participer activement aux travaux de cette dernière. ».

<sup>413</sup> « En revanche, l'idée a commencé à s'imposer que la compétence de la Cour pénale internationale, déjà prévue pour les conflits internationaux, pouvait être étendue aux conflits non internationaux à l'égard de l'utilisation de poison et d'armes empoisonnées, de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires ainsi que de tous liquides, matières ou procédés analogues et de balles à expansion. Les auteurs de la proposition ont su faire valoir que l'emploi de ces armes enfreint le droit international coutumier dans les conflits internes comme interétatiques, et que l'opinion contraire défendue par la majorité des Etats en 1998 était maintenant dépassée. Les Etats parties ont également été sensibles au fait que les blessures infligées aux victimes par ces armes sont les mêmes dans un conflit interne ou interétatique. Enfin, un groupe d'Etats aux positions communes (dont la Suisse), le Comité international de la Croix-Rouge et de nombreuses organisations non-gouvernementales ont soutenu l'initiative. L'Assemblée des Etats parties a donc adopté ces propositions en décembre 2009 et mars 2010 pour examen à la Conférence de révision. (En note : Paragraphe opérationnel 3 et annexe III de la résolution ICC-ASP/8/Res.6, 26 novembre 2009 (proposition d'amendement de l'art. 8 du Statut de Rome); paragraphe opérationnel 9 et annexe VIII de la résolution ICC-ASP/8/Res.9, 25 mars 2010 (projet d'éléments des crimes) » (Conseil fédéral, *14.021 Message portant approbation des amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs au crime d'agression et aux crimes de guerre*, 19 février 2014, FF 2014 1973, p. 1987 s).

<sup>414</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 62 ss, par. 85 ss.

<sup>415</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 62, par. 85.

<sup>416</sup> CDI, 'Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 8 mars 2016, UN Doc A/CN.4/695, p. 11, par. 27.

La détermination de l'existence et du contenu du droit international coutumier applicable par les autorités suisses implique non seulement celle de l'existence des deux éléments constitutifs de la coutume, mais aussi d'une éventuelle objection persistante dans la mesure où celle-ci permet de faire échec à l'application de la coutume à un Etat donné, y compris à la Suisse elle-même.

Les notions d'objecteur persistant et d'objecteur subséquent ont été précisées à plusieurs reprises et de manière conjointe par les autorités suisses<sup>417</sup>.

Les autorités suisses n'ont cependant, à notre connaissance, jamais invoqué une objection persistante de la Suisse à la formation de la coutume. Certains auteurs considèrent toutefois que la Suisse a parfois élevé une objection persistante au droit international coutumier. Björn Arp, par exemple, affirme que tel a été le cas dans le cadre de l'élaboration des normes de l'OCDE en matière de lutte contre la concurrence fiscale dommageable<sup>418</sup>.

Dans de nombreuses prises de position, le Conseil fédéral a insisté sur le fait qu'une dénonciation d'un traité n'affecte pas les engagements qui lient l'Etat en vertu du droit international coutumier<sup>419</sup> et qu'une objection subséquente est « pratiquement impossible »<sup>420</sup>.

---

<sup>417</sup> Exemples :

- L'arrêt du TAF du 2 juillet 2014 A-4771/2012 contient des précisions quant à l'objecteur persistant, voir consid. 7.2.2 : « Soltanto se uno Stato si oppone costantemente alla creazione di una norma consuetudinaria, dando a intendere con ripetute proteste che non è disposto a riconoscerle un effetto vincolante (cosiddetto persistent objector), esso non è vincolato da tale norma. Opponendosi, uno o più Stati non possono impedire la nascita di una norma di diritto consuetudinario, ma possono sottrarsi alla sua applicazione. Una volta creata una norma di diritto consuetudinario, è invece praticamente impossibile per uno Stato sottrarsi all'effetto vincolante di una norma consuetudinaria già invalsa (subsequent objector; FF 2010 2032 e 2033). »
- « Toute règle du droit international coutumier déploie en principe ses effets juridiques à l'égard de tout sujet du droit international touché par son objet (En note : Le droit international coutumier n'a pas forcément une portée universelle; il peut avoir des effets régionaux ou naître entre deux Etats.). C'est seulement si un Etat se refuse constamment à reconnaître l'apparition d'une règle coutumière en déclarant à de multiples reprises qu'il n'en accepte par le caractère impératif ('objecteur persistant') que cette règle ne le lie pas. Un Etat ou quelques Etats dans ce cas peuvent donc se soustraire à une règle du droit coutumier, même s'ils ne peuvent en empêcher l'apparition. Par contre, il est pratiquement impossible de se libérer d'une obligation de droit coutumier après qu'elle est apparue ('objecteur subséquent'). » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne*, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2084)

<sup>418</sup> Björn Arp, *International Norms and Standards for the Protection of National Minorities – Bilateral and Multilateral Texts with Commentary*, Martinus Nijhoff, Boston/Leiden 2008, p. 54, n. 201, citant le document 'Recommendations and Guidelines for Dealing with Harmful Tax Practices', Doc. OECD C(98)17, 9 avril 1998.

<sup>419</sup> Voir p.ex. pour la CEDH : Conseil fédéral, *40 ans d'adhésion de la Suisse à la CEDH : Bilan et perspectives*, Rapport en exécution du postulat Stöckli 13.4187 du 12 décembre 2013, 19 novembre 2014, FF 2015 353, p. 400.

<sup>420</sup> Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne*, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2084.

### 3. Le droit international coutumier impératif

Le droit international coutumier peut parfois être impératif et ses normes font alors parties des normes dites de *jus cogens*. Certes, toutes les normes coutumières ne sont pas impératives et toutes les normes impératives ne sont pas coutumières. Il se peut cependant que le droit international coutumier à déterminer soit impératif dans un cas donné. Pour des raisons liées au plan de travail de la CDI, l'identification des normes coutumières de *jus cogens* est considérée comme un cas à part par le Rapporteur spécial, qui n'en traite pas dans ses travaux<sup>421</sup>.

En raison du rapport entre le droit suisse et le droit international et notamment du fait que la seule limite de droit international à une révision constitutionnelle contraire est la violation de normes de *jus cogens*<sup>422</sup>, les autorités suisses ont souvent à faire à ces normes, y compris lorsqu'elles sont coutumières. Il s'ensuit que la détermination du droit international coutumier par les autorités suisses peut inclure la détermination de l'existence et du contenu de normes de *jus cogens*.

Le caractère coutumier de certaines normes de *jus cogens* a souvent été souligné par les autorités suisses. Les extraits concernant des normes de droit international coutumier impératif identifiées par les autorités suisses attestent d'ailleurs de nombreux recouvrements entre les deux concepts<sup>423</sup>. Les normes de droit international coutumier impératif ont

---

<sup>421</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, projet de conclusion 1, ch. 2.

<sup>422</sup> Voir art. 139 al. 3 Cst., art. 193 al. 4 Cst. et art. 194 al. 2 Cst. La Constitution fédérale utilise la notion de « règles impératives de droit international ».

<sup>423</sup> Exemples :

- « Pour ce qui est des crimes commis dans le cadre de conflits internes, certaines dispositions conventionnelles à l'origine ont également acquis aujourd'hui le caractère de règles du droit international coutumier. Cela vaut en premier lieu pour l'art. 3 commun aux quatre Conventions de Genève, selon lequel les Etats parties doivent, sur leur territoire, respecter des normes minimales en matière de traitement respectueux de la dignité humaine des personnes qui ne participent pas aux hostilités. Le caractère coutumier de cette disposition fondamentale a été confirmé aussi bien par la Cour internationale de justice (CIJ) que par les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (En note : Cf. CIJ, Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), jugement 27 juin 1986 (fond), CIJ Recueil 1986, par. 218; TPIY, Chambre d'appel, Le Procureur c. Tadic, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, IT-94-1-AR72, arrêt du 2 octobre 1995, §§ 117 ss; TPIR, Chambre de première instance I, Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, jugement du 2 septembre 1998, par. 606 ss.). Sa violation constitue une infraction au droit international contraignant (*ius cogens*) (En note : Reproduit dans RSDIE 1999, p. 708 ss.), comme le précise également une note de la Direction du droit international public du 23 mars 1998. Par ailleurs, les dispositions de la Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels ainsi que les dispositions centrales du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève possèdent également le statut de droit coutumier. » (Conseil fédéral, 00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 488)
- « Il est cependant généralement reconnu que l'interdiction du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre a un caractère coutumier (En note : Cf. entre autres le ch. 33 du rapport du Secrétaire général de l'ONU du 3 mai 1993 relatif à la création d'un Tribunal pénal international sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, U.N. Doc S/25704.) Les Etats sont tenus de faire respecter cette

interdiction indépendamment de l'existence de règles conventionnelles et de leur validité. Ce devoir vise à préserver les valeurs fondamentales de l'humanité et doit être accompli indépendamment de l'attitude des autres Etats (portée erga omnes). Lorsque ces règles relèvent du droit impératif (jus cogens), toute injonction de l'Etat qui légitimerait, voire encouragerait ce genre de crimes serait nulle et non avenue (En note : Cf. p. ex. l'art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (RS 0.111, entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990): 'Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général.' La Convention définit comme norme impérative 'une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général de même caractère'.) » (Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3474)

