

**THE JUDGE AND
INTERNATIONAL CUSTOM**

***LE JUGE ET LA COUTUME
INTERNATIONALE***

CONTENTS / *TABLE DES MATIERES*

FOREWORD / <i>PREFACE</i>	5
PROGRAMME	7
PRESENTATIONS	9
M. Bernard CAZENEUVE.....	11
M. Manuel LEZERTUA.....	17
Sir Michael WOOD.....	21
Mr Peter TOMKA	27
M. Jiří MALENOVSKÝ	49
Ms Ineta ZIEMELE	75
Mr Andreas PAULUS	85
M. Bernard STIRN	99
APPENDIX / <i>ANNEXE</i>	105
Statement by Sir Michael WOOD before the International Law Commission at its 64 th Session.....	107

FOREWORD / PREFACE

La coutume internationale suscite toujours un certain enthousiasme et diverses interrogations. Sa nature particulière et son processus de formation en font une source du droit international d'un grand intérêt pour tous ceux qui ont à connaître et à traiter du droit international de façon générale et pour les conseillers juridiques des ministères des affaires étrangères en particulier. Loin d'être archaïque, comme certains pourraient le prétendre, la coutume internationale nous a paru être un sujet de réflexion d'un intérêt particulier dans le cadre d'une conférence intitulée « Le juge et la coutume internationale », qui est venue clore d'une belle façon la 44^{ème} réunion du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) à Paris en septembre 2012. Parce qu'il est un acteur incontournable de la consécration de la valeur coutumière d'une norme internationale, le regard porté par le juge sur cette source de droit nous a semblé être un bon angle d'approche. Et comment mieux cerner ce regard qu'en demandant aux éminents juges qui nous ont fait l'honneur d'intervenir dans cette conférence de nous présenter la place de la coutume internationale devant les juridictions internes et internationales ?

La richesse de ces contributions est telle qu'il nous a paru nécessaire de les reproduire et de les diffuser. C'est pourquoi, avec l'autorisation des auteurs, que je remercie une nouvelle fois, nous vous proposons de découvrir ou de redécouvrir la place qu'occupe la coutume internationale devant la Cour internationale de Justice (M. Peter TOMKA), la Cour de justice de l'Union européenne (M. Jiri MALENOVSKY), la Cour européenne des droits de l'homme (Mme Ineta ZIEMELE), la Cour constitutionnelle fédérale allemande (M. Andreas PAULUS) et le Conseil d'Etat français (M. Bernard STIRN). L'intéressante contribution de Sir Michael WOOD, qui avait accepté de modérer cette conférence, est également reproduite.

Edwige BELLIARD
Présidente du Comité des conseillers juridiques sur le droit
international public (CAHDI) 2011-2012

PROGRAMME

09.15 Registration of participants

09.30 **Welcoming address** by:

- Mr Bernard CAZENEUVE, Minister Delegate for European Affairs, attached to the Minister of Foreign Affairs, Ministry of Foreign Affairs, France
- Mr Manuel LEZERTUA, Jurisconsult, Director of Legal Advice and Public International Law, Council of Europe

10.00 **The judge and international custom - Presentations**

Moderator: Sir Michael WOOD, Member of the International Law Commission, former Chair of the Council of Europe Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI)

Keynote speakers:

- Mr Peter TOMKA, President, International Court of Justice
- Mr Jiří MALENOVSKÝ, Judge, Court of Justice of the European Union
- Ms Ineta ZIEMELE, Judge, European Court of Human Rights
- Mr Andreas PAULUS, Judge, Federal Constitutional Court, Germany
- Mr Bernard STIRN, President of Section, Council of State, France

11.45 Questions and discussions

12.30 Conclusions – Closing of the Conference

PROGRAMME

09.15 Enregistrement des participants

09.30 **Allocutions de bienvenue** par :

- M. Bernard CAZENEUVE, Ministre délégué auprès du ministre des Affaires étrangères, chargé des Affaires européennes, Ministère des Affaires étrangères, France
- M. Manuel LEZERTUA, Jurisconsulte, Directeur du Conseil Juridique et du Droit International Public, Conseil de l'Europe

10.00 **Le juge et la coutume internationale – Présentations**

Modérateur : Sir Michael WOOD, Membre de la Commission du droit international, ancien Président du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe (CAHDI)