- « Il est généralement reconnu que l'interdiction du génocide est dotée du caractère de droit obligatoire et de droit coutumier, ainsi que de l'effet erga omnes (En note : Antonio Cassese, *La communauté internationale et le génocide*, dans: *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mélanges Michel Virally, Paris 1991, p. 186. Cf. aussi CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, CIJ Recueil 1970, par. 34; CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (Bosnie Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt du 11 juillet 1996, par. 31.) » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 461)
- « Il est généralement reconnu que l'interdiction du génocide a un caractère de droit coutumier impératif (jus cogens) ainsi qu'un effet erga omnes. » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 390)
- « Différents jugements du tribunal militaire international de Nuremberg ont par ailleurs confirmé la nature coutumière de l'interdiction de recourir à la force; la violation de cette interdiction contrevient à des normes contraignantes du droit international (ius cogens). » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 483)
- « Aujourd'hui, tout le monde s'accorde pour dire que la torture fait partie du droit coutumier et constitue une norme impérative du droit international (jus cogens). (En note : Cf. TPIY, *Chambre de première instance II, Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic et Esad Landzo*, IT-96-21-T, jugement du 16 novembre 1998, par. 454; Bassiouni, loc. cit., p. 337; Ratner/Abrams, loc. cit., p. 111.) » (Conseil fédéral, *00.090 Message relatif au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à la loi fédérale sur la coopération avec la Cour pénale internationale ainsi qu'à une révision du droit pénal*, 15 novembre 2000, FF 2001 359, p. 477)
- « Heute gilt ein absolutes Gewaltverbot in den internationalen Beziehungen. Dieses Gewaltverbot stützt sich auf Art. 2 Abs. 4 UNO-Charta, gilt aber auch kraft Gewohnheitsrecht, und ist nach überwiegender Ansicht Teil des ius cogens. » (DFJP, OFJ et DDIP, 'Rechtsgrundlagen für Computernetzwerkoperationen durch Dienststellen des VBS'. Gutachten vom 10. März 2009, JAAC 3/2009 du 2 septembre 2009, 2009.10a (p. 141-177), p. 161)
- Dans TF, arrêt 1A.212/2000 du 19 septembre 2000, le TF rappelle que même si les Etats-Unis ne sont pas partie au Pacte II de l'ONU, l'interdiction de renvoyer une personne dans un pays où elle risque d'être soumise à un traitement inhumain fait partie du droit international coutumier impératif et est donc directement applicable aux Etats-Unis en vertu du droit international coutumier (voir consid. 5 a)).
- Dans TAF, arrêt E-3913/2009 (ATAF 2013/22) du 10 mai 2013, le TAF précise que le TF a reconnu que l'art. 33 de la Convention sur les réfugiés relève du droit international impératif coutumier (voir consid. 9.3.1).
- Dans l'ATF 126 II 145, le TF déclare que l'interdiction du génocide relève, selon la conception suisse (« nach schweizerischer Auffassung »), du droit international coutumier impératif avec effet « erga omnes ». Le TF cite, pour attester de ce fait, la Feuille fédérale (Bbl 1999 5532) (voir consid. 4 d)).
- « Selon les principes qui ressortent des courants de doctrine et de jurisprudence exposés plus haut (supra, c. 5.3.3 à 5.3.6), une réponse affirmative à cette question ne fait plus l'unanimité. Il est en effet généralement reconnu que l'interdiction des crimes graves contre l'humanité, notamment en cas de torture, à un caractère coutumier. Cette approche est partagée par le législateur suisse, pour qui 'l'interdiction du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre est de nature impérative (jus cogens)'. » (TPF, arrêt TPF 2012 97 (BB 2011.140) du 25 juillet 2012, consid. 5.4.3).

principalement été identifiées comme telles par référence à des prises de position antérieures des autorités suisses, tant judiciaires qu'administratives, à la doctrine et à des arrêts de tribunaux internationaux.

Certains extraits suggèrent d'ailleurs l'existence d'un droit international impératif régional comme il existe un droit coutumier régional. La pratique suisse est toutefois ambivalente sur ce point (concernant le droit international coutumier régional, voir *infra*, 4)<sup>424</sup>.

Dans certains cas, cependant, la différence entre droit international coutumier non impératif et droit international coutumier impératif a été soulignée, confirmant que le droit international coutumier n'est pas la seule source de *jus cogens*<sup>425</sup>. Dans un Message de 2004, par exemple, le Conseil fédéral souligne d'ailleurs que « [l]e droit international contraignant [sous-entendu : le droit international impératif] se fonde en général sur le droit international

- 
- « A. Sources du principe de non-refoulement. a) Droit coutumier. Au-delà des conventions internationales, le principe de non-refoulement correspond aujourd'hui à une règle de droit international coutumier qui fait partie du droit international impératif (*jus cogens*) (En note : Sur la valeur de droit international coutumier du principe de non-refoulement, voir l'avis de la DDIP du 15 décembre 1993, publié dans JAAC 1994, fasc. 58/IV, n° 128, pp. 781-784 (, Pratique suisse 1993, n° 4.1, RSDIE, vol. 4, 1994, p. 601)). Cette position a été rappelée par le Conseil fédéral: '(L)a Suisse ne peut se libérer des obligations de non-refoulement ni en dénonçant les accords en cause ni par aucun acte juridique. Celles-ci ne reposent pas sur un droit conventionnel résiliable, mais découlent, selon la doctrine et la jurisprudence unanimes, du droit international coutumier à caractère impératif (dit *jus cogens*) (...)[' » (DDIP, 20 juillet 1999).

<sup>424</sup> Exemples :

- « Le Conseil fédéral a confirmé à plusieurs reprises (En note : Voir, en dernier lieu, le rapport du 5.3.2010, ch. 8.7.1.1, et les références qui y sont citées) que la notion de 'règles impératives du droit international' inclut également les garanties de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) (En note : Convention du 4.11.1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)) auxquelles on ne peut déroger même en état de nécessité, énumérées à l'art. 15 CEDH: (...) On peut considérer en outre que, au niveau européen, l'interdiction de la peine de mort (En note : Voir l'article 3 (ainsi que l'exception en temps de guerre figurant à l'article 2) du Protocole n° 6 à la CEDH du 28 avril 1983 concernant l'abolition de la peine de mort (RS 0.101.6; entré en vigueur pour la Suisse le 1er novembre 1987) et l'article 2 du Protocole n° 13 du 19 mai 2002 à la CEDH relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances (RS 0.101.093; entré en vigueur pour la Suisse le 1er juillet 2003).) fait actuellement partie de ces normes (En note : WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, Bâle 2005, pp. 280 et s. La Cour EDH [Cour européenne des droits de l'homme] a relevé, dans l'arrêt *Öcalan* du 12 mai 2005, au paragraphe 163, qu'on 'peut dire que la peine de mort en temps de paix en est venue à être considérée comme une forme de sanction inacceptable, ... qui n'est plus autorisée ...'. » (Conseil fédéral, *Rapport additionnel au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne*, 30 mars 2011, FF 2011 3401, p. 3414)
- Dans l'affaire A, le TF a cependant précisé que l'art. 53 CVDT ne permet en principe pas de « concevoir un *jus cogens* régional » (TF, arrêt 2A.783/2006 du 23 janvier 2008, consid. 8.2 ; voir aussi TF, arrêt 2A.784/2006 du 23 janvier 2008, consid. 8.2 ; TF, arrêt 2A.785/2006 du 23 janvier 2008, consid. 8.2).

<sup>425</sup> Exemples :

- « Conflit entre le droit conventionnel et le droit coutumier: il est possible de déroger, dans un traité international, aux règles du droit coutumier qui ne sont pas du *jus cogens*. En d'autres termes, le droit conventionnel prime les règles non impératives du droit coutumier. » (Conseil fédéral, *Rapport additionnel au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne*, 30 mars 2011, FF 2011 3401, p. 2086)
- Dans un arrêt de 2001, le Tribunal administratif du canton de Zurich précise que le principe de non-refoulement est attribué tantôt au droit international coutumier, tantôt, dans la doctrine plus récente, au droit international impératif (citation d'un ouvrage de doctrine) (VwGer ZH, arrêt VB.2001.00128 du 19 juin 2001, consid. 1.c.aa).

coutumier, mais peut aussi faire partie du droit international conventionnel. Il comporte des règles auxquelles les Etats ne sauraient se soustraire, même s'ils résiliaient les accords internationaux qui les consacrent. »<sup>426</sup>

#### 4. Le droit international coutumier particulier

*Projet de conclusion 16 : « 1. Une règle de droit international coutumier particulier, qu'elle soit régionale, locale ou autre, est une règle de droit international coutumier qui ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États. 2. Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier particulier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale entre les États concernés qui est acceptée par eux comme étant le droit (opinio juris). »*

Comme l'indique le Rapporteur spécial dans son troisième rapport, certaines normes de droit international coutumier ne sont contraignantes « que pour certains Etats ». Ces normes « revêtent dans la plupart des cas la forme d'une coutume régionale ou locale (bilatérale) »<sup>427</sup>. Il y a lieu, pour établir l'existence d'un droit international coutumier régional (ou « particulier », comme le qualifie le Rapporteur spécial<sup>428</sup>), « de déterminer précisément les Etats qui participent à la pratique et qui l'ont acceptée comme étant le droit »<sup>429</sup> (voir aussi le projet de conclusion 16 de la CDI). Dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial note que de telles normes régionales peuvent acquérir, avec le temps, une portée générale<sup>430</sup>.

Les autorités suisses cherchent rarement à identifier l'existence d'un droit international coutumier particulier ou régional, mais certains extraits montrent qu'elles considèrent parfois son existence<sup>431</sup>. Les autorités suisses se sont alors référées à la pratique de certaines

---

<sup>426</sup> Conseil fédéral, 04.039 Message concernant l'initiative populaire « Pour une conception moderne de la protection des animaux (Oui à la protection des animaux !) », 7 juin 2004, FF 2004 3077, p. 3088.

<sup>427</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 57 s, par. 80.

<sup>428</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 57 ss, par. 80 ss.

<sup>429</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 59 s, par. 83.

<sup>430</sup> CDI, 'Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 8 mars 2016, UN Doc A/CN.4/695, p. 12, par. 29.

<sup>431</sup> Exemples :

- « Le droit international coutumier n'a pas forcément une portée universelle; il peut avoir des effets régionaux ou naître entre deux Etat » (Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne, Rapport en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008*, 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2084, note 13)
- Le Conseil fédéral a conclu qu'un examen de la réciprocité en matière d'immunité « ne répondrait pas à l'état actuel du droit international régional pertinent pour la Suisse » ni à « l'évolution du droit au niveau universel ». (Réponse écrite donnée le 11 mai 2005 par le Conseil fédéral à un postulat déposé le 18 mars 2005 par M. Freysinger, député au Conseil national)
- « Depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, le 1<sup>er</sup> novembre 1993, l'Union européenne (UE) s'est également donné les moyens de décréter des sanctions non militaires à l'égard d'Etats ou de

groupes d'Etats qui se rendent coupables d'une violation du droit international ou ont troublé la paix. De telles sanctions sont ainsi considérées comme des moyens d'action légitimes, même au niveau régional, pour lutter contre les violations de la paix et du droit international public, pour sauvegarder les valeurs fondamentales de la démocratie, de l'Etat de droit et le plein respect des droits de l'homme (En note : Rapport sur la neutralité du 29 novembre 1993 (FF 1994 I 223), p. 226). L'UE fait régulièrement usage, parmi les sanctions qu'elle adopte, de mesures interdisant l'octroi de visas (En note : Par exemple, position commune 95/515/politique étrangère et de sécurité commune (PESC) du 4 décembre 1995 relative au Nigeria (Journal officiel des Communautés européennes [JOCE] n° L 298 du 11.12.1995 p. 1, abrogée au 1<sup>er</sup> juin 1999), position commune 96/635/PESC du 28 octobre 1996 relative au Myanmar (JOCE n° L 287 du 8.11.1996 p. 1), position commune 97/193/PESC du 17 mars 1997 relative à des mesures à l'encontre de personnes ayant commis des actes de violence lors des incidents de Mostar (JOCE n° L 81 du 21.03.1997 p. 1), position commune du 15 septembre 1997 concernant des mesures à l'encontre des personnes en Bosnie-Herzégovine agissant contre les accords de paix, décision 1999/424/PESC du Conseil du 28 juin 1999 appliquant la position commune à l'encontre de l'ex-Yougoslavie (JOCE n° L 163 du 29.06.1999 p. 86).). La Suisse, quoique n'étant pas liée par ces décisions, peut décider, sur la base d'une pesée des intérêts, de s'associer à ces sanctions prises en dehors du système des Nations Unies (En note : Sur la conformité avec la neutralité, voir point 42 du rapport sur la neutralité précité, p. 225-226.). » (Avis de droit de la DDIP du 11 août 1999. JAAC 2000, fasc. 64/IV, n° 159)

- « Pour ce qui est toutefois du montant de la réparation et de ses modalités (restitution intégrale, satisfaction d'ordre moral, indemnité pécuniaire, etc.), la pratique est presque inexistante, si ce n'est sur le plan régional (Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme). » (Etude de la DDIP adressée le 10 juillet 2000 à la Division politique IV du DFAE. Document inédit)
- Dans un avis de 1993, la DDIP précise qu'elle « a été priée d'examiner la question de savoir si la doctrine et la pratique des Etats d'Europe occidentale s'expriment sur la qualité juridique du principe de non-refoulement ; en particulier, il lui a été demandé s'il existe des communications officielles ou des décisions d'organes étatiques qui définissent le principe de non-refoulement comme une norme de droit international coutumier ou de *jus cogens* ». La DDIP note que « [s]elon la *doctrine dominante* dans les Etats d'Europe occidentale (et du continent nord-américain), le principe de non-refoulement doit être considéré comme une règle de droit international coutumier, pour le moins de portée régionale [citation de doctrine] » (DDIP, 15 décembre 1993)
- Dans TAF, arrêt A-4771/2012 du 2 juillet 2014, le TAF déclare que le droit international coutumier lie en principe tous les sujets de droit international concernés par son contenu normatif, même s'il peut aussi y avoir de la coutume régionale ou bilatérale (citation de la Feuille fédérale), voir consid. 7.2.1 : « La norma di diritto internazionale consuetudinario esplica in generale il suo effetto giuridicamente vincolante nei confronti di tutti i soggetti di diritto internazionale interessati dal suo contenuto. Con particolare riferimento al caso di specie, si sottolinea che il diritto consuetudinario internazionale non esplica soltanto effetti giuridici universali, bensì può nascere anche su scala regionale o bilaterale (FF 2010 2032 con riferimenti; cfr. anche Scolari, op. cit., pagg. 74 e 75 con i vari riferimenti giurisprudenziali). »
- Un arrêt du TF de 2013 mentionne la pratique régionale, en Europe de l'Est, à laquelle la pratique du Kosovo est conforme, voir ATF 139 V 263, consid. 11 : « Die Neuordnung in den Nachfolgerstaaten des 'alten' Europa (gemeint ist das Auseinanderbrechen der Sowjetunion, der CSFR und Jugoslawiens; vgl. E. 5.1) ist vom Grundsatz geprägt, dass der Wechsel der Gebietshoheit auch den Wechsel der Staatsangehörigkeit der Bevölkerung, die in dem betreffenden Gebiet lebt, zur Folge hatte. Zwar wurde der Wille des Einzelnen in einigen der neuen Staaten berücksichtigt (vgl. HERTIG, a.a.O., S. 436 ff., in Bezug auf die Slowakische und die Tschechische Republik). Eine einheitliche Staatenregelung hinsichtlich der Gewährung eines Optionsrechtes ist aber nicht ersichtlich (Urteil 2C\_36/2012 vom 10. Mai 2012 E. 3.2; IPSEN, a.a.O., S. 361 oben Rz. 35; HAILBRONNER, S. 79 Rz. 50 und S. 85 f. Rz. 63; HAILBRONNER/KAU, a.a.O., S. 220 Rz. 201; eingehend KREUZER, a.a.O., S. 77 ff.). Die Regelung in den Nachfolgerstaaten Jugoslawiens war - grob skizziert - u.a. in Slowenien und Bosnien-Herzegowina von einem kollektiven Wechsel der Staatsangehörigkeit bestimmt. Am 27. April 1992 erkannte (auch) die Bundesrepublik Jugoslawien die anderen Republiken (vgl. E. 5.4 Abs. 1) an und beschränkte den Geltungsbereich ihrer Gesetze auf Serbien und Montenegro. Die am Stichtag 27. April 1992 dort registrierten Personen erhielten automatisch die Staatsangehörigkeit der Bundesrepublik, Staatsangehörige anderer Republiken indessen nur auf Antrag, wobei ihnen eine Doppelbürgerschaft nicht gestattet wurde. Kroatien und Mazedonien berücksichtigten das Domizilprinzip im Rahmen der Optionsmöglichkeiten (vgl. dazu KREUZER, a.a.O., S. 112- 115; vgl. auch TOMISLAV BORIC, Succession d'Etats et problèmes de la citoyenneté dans les ex-républiques yougoslaves, in: Nationalité et succession d'Etats, Collection Science et technique de la démocratie, Europarat [Hrsg.], n° 21, 1998,

organisations internationales ou d'Etats membres de celles-ci, à la doctrine et à certaines juridictions régionales. Dans ce contexte, elles ont cependant davantage insisté sur l'élément de la pratique que sur celui l'*opinio juris*.

Il y a un domaine dans lequel les autorités suisses se refusent à accepter l'existence de normes coutumières régionales. C'est lorsque ces normes sont impératives. Dans l'affaire A de 2008, notamment, le TF a été jusqu'à nier la possibilité de concevoir un *jus cogens* régional<sup>432</sup>.

Pour le surplus, en raison du peu d'extraits disponibles, il est difficile d'établir dans quelle mesure la pratique d'identification du droit international coutumier régional par les autorités suisses obéit à des critères spécifiques.

## 5. La pratique des organisations internationales

*Projet de conclusion 4 : « 1. L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier signifie que c'est principalement la pratique des États qui contribue à la formation ou à l'expression de règles de droit international coutumier. 2. Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue*

---

S. 209-219; Rapport de la Commission de Venise, a.a.O., S. 37 f.). » Voir aussi consid. 12.1 : « Das kosovarische Staatsangehörigkeitsgesetz vom 20. Februar 2008 (...) sieht in seinen Übergangsbestimmungen (Art. 28.1 und Art. 29.1) vor, dass jede Person, die gemäss 'UNMIK Regulation No. 2000/13 on the Central Civil Registry' ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Republik Kosovo hat bzw. am 1. Januar 1998 Bürger der Föderativen Volksrepublik Jugoslawien war und an diesem Tag ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Republik Kosovo hatte, als kosovarischer Staatsangehöriger betrachtet wird. (...) Mit dieser Regelung bewegt sich die Republik Kosovo im regional üblichen Rahmen (vgl. E. 11 Abs. 1).) »

- L'aspect régional est également pertinent pour les autorités suisses en matière de reconnaissance d'Etats : « Face à une déclaration d'indépendance d'un nouvel Etat, la Suisse a coutume d'agir de concert avec les Etats partageant les mêmes vues et qui sont représentants de la communauté internationale. Figurent généralement au nombre de ceux-ci les Etats membres de l'UE (Union Européenne), les pays de l'AELE (Association européenne de libre-échange), éventuellement les Etats-Unis et les principaux Etats de la région considérée. » (Extrait d'une note de la DDIP du 19 février 2008)
- La DDIP a aussi mentionné la notion de « courtoisie régionale » (Note de la DDIP du 28 janvier 2008).