Orateurs :

- M. Peter TOMKA, Président, Cour internationale de justice
- M. Jiří MALENOVSKÝ, Juge, Cour de justice de l'Union européenne
- Mme Ineta ZIEMELE, Juge, Cour européenne des droits de l'homme
- M. Andreas PAULUS, Juge, Cour constitutionnelle fédérale, Allemagne
- M. Bernard STIRN, Président de Section, Conseil d'Etat, France

11.45 Questions et discussions

12.30 Conclusions - Fin de la Conférence

PRESENTATIONS

M. Bernard CAZENEUVE

Ministre délégué chargé des Affaires européennes
Ministère des Affaires étrangères (France)

Mesdames et Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs les juges,
Mesdames et Messieurs les conseillers juridiques,
Mesdames et Messieurs,

C'est avec beaucoup de plaisir que j'interviens aujourd'hui devant vous à l'occasion de l'ouverture de cette conférence sur « Le juge et la coutume internationale » qui se tient dans le cadre de la 44^{ème} réunion du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe. Avec d'autant plus de plaisir, en vérité, qu'étant moi-même juriste, je mesure chaque jour, dans mes fonctions de Ministre délégué chargé des Affaires européennes, l'importance du droit dans les relations diplomatiques, en particulier au niveau européen. Le suivi attentif de l'activité du Conseil de l'Europe fait naturellement partie de mes attributions, et j'y accorde un grand intérêt. Comme vous pouvez l'imaginer, je me rends ainsi régulièrement à Strasbourg, où j'ai encore récemment rencontré le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, ainsi que Sir Nicolas Bratza, alors Président de la Cour européenne des droits de l'homme.

Vous le savez mieux que personne, l'actualité récente témoigne du rôle primordial des questions de droit dans la résolution des crises auxquelles nous sommes confrontés. Nous ne cessons de nous poser des questions juridiques et l'actualité européenne récente nous en démontre amplement la nécessité.

1. L'idée, que la France a constamment défendue, d'ordres nationaux et internationaux régis par le droit s'est progressivement imposée et le Conseil de l'Europe y a pris une part éminente. Lors de ma première visite à Strasbourg en tant que Ministre délégué chargé des Affaires européennes, j'ai eu l'occasion de dire au Secrétaire Général de cette organisation combien ses activités me paraissaient importantes. Je lui ai fait part de mon complet soutien à la fois aux réformes en cours et

au recentrage des activités du Conseil autour de trois piliers que sont les droits de l'homme, la démocratie et l'Etat de droit.

Pourquoi le Conseil de l'Europe est-il si important à nos yeux ? D'abord sans doute en raison de l'ambition élevée du projet fondateur. Il s'est donné pour objectif de promouvoir et protéger les droits de l'homme et son action est indissociable de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il ne s'agit donc nullement d'une institution régionale à vocation technique mais d'une organisation internationale dont l'objet est de réfléchir et d'agir sur ce qui constitue les fondements mêmes de la démocratie. La vocation première du Conseil est de protéger les droits de l'homme. Il a été conçu dans cet esprit et s'est attaché à remplir cet objectif.

En matière de respect des droits de l'homme il reste bien sûr toujours des progrès à accomplir, mais l'entreprise des pères fondateurs du Conseil de l'Europe me semble un succès à divers égards.

Tout d'abord, le Conseil couvre aujourd'hui, avec ses 47 Etats membres, une étendue géographique considérable. En pratique, pour les juges de cette zone, les principes figurant dans la Convention européenne des droits de l'homme constituent aujourd'hui une référence incontournable et les citoyens ont accès à une juridiction internationale qui a su affirmer son autorité. Le respect de cette convention est en effet placé sous le contrôle de la Cour de Strasbourg, dont le succès est évident.

L'existence d'un mécanisme juridictionnel est l'une des spécificités de cette organisation. Si le système est largement perfectible, il faut à tout le moins saluer son existence et l'engagement pris par des Etats de s'y conformer. La France est très attachée à une telle sauvegarde des droits de l'homme, et nous devons être fiers de cette réalisation. Elle expose les Etats membres à des rappels à l'ordre : c'est le prix de la protection des droits de l'homme.