<sup>432</sup> « L'article 53 CV ne contient pas d'exemple de normes impératives de droit international général (Rapport de la Commission du droit international, Commentaire ad art. 50, Annuaire de la Commission du droit international 1966 II, p 269 s.). Les mots 'par la communauté internationale des Etats dans son ensemble' ne permettent pas d'exiger qu'une règle soit acceptée et reconnue comme impérative par l'unanimité des Etats. Il suffit d'une très large majorité. A titre d'exemple, on cite généralement les normes ayant trait à l'interdiction du recours à la force, de l'esclavage, du génocide, de la piraterie, des traités inégaux et de la discrimination raciale (Eric Suy, op. cit., n° 12 ad art. 53 CV, p. 1912; Nguyen Quoc Dinh/Patrick Daillier/Alain Pellet, Droit international public, 7ème éd., LGDJ 2002, n° 127, p. 205 ss; Joe Verhoeven, Droit international public, Larcier 2000, p. 341 ss). Cette liste d'exemples ne comprend pas les droits tirés des articles 14 Pacte ONU II et 6 CEDH, dont se prévaut la recourante. Leur simple reconnaissance par le Pacte international sur les droits civils et politiques et la Convention européenne des droits de l'homme ne leur confère pas encore le caractère de norme impérative du droit international général. Il résulte en outre des travaux à l'origine de l'article 53 CV et de la lettre de cette disposition qu'on ne saurait en principe concevoir un *jus cogens* régional (Eric Suy, op. cit., n° 9 ad art. 53 CV, p. 1910; le sujet est controversé en doctrine, cf. notamment: Eva Kornicker, *Ius cogens und Umweltvölkerrecht*, Thèse Bâle 1997, p. 62 ss et les nombreuses références citées). » (TF, arrêt 2A.783.2006 du 23 janvier 2008, consid. 8.2 ; voir aussi TF, arrêt 2A.784/2006 du 23 janvier 2008, consid. 8.2, et TF, arrêt 2A.785/2006 du 23 janvier 2008, consid. 8.2).

*également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier. 3. La conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2. »*

Le Rapporteur spécial de la CDI constate, dans son deuxième rapport, que « les actes des organisations internationales auxquels les Etats ont donné mandat peuvent également contribuer à la formation d'une pratique générale dans les domaines d'activité de ces organisations ou en témoigner »<sup>433</sup>. Il ajoute que « [s]i l'on a avancé l'idée que les organisations internationales permettent de constater la coutume rapidement, il reste qu'il faut s'entourer d'infinies précautions s'agissant d'en apprécier la pratique »<sup>434</sup>. Dans son troisième rapport, le rapporteur souligne que « la pratique des organisations internationales devrait en principe être assimilée à celle des Etats eux-mêmes »<sup>435</sup>. Selon le Rapporteur spécial, les organisations internationales sont donc des catalyseurs de la pratique étatique<sup>436</sup>. On ne peut exclure toutefois qu'elles puissent entraîner la formation de normes coutumières applicables dans leurs relations internes ou entre elles<sup>437</sup>.

La pratique des organisations internationales doit être attribuable à l'Etat. Cette exigence découle du projet de conclusion 5, selon lequel « [l]a pratique de l'Etat consiste dans le comportement de celui-ci, dans l'exercice d'une fonction exécutive, législative, judiciaire ou autre ». Le deuxième rapport du Rapporteur spécial mentionne, sous cet angle, « les actes des organisations internationales auxquels (sic) les Etats ont donné mandat »<sup>438</sup>. Dans son troisième rapport, il note aussi que « [c]'est lorsque les Etats ont attribué leurs compétences aux organisations internationales que leur participation à la formation et à l'identification des règles du droit international coutumier est la plus claire. »<sup>439</sup> Le rapporteur mentionne principalement l'exemple d'organisations auxquelles les Etats ont « transféré des compétences exclusives »<sup>440</sup>.

---

<sup>433</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 30 s, par. 43.

<sup>434</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 31 s, par. 43.

<sup>435</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 51, par. 71.

<sup>436</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 53 s, par. 75.

<sup>437</sup> CDI, 'Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 8 mars 2016, UN Doc A/CN.4/695, p. 7, par. 20.

<sup>438</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 30, par. 43.

<sup>439</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 55 s, par. 77.

<sup>440</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 32, par. 44.

Dans ce cadre, il convient de prêter une attention particulière aux organes ou entités au sein de ces organisations qui sont constitués de représentants des Etats<sup>441</sup>. Les actes du secrétariat de l'organisation, quant à eux, sont de pertinence moindre par rapport à ceux des organes intergouvernementaux<sup>442</sup>. Le Rapporteur spécial reconnaît toutefois que les activités du secrétariat des organisations internationales s'apparentant à celles des Etats, comme la pratique du Secrétaire général de l'ONU en tant que dépositaire de traités, sont susceptibles en elles-mêmes de revêtir une importance dans l'identification et la formation du droit international coutumier<sup>443</sup>. Les résolutions des organes des organisations internationales peuvent être pertinentes tant sous l'angle de la pratique que sous l'angle de l'*opinio juris* des Etats<sup>444</sup>. Dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial rappelle qu'étant donné que les organisations internationales ne sont pas des Etats et que leurs caractéristiques diffèrent, leur pratique doit être examinée avec précaution dans chaque cas concret afin de déterminer si elle contribue « à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier », comme le prévoit le projet de conclusion 4, ch. 2 (voir aussi projet de conclusion 12)<sup>445</sup>.

La Suisse, en tant que membre des Nations Unies et du Conseil de l'Europe, se réfère avant tout à la pratique des organes de ces deux organisations. De fait, les autorités suisses se sont souvent référées à la pratique de certains organes des Nations Unies, comme le Secrétaire général, les organes des traités, l'ancienne Commission des droits de l'homme ou encore certains Comités spéciaux des Nations Unies.

La pratique du Secrétaire général de l'ONU en tant que dépositaire de conventions internationales a été mentionnée à plusieurs reprises par les autorités suisses<sup>446</sup>. Dans certains

<sup>441</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 31, par. 43.

<sup>442</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 31, par. 43.

<sup>443</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 54 s, par. 76.

<sup>444</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 53, par. 74.

<sup>445</sup> CDI, 'Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 8 mars 2016, UN Doc A/CN.4/695, p. 7, par. 20.

<sup>446</sup> Exemples :

- « Les dépositaires ont la pratique d'accueillir et de faire circuler les instruments renfermant des déclarations relatives à l'application limitée de traités, ou à leur non-application aux Territoires, laissant aux autres Parties le soin de tirer de ces déclarations les conclusions qui leur paraissent appropriées. Cette pratique correspond à celle également suivie par le Secrétaire général des Nations Unies dans l'exercice de ses fonctions de dépositaire. » (Communication de la DDIP du 5 avril 2004)
- « S'agissant de réserves faites après la ratification, le Secrétaire général des Nations Unies précise (paragraphe 204-206 de son Guide de la pratique en tant que dépositaire (Nations Unies, document ST/LEG/7, Rev. 1)), que 'under established customary international treaty law, as codified by the Vienna Convention on the Law of Treaties, reservations may only be made (when allowed) at the time of signing or of depositing an instrument of ratification or the like, or alternatively, with the unanimous consent of all parties concerned. The Secretary-General normally follows the above-mentioned principles. (...) » (Communication de la DDIP du 19 décembre 2008. Document inédit)
- « Le Secrétaire général de l'ONU précise également en son Guide de la pratique en tant que dépositaire (En note : Nations Unies, document ST/LEG/7/Rev. 1) que, 'en vertu du droit international coutumier en matière de traités, tel qu'il a été codifié par la Convention de Vienne sur le droit des traités, une

cas, les autorités suisses ont cité la pratique, en tant que dépositaire, non seulement du Secrétaire général de l'ONU, mais aussi du Conseil de l'Europe<sup>447</sup>. Cette approche n'est pas contraire à la recommandation du Rapporteur spécial, dans son second rapport, d'accorder davantage de poids aux organes intergouvernementaux qu'au secrétariat des organisations internationales<sup>448</sup>. Le Secrétaire général, par exemple, en tant que dépositaire de traités internationaux, remplit une fonction qui s'apparente à celle d'un Etat<sup>449</sup>. Les autorités suisses ont aussi mentionné d'autres prises de positions du Secrétaire général de l'ONU, notamment en ce qui concerne le caractère de droit international coutumier de certains crimes<sup>450</sup>. Dans de rares cas, les autorités suisses se sont référées à d'autres organismes des Nations Unies<sup>451</sup>.

Il est plus rare que les autorités suisses renvoient à la pratique du Conseil de l'Europe<sup>452</sup>. Dans des cas isolés, les autorités suisses se sont référées à la pratique des organes de l'Union européenne<sup>453</sup>.

---

réserve (si elle est permise) doit être formulée au moment de la signature ou du dépôt de l'instrument de ratification, d'adhésion, etc., ou, sinon, avec l'agrément de toutes les Parties intéressées' (par. 204). (...)» (DFAE/DDIP, 'Réserves tardives à un traité international', Avis de droit du 20 juillet 2009, JAAC 3/2009 du 2 septembre 2009, 2009.11 (p. 215-218), p. 216).

<sup>447</sup> Mention du Secrétaire général de l'ONU et du Conseil de l'Europe en tant que dépositaires de Conventions (Guide de la pratique en matière de traités internationaux de février 2010, pp. 16-17).

<sup>448</sup> CDI, 'Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 22 mai 2014, UN Doc A/CN.4/672, p. 31, par. 43.

<sup>449</sup> CDI, 'Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial', 27 mars 2015, UN Doc A/CN.4/682, p. 55, par. 76.

<sup>450</sup> « Il est cependant généralement reconnu que l'interdiction du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre a un caractère coutumier (En note : Cf. entre autres le ch. 33 du rapport du Secrétaire général de l'ONU du 3 mai 1993 relatif à la création d'un Tribunal pénal international sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, U.N. Doc S/25704.). » (Conseil fédéral, *08.034 Message relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 avril 2008, FF 2008 3461, p. 3474).

<sup>451</sup> Exemples :

- « On citera néanmoins dans ce contexte le projet de Principes fondamentaux et de directives concernant le droit à réparation des victimes de violations [flagrantes] des droits de l'homme et du droit international humanitaire (dites 'Directives van Boven', du nom de leur rédacteur), que la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a soumis à tous les Etats par sa Résolution 1997/29 adoptée le 11 avril 1997. » (DDIP, 'Droits de l'homme. Observations générales sur la question de la réparation des violations et en particulier sur le droit d'obtenir réparation', Note du 10 juillet 2000, JAAC 66.126)
- « Le principe selon lequel une réparation est due en cas de violation des droits de l'homme n'est que peu reflété dans la pratique des Etats, qui généralement concentrent leurs interventions auprès d'autres Etats sur une demande de simple cessation des violations constatées. En revanche, ce principe est largement confirmé dans la jurisprudence des différents organes chargés du contrôle - politique ou juridictionnel - de la mise en œuvre des conventions relatives aux droits de l'homme. Il en va ainsi tout particulièrement du Comité des droits de l'homme institué par le pacte II relatif aux droits civils et politiques, de l'ancienne Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme de même que de la Commission et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. » (Etude de la DDIP adressée le 10 juillet 2000 à la Division politique IV du DFAE. Document inédit)
- Le Conseil fédéral a aussi cité une déclaration du Président du Comité spécial sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens confirmant que les questions non réglées par la Convention continuent d'être régies par les règles du droit international coutumier (Conseil fédéral, *09.024 Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention de l'ONU sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, 25 février 2009, FF 2009 1443, p. 1455).

<sup>452</sup> Exemple :

- « Sowohl der von der Völkerrechtskommission (engl. International Law Commission; ILC) - ein Nebenorgan der UNO, in welchem 34 unabhängige Rechtsexperten, die die wichtigsten Rechtssysteme

L'usage fait par les autorités suisses de décisions des tribunaux de certaines organisations internationales et régionales a été discuté précédemment au titre des sources d'identification de la coutume (voir sous II.2.a)aa)). Le rôle des résolutions d'organes des organisations internationales, et notamment de l'ONU, quant à lui, a été analysé à la lumière du projet de conclusion 6, ch. 2 (voir *supra*, III.1.a)aa)(2)).

En conclusion, les autorités suisses se réfèrent avant tout à la pratique des organes et autres entités des Nations Unies pour identifier ou confirmer l'existence d'une norme de droit international coutumier.

---

der Welt repräsentieren, Einsitz haben - an ihrer 51. Tagung (1999) verabschiedete, 26 Artikel umfassende Deklarationsentwurf zu den Regeln über die Staatsangehörigkeit natürlicher Personen im Fall der Staatennachfolge (Draft Articles on Nationality of Natural Persons in relation to the Succession of States with commentaries, abrufbar unter <http://www.un.org/law/ilc> unter Research Guide, Annual Reports; vgl. auch die an die UNO gerichtete Stellungnahme der Schweiz zum Entwurf der ILC vom 30. Oktober resp. 27. November 1997, veröffentlicht in SZIER 1998 S. 662 oben) als auch die weniger dicht gehaltene Draft Declaration on the Consequences of State Succession for the Nationality of Natural Persons vom 14. September 1996 der European Commission for Democracy Law (Venice Commission) des Europarates (kurz: Draft Declaration, abrufbar unter <http://hub.coe.int/de/what-we-do/democracy/venice-commission> unter Dokumente, Topics, Nationality, CDL-NAT [1996]) - ebenfalls vorwiegend ein Expertengremium, das den Europarat in Verfassungsfragen berät - bestätigen im Wesentlichen die dargelegte Staatenpraxis. » (ATF 139 V 263, consid. 11).

<sup>453</sup> « Depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, le 1<sup>er</sup> novembre 1993, l'Union européenne (UE) s'est également donné les moyens de décréter des sanctions non militaires à l'égard d'Etats ou de groupes d'Etats qui se rendent coupables d'une violation du droit international ou ont troublé la paix. De telles sanctions sont ainsi considérées comme des moyens d'action légitimes, même au niveau régional, pour lutter contre les violations de la paix et du droit international public, pour sauvegarder les valeurs fondamentales de la démocratie, de l'Etat de droit et le plein respect des droits de l'homme (En note : Rapport sur la neutralité du 29 novembre 1993 (FF 1994 I 223), p. 226]. L'UE fait régulièrement usage, parmi les sanctions qu'elle adopte, de mesures interdisant l'octroi de visas (En note : Par exemple, position commune 95/515/politique étrangère et de sécurité commune (PESC) du 4 décembre 1995 relative au Nigeria (Journal officiel des Communautés européennes [JOCE] n° L 298 du 11.12.1995 p. 1, abrogée au 1<sup>er</sup> juin 1999), position commune 96/635/PESC du 28 octobre 1996 relative au Myanmar (JOCE n° L 287 du 8.11.1996 p. 1), position commune 97/193/PESC du 17 mars 1997 relative à des mesures à l'encontre de personnes ayant commis des actes de violence lors des incidents de Mostar (JOCE n° L 81 du 21.03.1997 p. 1), position commune du 15 septembre 1997 concernant des mesures à l'encontre des personnes en Bosnie-Herzégovine agissant contre les accords de paix, décision 1999/424/PESC du Conseil du 28 juin 1999 appliquant la position commune à l'encontre de l'ex-Yougoslavie (JOCE n° L 163 du 29.06.1999 p. 86).). La Suisse, quoique n'étant pas liée par ces décisions, peut décider, sur la base d'une pesée des intérêts, de s'associer à ces sanctions prises en dehors du système des Nations Unies (En note : Sur la conformité avec la neutralité, voir point 42 du rapport sur la neutralité précité, p. 225-226.). » (Avis de droit de la DDIP du 11 août 1999. JAAC 2000, fasc. 64/IV, n° 159).

## D. Une synthèse générale

Cette dernière section propose une synthèse générale de la pratique suisse relative à la détermination du droit international coutumier, et à son identification en particulier. Sa structure suit celle de la présente étude, et en reprend brièvement les principales conclusions.

### I. Les spécificités suisses en matière de détermination du droit international coutumier

Quelques-unes des spécificités de l'ordre juridique suisse en général que l'étude a identifiées éclairent certaines des particularités de la pratique suisse de détermination du droit international coutumier.

Les premières spécificités concernent la relation du droit international coutumier au droit suisse. Cette relation est, tout d'abord, marquée par le *monisme* de l'ordre juridique suisse. Le monisme implique la validité immédiate du droit international coutumier en droit suisse, et ce sans transposition. Ceci explique que les autorités exécutives et judiciaires soient davantage impliquées dans la détermination de ce droit que les autorités législatives en pratique. La pratique suisse du droit international reconnaît également une *primauté* de principe au droit international (y compris coutumier) sur le droit suisse. A l'exception des normes de droit international coutumier qui constituent aussi du *jus cogens*, cette primauté ne concerne toutefois pas l'intégralité des sources du droit interne, et notamment pas le droit constitutionnel ni les lois fédérales postérieures, ce qui soulève quelques difficultés d'application pour le droit international coutumier aussi – excepté pour le droit international coutumier des droits de l'homme qui, à l'instar du droit international des droits de l'homme en général, a la primauté sur les lois fédérales contraires. A noter que la difficulté pour la Suisse de se soustraire unilatéralement à ses obligations de droit international coutumier en cas de conflit avec son droit constitutionnel est au cœur des débats actuels en Suisse sur la manière de résoudre le problème causé par les initiatives constitutionnelles contraires au droit international. Enfin, la pratique suisse reconnaît, aux conditions usuelles, un *effet direct* à certaines normes de droit international, y compris coutumier. L'invocabilité directe de certaines normes de droit coutumier, comme en matière d'immunités, fournit dès lors une explication de la pratique importante et détaillée de détermination de la coutume par les autorités suisses dans certains domaines et notamment à la pratique judiciaire provoquée par d'éventuels recours individuels. Une exception importante concerne les normes de droit international pénal dont l'effet direct n'est habituellement pas admis par les autorités suisses pour des raisons liées aux spécificités du droit pénal, et notamment au principe de légalité. De manière générale, la « *Völkerrechtsfreundlichkeit* » dont font preuve l'ordre juridique suisse et ses autorités vis-à-vis du droit international bénéficie aussi au respect du droit international

coutumier en Suisse et donc à la pratique suisse de détermination du droit international coutumier qu'on peut qualifier de généreuse.