Parallèlement, le Conseil mène, bien sûr, au sein de ses différents comités, des réflexions sur les problématiques juridiques actuelles. Il est dans cette fonction le lieu d'élaboration de normes de droit

international qui font référence ; par exemple en matière de bioéthique ou de protection des données à caractère personnel.

Il peut paraître convenu, surtout devant un auditoire aussi éclairé que le vôtre, de rappeler que la place du droit est essentielle à toute société pour assurer une entente et une coexistence pacifique entre ses membres. Le respect du droit est à l'intérieur des Etats la garantie des droits des populations et, au niveau international, le gage de la sécurité collective. Que le Conseil de l'Europe soit remercié de la part qu'il prend à cet effort. La place du droit doit en permanence être confortée. Cela est particulièrement vrai en période de conflit, ainsi que l'actualité nous en donne de tragiques exemples.

2. Le Conseil de l'Europe est un lieu de rencontre, d'échanges de vues et de négociations sur des sujets essentiels pour nos sociétés. La recherche d'une cohérence, d'une harmonisation et non d'une uniformisation, lui permet de parler d'une voix forte sur la scène internationale. A cet égard, votre Comité, en réunissant les directeurs des affaires juridiques de 55 Etats et les représentants de plusieurs organisations et organismes internationaux, constitue sans nul doute une enceinte très privilégiée, une sorte de « club » entre juristes de haut niveau.

En se réunissant deux fois par an, ce comité permet des échanges très fructueux sur des sujets actuels de droit international public.

Sa composition en fait une enceinte précieuse de concertation entre Etats européens et au-delà, alors même que l'on constate chaque jour le rôle fondamental joué par le droit dans les rapports interétatiques. C'est bien par le respect du droit que les Etats peuvent poursuivre l'œuvre entamée il y a maintenant plus de cinquante ans. Ce droit évolue nécessairement au gré des besoins de la société et il importe que des organisations comme la vôtre participent activement à son élaboration. Votre enceinte est un lieu d'échange, de dialogue entre des Etats de cultures juridiques encore bien différentes ; mais c'est bien de la confrontation des positions de pays de *common law* et de celles de pays romano-germaniques que provient une réflexion si dense, permettant de former et de comprendre le droit international tel qu'il est, ou qu'il devrait être.

L'activité de votre Comité concourt en outre directement à la création et à l'effectivité du droit. Vos avis, en réponse aux demandes que vous adressent le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ou ses comités directeurs, revêtent une grande autorité. Ils sont attendus et appréciés. Sans reprendre ici l'ensemble de vos travaux, je tiens à rappeler quelques-unes de vos contributions à l'émergence de nouvelles normes internationales. Je pense à vos apports décisifs à l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, à la création de la Cour pénale internationale ou, plus récemment, à vos contributions à la protection des droits de l'homme en cas d'état d'urgence, au droit des immunités d'Etats ou encore à l'élaboration du Protocole 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Votre Comité est une instance où l'on prend le temps de la réflexion ; une réflexion riche et productive. On ne peut que la saluer et l'encourager.

Votre regard sur la pratique des Etats fait de votre Comité un laboratoire dans lequel se mesure l'efficacité réelle des normes en vigueur. Il peut ainsi être le révélateur de la nécessité d'ajuster ces normes ou d'en renforcer l'effectivité.

Les relations régulières que vous entretenez avec d'autres organismes ou organisations internationales, notamment avec des instances des Nations Unies ou de l'Union européenne, témoignent de votre volonté de renforcer la coopération dans le domaine du droit international public.

3. Depuis le 1^{er} janvier 2011 et jusqu'à la fin de cette année, le CAHDI est placé sous présidence française et ceci nous vaut le plaisir de vous recevoir à Paris pour la dernière réunion de cette présidence.

Elle a déjà vu se dérouler, d'après ce que j'ai pu entendre, de fructueux débats.

Il nous a semblé qu'il y avait là aussi l'occasion, pour marquer cette dernière réunion, d'organiser avec le Conseil de l'Europe la Conférence qui se tient ce matin. Je remercie très vivement, à cet égard, les participants au panel qui ont accepté de venir s'exprimer sur le sujet choisi : « Le juge et la coutume internationale ». C'est pour nous un grand honneur que de les recevoir. Nul doute que cette

conférence sera particulièrement riche et intéressante, compte tenu de la qualité tant des intervenants que de l'auditoire.