Parmi les autres spécificités, deuxièmement, l'étude a relevé une série de particularités institutionnelles de la Suisse. Il s'agit, bien sûr, de la *séparation des pouvoirs*, et notamment du principe de l'*indépendance du pouvoir judiciaire*. Cette dernière est particulièrement pertinente dans les domaines de droit international coutumier où la dualité du positionnement national et international des autorités exécutives fédérales pourrait se faire ressentir, comme en matière d'immunités. Et ce d'autant plus que l'une des caractéristiques de la pratique suisse de détermination est l'implication importante de la DDIP, et donc de la participation de l'exécutif, dans la pratique de détermination, soit seule, soit en amont. On mentionnera notamment la publication, sous son contrôle, d'une partie de la pratique suisse de détermination du droit international coutumier sous la forme de la « Pratique suisse en matière de droit international public ». De manière générale, la pratique suisse se caractérise par une grande déférence entre autorités et l'absence de conflits interinstitutionnels sur la détermination du droit international coutumier. Il faut aussi mentionner l'*art. 190 Cst.* et l'obligation du juge suisse d'appliquer le droit international coutumier même lorsqu'il est contraire au droit constitutionnel ou encore d'appliquer le droit constitutionnel ou fédéral en général même s'il viole le droit international coutumier. Une autre dimension institutionnelle de la pratique suisse de détermination du droit international coutumier est la grande liberté des autorités suisses du fait de l'*absence d'obligation de droit suisse de recourir à ce droit*, et donc aussi de le déterminer d'une manière ou d'une autre. Cette liberté se reflète dans la multiplicité des approches selon les domaines, les questions et les institutions en cause, mais surtout dans la créativité de certaines des prises de position des autorités suisses. Une troisième particularité institutionnelle qui a été relevée est le *fédéralisme*. Cela explique le rôle important de la pratique cantonale de détermination du droit international coutumier dans les domaines qui relèvent de la souveraineté cantonale, comme celui de la sécurité ou de l'aménagement du territoire, et ses implications en matière d'immunités, par exemple.

Finalement, l'étude souligne l'*importance de certains domaines matériels de droit international coutumier* pour la pratique suisse, comme le droit des immunités, le droit international humanitaire, le droit de la neutralité ou le droit des relations consulaires et diplomatiques. L'importance de ces domaines pour la Suisse, et ce tant sur le plan national qu'international, notamment en l'absence de droit suisse correspondant, explique le volume, mais aussi le sérieux et la qualité de la pratique de détermination du droit international coutumier par les autorités suisses dans ces domaines. A leur tour, la quantité et la qualité de cette pratique d'identification éclaire son rôle dans la formation du droit international coutumier, surtout dans les domaines où la Suisse est l'un des rares Etats à participer à la détermination de ce droit. Différents aspects de la pratique suisse de détermination du droit international coutumier, comme l'importance de la qualité d'« Etat particulièrement intéressé » de la Suisse, mais aussi, par conséquent, la tendance des autorités suisses à

l'autoréférence en matière de détermination et leur positionnement souvent stratégique en la matière, trouvent là une partie de leur explication.

## II. Le cadre de détermination du droit international coutumier

L'étude a identifié et analysé trois variables dans le cadre de la détermination du droit international coutumier par les autorités suisses. Selon les combinaisons que l'on rencontre entre ces trois dimensions, la pratique suisse de détermination peut présenter un aspect très différent.

En ce qui concerne les *institutions* qui identifient le droit international coutumier, premièrement, ce sont les autorités exécutives qui offrent la pratique la plus détaillée. C'est notamment la pratique du Conseil fédéral et de la DDIP qui est la plus précise, soit de manière principale, soit en amont de la prise de position d'une autre autorité. Elle concerne tous les domaines du droit international coutumier. Il est rare cependant que le raisonnement des autorités exécutives identifie clairement les deux éléments constitutifs de la coutume et les analyse de manière rigoureuse. La pratique exécutive fait en outre preuve d'un grand éclectisme en ce qui concerne les sources d'identification utilisées. La pratique des tribunaux suisses, et notamment du Tribunal fédéral, est moins fournie et précise que celle des autorités exécutives, même s'il y a des exceptions notamment dans certains domaines du droit international coutumier comme les immunités. Il est très rare que la jurisprudence examine les deux éléments constitutifs de la coutume en détail. Il y a des exceptions, cependant, mais qui tiennent le plus souvent au domaine, et notamment à la mise en cause de droits individuels, comme en matière d'immunités, ou à la formation de jugement. Quant aux sources utilisées dans la détermination judiciaire de la coutume, il s'agit avant tout de droit international conventionnel, de sources suisses ou, bien que plus rarement, de doctrine. Le législateur, quant à lui, ne prend que très rarement position en matière d'identification du droit international coutumier, et cela pour des raisons liées notamment au monisme suisse et à l'effet direct de nombreuses normes de droit international coutumier dans l'ordre juridique suisse. Lorsque c'est le cas, c'est avant tout en matière de droit international pénal et de droit des relations diplomatiques et consulaires. De manière générale, il existe peu de conflits entre ces différentes institutions dans l'identification du droit international coutumier. Au contraire, elles collaborent souvent par le biais de références croisées à leurs prises de position respectives. C'est surtout le cas entre la DDIP et les tribunaux fédéraux ou le législateur fédéral.

Deuxièmement, l'identification du droit international coutumier peut varier en fonction de la *question juridique* en cause. Cette dernière influe en effet souvent sur le niveau de détail de la pratique en question et sur la présence de considérations extrajuridiques dans le raisonnement des autorités. Il s'agit parfois de questions de pure application du droit international

coutumier. Tel est surtout le cas dans la pratique d'identification des autorités exécutives. Lorsque c'est le rapport entre droit international coutumier et droit national qui est en jeu, la question est rarement problématique : la conformité de l'un à l'autre a souvent été soulignée et, sinon, devient un objectif dans la pratique d'identification, notamment en lien avec l'appréciation de l'évolution du droit international coutumier qui est fréquente dans la pratique suisse. C'est surtout la pratique judiciaire de détermination du droit international coutumier qui a à faire aux conflits entre droit suisse et droit international coutumier et doit les résoudre, même si le législateur en traite aussi quelques fois. Enfin, les conflits entre deux normes coutumières sont considérés comme difficilement « imaginables » par les autorités suisses et ne sont donc que rarement envisagés par la pratique suisse de détermination du droit international coutumier. De manière générale, on peut noter que la mise en cause de droits individuels, d'une part, et l'absence de droit suisse dans le domaine concerné, d'autre part, influent sur le degré de détail de la pratique d'identification des autorités suisses.

Enfin, plusieurs *domaines matériels* du droit international coutumier occupent une place importante dans la pratique suisse, et la pratique suisse d'identification du droit international coutumier peut donc varier entre ces domaines. Les variations ne sont pas suffisantes, cependant, pour que l'on considère la pratique suisse d'identification comme autonome dans chacun d'entre eux. Ce que l'on observe cependant est la dimension parfois stratégique de la pratique d'identification des autorités suisses dans des domaines du droit international coutumier matériellement importants pour la Suisse et dans lesquels ces autorités sont parmi les seules à devoir si fréquemment identifier le droit international coutumier applicable et à contribuer, par conséquent, à sa formation. Les variations de la détermination entre domaines résident dans les autorités impliquées à chaque fois selon que le domaine concerne les affaires intérieures ou extérieures de la Suisse, et ensuite surtout dans la pondération qu'effectuent les autorités entre les différentes sources considérées comme pertinentes pour l'identification du droit international coutumier. Les travaux de codification du CICR, par exemple, jouent un rôle important en droit international humanitaire ; le domaine des immunités est marqué par une déférence vis-à-vis des autorités judiciaires suisses ; le droit international pénal, quant à lui, est caractérisé par des références fréquentes à la jurisprudence pénale internationale.

### **III. Les moyens de détermination du droit international coutumier**

L'étude a distingué, au titre des moyens de détermination du droit international coutumier en Suisse, entre le recours par les autorités suisses à d'autres sources du droit international au sens strict que sont les traités et les principes généraux ; les sources ou moyens auxiliaires de détermination au sens large que sont la jurisprudence et la doctrine ; et, enfin, les « méthodes » utilisées dans ce contexte.

Pour ce qui concerne le *recours à d'autres sources du droit international* dans la détermination du droit international coutumier, premièrement, c'est le droit international conventionnel qui est le plus souvent évoqué par les autorités suisses. Celles-ci semblent d'ailleurs parfois considérer que la coutume joue un rôle secondaire en pratique par rapport au droit international conventionnel, même si elles ne reconnaissent pas de hiérarchie entre eux et les considèrent comme des sources indépendantes. D'éventuels conflits entre droit international coutumier et droit international conventionnel ne sont que très rarement évoqués. Le droit international conventionnel sert très souvent à identifier les normes de droit international coutumier, et notamment la pratique constitutive de la coutume au sens du projet de conclusion 6, ch. 2 ou l'*opinio juris* au sens du projet de conclusion 10, ch. 2. Ceci vaut aussi bien pour un traité ayant codifié la coutume que pour un traité ayant entraîné la formation d'une coutume. On ne peut pas dire cependant que le droit conventionnel soit utilisé de manière méthodique et précise. Dans certains cas, comme, par exemple, en lien avec la nature coutumière de la CNUJIE, la pratique d'identification des autorités suisses comporte des incohérences importantes. Les principes généraux, quant à eux, ne sont que rarement mentionnés dans la détermination du droit international coutumier en Suisse. Cependant, lorsque c'est le cas, et comme dans la jurisprudence de la CIJ, la terminologie des autorités suisses est peu précise. Elle ne permet notamment pas de distinguer entre les principes de droit international dont la source se trouve dans les principes généraux de l'art. 38 Statut CIJ et ceux dont la source est coutumière.

Deuxièmement, les *sources ou moyens auxiliaires de détermination du droit international coutumier* qui sont utilisés pour identifier la norme de droit international coutumier en Suisse varient. Pour ce qui est des décisions judiciaires, tout d'abord, celles des tribunaux internationaux et régionaux sont considérées par les autorités suisses comme une source d'identification générale de la coutume, notamment au sens de l'art. 38 par. 1 lit. d du Statut de la CIJ. Les décisions des tribunaux pénaux internationaux sont le plus souvent citées, suivies de la jurisprudence de la CIJ et de celle de la CourEDH. La jurisprudence de la CJUE et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, mais aussi les sentences de tribunaux arbitraux sont mentionnées dans de rares cas. Les décisions des tribunaux suisses, quant à elles, sont considérées à la fois comme un élément d'identification de la pratique constitutive du droit international coutumier et comme un moyen auxiliaire de détermination de celui-ci au sens de l'art. 38 par. 1 lit. d du Statut de la CIJ. On peut d'ailleurs remarquer une tendance à l'autoréférence par les autorités suisses de détermination, et ce tant pour ce qui constitue la preuve des éléments constitutifs de la coutume que pour celle des déterminations antérieures. Les décisions de tribunaux étrangers sont principalement mentionnées dans le domaine des immunités et beaucoup plus rarement ailleurs, sans que les autorités précisent si cette jurisprudence est pertinente en tant que source d'identification de la coutume au sens large ou en tant qu'élément constitutif proprement dit du droit international coutumier et, dans ce dernier cas, sous l'angle de la pratique ou de l'*opinio juris*. Quant à la doctrine, ensuite, elle

est fréquemment utilisée, surtout par la DDIP, le Conseil fédéral et les tribunaux suisses. Celle-ci est relativement diverse : souvent multilingue, la doctrine citée est tant suisse qu'internationale et elle est tantôt récente, tantôt plus ancienne. A noter qu'il existe très peu de doctrine suisse portant sur la pratique suisse de détermination du droit international coutumier. Parmi les autres sources de détermination utilisées par les autorités suisses, on peut souligner que les travaux de la CDI sont parfois mentionnés et, plus rarement encore, ceux de l'Institut de droit international. Finalement, il faut souligner l'importance du recours aux travaux de codification de la coutume du CICR par les autorités suisses de détermination. Il n'est pas clair cependant si ce recours se fait au titre de pratique, internationale ou suisse, constitutive de la coutume ou de simple moyen de détermination de cette dernière.

Finalement, concernant les *méthodes* utilisées dans le cadre de la détermination du droit international coutumier, la pratique d'identification des autorités suisses utilise, à certains égards, et malgré plusieurs différences significatives liées notamment à la hiérarchie des sources en droit suisse, les méthodes qu'elles utilisent en matière d'identification (et donc d'interprétation, si l'on considère qu'identification et interprétation du droit sont indissociables) du droit interne, et du droit coutumier suisse en particulier. Il est toutefois difficile de parler d'une véritable « méthode » de détermination du droit international coutumier à cet égard tant les autorités suisses sont, excepté dans quelques rares cas, peu précises et systématiques dans leur raisonnement. Ceci vaut notamment pour l'identification des deux éléments constitutifs de la coutume, mais plus généralement dans l'utilisation des sources et moyens de détermination de la coutume. Quant au lien qui existe avec les méthodes d'interprétation des traités internationaux, le caractère coutumier de ces dernières a été réaffirmé à de nombreuses reprises par les autorités suisses. Par contre, la question de l'applicabilité des art. 31 ss CVDT au droit international coutumier n'a pas encore été soulevée.

#### **IV. Les critères de détermination du droit international coutumier**

L'étude a examiné de manière systématique les éléments ou critères d'identification du droit international coutumier que l'on trouve dans les projets de conclusions 6 à 10 de la CDI, et ce afin de déterminer dans quelle mesure ceux-ci sont reflétés dans la pratique d'identification du droit international coutumier des autorités suisses.

La première partie de l'analyse a porté sur les éléments servant à l'identification de la pratique et la seconde à celle de l'*opinio juris*. L'étude a distingué entre l'identification de la pratique ou de l'*opinio juris* internationale, d'une part, et l'identification de la pratique ou de l'*opinio juris* nationale, c'est-à-dire suisse, d'autre part. En effet, les autorités suisses (et surtout les autorités exécutives) identifient fréquemment la pratique et l'*opinio juris* suisses. Cet état de chose peut s'expliquer de différentes manières, mais notamment par le manque de ressources

comparatives, par des considérations stratégiques dans des domaines qui sont importants pour la Suisse, par le fait que la Suisse peut souvent être considérée comme « Etat particulièrement intéressé » dans l'examen de la représentativité de la pratique et, finalement, par la dualité du rôle national et international des autorités exécutives et administratives de la Suisse dans la formation et le respect de la coutume.

Peu d'éléments de la pratique d'*identification du droit international coutumier* par les autorités suisses se situent en dehors du cadre fixé par les projets de conclusions du Rapporteur spécial. C'est clairement le cas en matière d'identification de la *pratique* constitutive, premièrement, où la plupart des éléments des conclusions s'y retrouvent.

Les autorités suisses, lorsqu'elles identifient la pratique internationale constitutive des normes de droit international coutumier, s'appuient avant tout sur des *actes* verbaux, ces derniers pouvant être oraux et écrits. Lorsqu'elles identifient la pratique suisse, par contre, elles se réfèrent tant à des actes verbaux que matériels de la Suisse. Les nombreuses *manifestations* de la pratique mentionnées dans le projet de conclusion 6, ch. 2 sont reflétées dans la pratique suisse de détermination du droit international coutumier, et ce tant dans l'identification de la pratique internationale que de la pratique suisse. Leur pertinence exacte sous l'angle de la pratique constitutive d'une coutume n'est toutefois que rarement mentionnée. En outre, les prises de position des autorités suisses ne sont pas exemptes de certaines contradictions, comme par exemple en ce qui concerne le rôle des résolutions des organes d'organisations internationales. Le nombre relativement réduit d'exemples disponibles sous l'angle de la pratique internationale suggère enfin que c'est le plus souvent la pratique nationale qui est citée pour identifier l'existence d'une norme de droit international coutumier.

Les autorités suisses semblent considérer l'*inaction* comme pertinente pour identifier l'existence ou l'absence d'une pratique internationale, mais aussi suisse. Elles ne précisent toutefois guère si l'inaction est davantage pertinente sous l'angle de la pratique ou de l'*opinio juris*. Les autorités suisses ne semblent pas admettre de *hiérarchie* particulière entre les différentes manifestations de la pratique, internationale ou suisse, constitutive d'une norme de droit international coutumier. Du point de vue de l'exigence de *cohésion*, la pratique suisse d'identification de la pratique internationale ou suisse constitutive du droit international coutumier ne semble pas prêter une attention particulière aux divergences entre différents organes étatiques.

Les autorités suisses tiennent compte de la *généralité* qui doit caractériser la pratique internationale. Toutefois, ce n'est qu'exceptionnellement qu'elles analysent de manière détaillée la pratique des Etats concernés sur ce point. Les implications en termes d'*opinio juris* ne sont guère explicitées non plus. Les autorités suisses accordent de l'importance au fait que la pratique tant internationale que suisse soit *constante*, sans toutefois utiliser de terminologie uniforme à ce sujet ni vérifier ce critère de manière rigoureuse. A noter que les autorités suisses procèdent parfois à une distinction tripartite entre étendue géographique,

uniformité et durée de la pratique constitutive du droit international coutumier. Elles semblent donc distinguer entre la cohérence ou uniformité de la pratique et sa constance ou régularité, une distinction que l'on ne retrouve pas dans les projets de conclusions du Rapporteur spécial. Enfin, les autorités suisses se réfèrent rarement de manière explicite à la notion de *durée* et ne fournissent que très peu de précisions quant à la durée requise de la pratique internationale ou suisse.

Les autorités suisses soulignent l'importance de la *représentativité* de la pratique internationale et tiennent même compte de la pratique émanant d'« Etats particulièrement intéressés », alors que cette dernière exigence ne figure plus dans les projets de conclusions de 2016. Toutefois, lorsque la Suisse n'est pas particulièrement touchée, cette notion n'est que rarement évoquée. Dans les domaines où la Suisse fait figure d'Etat particulièrement intéressé, par contre, les autorités suisses ont souligné à de nombreuses reprises l'importance du respect et du développement du droit international coutumier pertinent, mais surtout de la pratique constitutive de la Suisse à travers ses autorités et de sa contribution à la formation du droit international coutumier.

Comme les projets de conclusion, deuxièmement, la pratique des autorités suisses souligne que la formation du droit international coutumier exige qu'une pratique donnée soit soutenue par une *opinio juris* correspondante.

Les autorités suisses distinguent entre un sentiment d'obligation juridique et l'acceptation d'une pratique donnée pour des raisons strictement extrajuridiques. Selon les domaines matériels du droit international coutumier, cependant, différentes motivations pragmatiques ou stratégiques sont parfois susceptibles de s'ajouter ou de remplacer l'*opinio juris* de la Suisse en tant qu'Etat, rendant ainsi l'identification de cette dernière difficile.

Etant peu fournie et détaillée, cependant, la pratique de détermination des autorités suisses en matière d'*opinio juris* internationale ou suisse ne permet guère d'établir des différences entre les *éléments* utilisés dans les différents domaines matériels du droit international coutumier. La pratique de *preuve* de l'*opinio juris* des autorités suisses ne contient, en règle générale, que peu de précisions quant aux éléments servant à identifier l'existence ou l'absence d'une *opinio juris*, sur le plan international ou suisse. Même si elle n'est pas nécessairement utilisée, la possibilité du *double-comptage* est d'ailleurs admise par les autorités suisses, alors que cette possibilité n'est plus expressément mentionnée par les projets de conclusions de 2016.