Nous attendons beaucoup de vos contributions qui permettront d'apporter un regard éclairé, celui du juge, sur cette source du droit international, si particulière. L'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice l'affirme : la règle coutumière est une source du droit international parmi les autres. Parmi les autres certes, mais pas comme les autres. Il s'agit d'une source du droit si intrigante pour les non-spécialistes, historiquement le fruit de la rencontre d'une pratique et d'une volonté commune des Etats de se conformer à une règle avec la conviction qu'elle s'impose à eux. Et c'est précisément là que le rôle du juge – et pour ce qui nous concerne aujourd'hui, son regard, – est déterminant. Il vient consacrer l'existence d'une règle à l'occasion d'un litige et en révéler la valeur coutumière. Elle est souvent protectrice des droits fondamentaux. Mais les règles coutumières ont également contribué à structurer les rapports interétatiques et permettent souvent de trouver une issue à une situation conflictuelle. Lorsque les règles conventionnelles sont parfois ignorées, dans des conflits armés notamment, les règles coutumières sont alors, dans bien des cas, les dernières à être encore respectées. Une grande partie d'entre elles sont codifiées, et ce mouvement s'accroît, mais la coutume internationale conserve toute sa place dans le droit international. Diverses théories se font jour pour prôner plus de spontanéité dans l'élaboration de la coutume et elles conduisent parfois à un certain scepticisme quant à son applicabilité. Comme pour bien des notions juridiques, le rôle du juge est au bout du compte essentiel.

C'est pourquoi nous sommes particulièrement intéressés par le regard privilégié des juges qui côtoient cette source du droit international, chacun en des lieux et avec des cultures différentes. Parfois réticents, d'autres fois enthousiastes, souvent prudents, les juges internationaux et nationaux ont tous à connaître de cette source de droit. Ceux qui nous ont fait l'honneur d'accepter notre invitation vont à présent nous offrir leurs points de vue éclairés sur « le juge et la coutume internationale ».

Mesdames, Messieurs,

Avant de laisser la parole aux éminents spécialistes qui vont intervenir sur ce thème, je voudrais souligner à nouveau l'importance que revêt votre expertise pour éclairer nos choix. Je regrette de ne pouvoir assister aux travaux que vous allez entamer ; soyez certains que j'en lirai les conclusions avec beaucoup d'intérêt. La crise que nous traversons a mis nos modes de gouvernance à rude épreuve – beaucoup l'ont souligné. Elle nous a aussi poussés à utiliser pleinement toutes les ressources de l'inventivité juridique. Dans ces circonstances, cette expertise et cette créativité nous sont indispensables ; nous comptons sur votre travail et votre réflexion féconde.

Je vous remercie pour votre attention et vous souhaite une très belle conférence.

M. Manuel LEZERTUA
Jurisconsulte
Directeur du Conseil juridique et du droit
international public (Conseil de l'Europe)

Madame la Présidente du CAHDI, Chère Edwige,
Sir Michael,
Monsieur le Président,
Mesdames et messieurs les juges,
Mesdames et messieurs les membres du CAHDI,

Au nom du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, M. Thorbjørn Jagland, je me dois tout d'abord de vous exprimer, une nouvelle fois, la joie et l'honneur que cela représente pour le Conseil de l'Europe d'être accueilli dans la capitale de notre Etat hôte, à la fois pour la tenue de la 44ème réunion du CAHDI, qui s'est déroulée hier et avant-hier, mais encore pour la présente conférence sur « le juge et la coutume internationale ».

Comme vous le savez tous, cette Conférence marque la fin de la Présidence française du CAHDI, même si elle se prolongera en pratique jusqu'à la fin de l'année en cours, avant de laisser place à nos amis néerlandais.

Chère Edwige, Chère Présidente,
Je souhaite saisir cette occasion pour vous renouveler, au nom du Conseil de l'Europe, nos plus sincères remerciements. Votre présidence a été l'occasion de renforcer singulièrement la position du CAHDI en tant qu'organe de conseil juridique de haut niveau du Comité des Ministres et a permis, dans la continuité des travaux du CAHDI au fil des ans, de présidence en présidence, de donner aux délégations les outils d'une coopération toujours plus étroite sur les sujets qui vous occupent.

Vous avez eu la générosité d'organiser, conjointement avec nos services, cette Conférence en marge de la 44ème réunion du CAHDI. Je dois aussi sincèrement vous en remercier.