Les autorités suisses semblent considérer l'*absence de réaction* comme pertinente pour identifier l'existence ou l'absence d'une *opinio juris*, internationale ou suisse, sous l'angle de droit international coutumier. Elles ne précisent toutefois guère si l'inaction est davantage pertinente sous l'angle de la pratique ou de l'*opinio juris*.

Finalement, étant donné les rapports étroits qui existent entre identification et formation du droit international coutumier, la pratique d'identification du droit international coutumier par

les autorités suisses peut aussi avoir un impact sur la *formation du droit international coutumier* sur le plan international.

Premièrement, la pratique d'identification du droit international coutumier des autorités suisses est susceptible d'avoir un impact plus important là où elle est particulièrement *détaillée*. Certes, dans la majeure partie des cas, l'identification est effectuée de manière rapide. Dans certains cas isolés, cependant, les autorités suisses ont exposé leur pratique d'identification de manière extrêmement précise et rigoureuse. Un deuxième point à relever concerne la *quantité* de prises de positions relatives à l'identification du droit international coutumier dans un domaine matériel donné. Les domaines matériels particulièrement pertinents pour la Suisse, et pour ses relations internationales, sont généralement ceux où la pratique d'identification est la plus importante sur le plan quantitatif. Cette importance pratique est susceptible de renforcer le poids non seulement de sa pratique d'identification, mais aussi de sa pratique nationale dans la formation du droit international coutumier et sa prise en compte sur le plan du droit international. Troisièmement, le fait que les autorités suisses parlent souvent *d'une seule voix* confère à leur pratique d'identification un poids accru sur le plan international.

Certains éléments sont toutefois susceptibles d'*affaiblir* l'impact de la pratique d'identification du droit international coutumier des autorités suisses sur le plan international. L'existence de motivations stratégiques, d'une part, et la tendance à l'autoréférence, d'autre part, peuvent diluer l'*opinio juris* et rendre la pratique suisse d'identification du droit international coutumier moins transparente et donc pertinente du point de vue d'autres Etats et d'organes internationaux. Partant, l'influence potentielle sur la formation du droit international coutumier sera, elle aussi, réduite d'autant.

## **V. Les autres questions relatives à la détermination du droit international coutumier**

L'étude a identifié cinq autres questions relatives à la détermination du droit international coutumier qui trouvent un traitement dans la pratique suisse.

La *modification* et l'*extinction* du droit international coutumier, premièrement, et en général l'évolution de ce droit, sont des questions traitées par les autorités suisses de détermination du droit international coutumier. Ces questions sont surtout discutées par les autorités exécutives de détermination. Elles concernent principalement des domaines tels que le droit international humanitaire ou le droit des immunités. Les prises de position en la matière ne sont toutefois guère étayées, et semblent parfois sous-tendues par des considérations stratégiques.

La notion d'*objecteur persistant*, originaire ou subséquent, deuxièmement, est parfois évoquée par les autorités suisses de détermination du droit international coutumier. Dans la

plupart des cas, cependant, les autorités suisses ont souligné la conformité de la pratique suisse avec le droit international ; aucune objection persistante de la Suisse n'a pu être constatée. Les objections subséquentes sont considérées comme « pratiquement impossibles ».

Troisièmement, le *droit international coutumier impératif* est souvent au cœur de la pratique suisse de détermination du droit international coutumier, dans la mesure où l'existence et le contenu du *jus cogens* sont des questions importantes en Suisse. La difficulté tient précisément à ce que le droit international coutumier impératif est souvent simplement confondu avec la catégorie du *jus cogens* en pratique, sans que les questions de la source et du degré de normativité de ces normes soient distinguées. Récemment, cependant, certaines autorités, dont le Conseil fédéral, ont souligné que le droit international coutumier n'est pas la seule source du *jus cogens*, séparant ainsi les deux groupes de normes et surtout la question de leur détermination.

Quatrièmement, la pratique suisse de détermination du droit international coutumier aborde rarement la question du *droit international coutumier régional* ou, plus généralement, *particulier*. Les autorités suisses en reconnaissent la possibilité, contrairement cependant à celle d'un *jus cogens* régional (même coutumier).

Finalement, parmi les *actes des organisations internationales*, les autorités suisses se réfèrent avant tout à la pratique des organes et autres entités des Nations Unies pour identifier ou confirmer l'existence d'une norme de droit international coutumier. Lorsqu'elles le font, c'est en tant que manifestation de la pratique des Etats, même si elles ne distinguent pas entre la contribution précise de ces actes à leur identification de la pratique ou de l'*opinio juris* des Etats.

## **VI. Une appréciation finale**

En Suisse, le droit international coutumier est fréquemment invoqué et appliqué et, par conséquent, identifié, et ce depuis de nombreuses années. C'est ce que confirment le volume, la qualité et la cohérence de la pratique suisse de détermination du droit international coutumier présentée et analysée dans cette étude.

Excepté dans un nombre limité de cas identifiés et discutés dans cette étude, cependant, la pratique suisse en matière d'identification du droit international coutumier semble être largement guidée par des considérations pragmatiques. Elle n'est que peu détaillée, par conséquent, et ne met guère l'accent sur la méthode utilisée pour identifier les normes de droit international coutumier. Ainsi, dans un nombre important de cas, le caractère coutumier d'une norme de droit international est affirmé par les autorités sans indications supplémentaires. Même lorsqu'elle a lieu, l'identification des deux éléments constitutifs du droit international coutumier, puis de leurs sous-éléments et caractéristiques, est en général sommaire. Il en va

de même pour ce qui est de l'utilisation de sources dans l'identification du droit international coutumier. Sur ces deux derniers points, d'ailleurs, la pratique des autorités suisses tend souvent à l'autoréférence et à la déduction de leur pratique antérieure, ce qui est surprenant au vu de la généralité de la source de droit international en cause.

La situation est assez paradoxale, dès lors. Ce qui fait la force de la pratique suisse de détermination du droit international coutumier en constitue aussi une faiblesse. Plus la pratique de détermination des autorités suisses deviendra détaillée et plus celles-ci seront transparentes dans leur raisonnement (respectif et comparé), plus cette pratique sera susceptible d'être prise en compte sur le plan international. L'enjeu est important pour la Suisse dans la mesure où elle a qualité d'Etat particulièrement intéressé dans de nombreux domaines de droit international coutumier, qu'elle est parfois la seule à pouvoir et/ou à devoir le déterminer de manière régulière et qu'elle est donc bien placée pour influencer la formation du droit international coutumier dans ces domaines. Sans parler, bien sûr, de la légitimité interne de la pratique suisse de détermination, et donc d'interprétation et d'application du droit international coutumier dans l'ordre juridique suisse.

## Table des abréviations

al.	alinéa(s)
ARE	Articles sur la responsabilité de l'Etat (« Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite » de la CDI tel que repris dans Assemblée générale des Nations Unies, 'Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite', 28 janvier 2002, UN Doc A/RES/56/83)
art.	article(s)
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
Bbl	Bundesblatt
c.	Contre
CDI	Commission du droit international
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CEIE	Convention européenne sur l'immunité des Etats du 16 mai 1972 (RS 0.273.1)
ch.	chiffre(s)
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de Justice
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNUJIE	Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens du 2 décembre 2004 (RS 0.273.2)
consid.	Considérant
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPI	Cour pénale internationale
CPM	Code pénal militaire suisse du 13 juin 1927 (RS 321.0)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CVDT	Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (RS 0.111)
CVRC	Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 (RS 0.191.02)
CVRD	Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 (RS 0.191.01)
DDIP	Direction du droit international public
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
édit.	éditeur(s)
et al.	et alii/et alia
FF	Feuille fédérale
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
lit.	Littera
LOGA	Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (RS 172.010)
Lparl	Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 (RS 171.10)
n°	numéro(s)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OGer ZH	Obergericht des Kantons Zürich (Tribunal cantonal du canton de Zurich)
OIT	Organisation internationale du travail
ONU	Organisation des Nations Unies

p.	page(s)
p.ex.	par exemple
par.	paragraphe(s)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
Statut de la CIJ	Statut de la Cour internationale de Justice du 26 juin 1945 (RS 0.193.501)
S	et suivant(e)
Ss	et suivant(e)s
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
TPF	Tribunal pénal fédéral ; Recueil officiel des arrêts du Tribunal pénal fédéral
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda

Dans le cadre de ses réflexions sur le thème « Formation et identification du droit international coutumier », la Commission du droit international (CDI) a demandé aux États, lors de sa session de 2012, de lui donner « des informations sur leur pratique relative à la formation du droit international coutumier et aux types d'éléments pouvant servir à identifier ce droit dans une situation donnée ». La présente étude offre un état des lieux de la pratique suisse de détermination du droit international coutumier. Elle se fonde sur les nombreux documents et décisions des autorités suisses pertinents en la matière. L'analyse, avant tout descriptive, fournit un point de départ utile à toute évaluation de cette pratique. En plus de souligner certaines spécificités propres à la Suisse en matière de détermination du droit international coutumier, l'étude prend également position, de manière ponctuelle, sur des débats actuels liés aux travaux de la CDI en matière de droit international coutumier.

**Samantha Besson**, Prof. Dr. iur., M. Jur., Titulaire de la Chaire de droit international public et de droit européen et Co-directrice de l'Institut de droit européen, Université de Fribourg.

**Odile Ammann**, MLaw, LL. M., Doctorante en droit international public, Université de Fribourg.