J'allais dire que l'organisation d'une telle Conférence conjointement à la dernière réunion de chaque Présidence est devenue une « coutume », mais je crois devoir faire attention à ce que je dis à ce sujet, aujourd'hui. J'ose en effet espérer que la pratique tendant à organiser ce type de Conférence à la fin d'une présidence est davantage un usage, un symbole même, qui sans vous lier formellement, est perpétué volontiers par le CAHDI, probablement car les précédents ont toujours été de magnifiques réussites, de partage et de dialogue sur les questions d'actualité du droit international public : pas de coutume donc, mais un usage apprécié de tous et utile à tous.

Les remerciements que je vous adresse, chère Edwige, à l'occasion de l'ouverture de cette Conférence, visent aussi, et tout particulièrement, à saluer votre contribution personnelle au rapprochement entre le CAHDI et la Commission du droit international (CDI). Vous l'avez fait par votre participation active chaque année à Genève, lors de la session annuelle de la CDI. Vous continuez à le faire aujourd'hui.

En effet, le thème – « le juge et la coutume internationale » – symbolise la complémentarité des relations entre le Conseil de l'Europe et la CDI, et constitue un intérêt partagé entre le CAHDI et la CDI. Les relations entre ces deux institutions sont évidemment construites sur nos échanges périodiques mais reposent aussi sur le travail du CAHDI, à chacune de ses réunions, en complément des travaux de la CDI, je dirais même en « partenaire » de la CDI, dans l'esprit de son mandat.

Chère Edwige,
Sir Michael,
Monsieur le Président,
Mesdames et messieurs les juges, chers amis,

Pour perpétuer et renforcer cette complémentarité entre les institutions internationales, il faut aussi des engagements personnels, comme les vôtres. Je vous remercie de votre présence à tous aujourd'hui.

Pour conduire la Conférence de ce jour, qui mieux que Sir Michael Wood ? Sir Michael, vous qui avez présidé le CAHDI il y a encore peu de temps, vous représentez aussi, avec d'autres (je pense à Lucius Caflisch, Concepción Escobar Hernández ou Roman Kolodkin) ces personnes qui nourrissent les liens entre le CAHDI et la CDI.

Vous êtes aussi le meilleur témoin pour rappeler que le CAHDI a toujours été un interlocuteur privilégié des juridictions. Pour favoriser ce fameux dialogue des juges, qui doit aussi s'étendre à vous, conseillers juridiques des capitales. Qu'il s'agisse des hautes juridictions nationales ou des cours et tribunaux internationaux. Ces derniers étaient d'ailleurs au cœur de la Conférence de Londres.

C'est donc un honneur de pouvoir bénéficier aujourd'hui de la présence d'interlocuteurs d'une si grande valeur, et d'être entouré de M. le Président de la Cour Internationale de Justice, M. le Président Tomka, de M. le juge Malenovský, de la Cour de Justice de l'Union européenne, de Mme la juge Ziemele, de la Cour européenne des droits de l'homme, de M. le juge Paulus de la Cour constitutionnelle fédérale allemande et de M. le Président de section Bernard Stirn, du Conseil d'Etat français.

Nous sommes entre de très bonnes mains. Nous ne pouvions espérer être mieux accompagnés afin que chacun se sente à l'aise et que les échanges soient fructueux, en espérant que le CAHDI continuera ainsi à nourrir le travail de la CDI, et des juridictions nationales et internationales, et réciproquement.

Sir Michael WOOD

Member of the International Law Commission

Madame Belliard, Chair of the Ad Hoc Committee of Legal Advisers
in Public International Law (CAHDI),

Mr. Lezertua, Director of Legal Advice and Public International Law,

Distinguished guests and CAHDI participants,

It is a great pleasure to take part in this Conference on ‘The Judge and International Custom’, jointly organized here in Paris by the Ministry of Foreign Affairs of France and the Council of Europe. I look forward to greeting the Minister Delegate for European Affairs, M. Bernard Cazeneuve, who will be addressing us later this morning. It is much appreciated that he has found the time to attend our Conference despite his busy schedule.

The subject of this Conference interests me greatly. In May 2012 I was appointed Special Rapporteur of the International Law Commission for the topic *Formation and evidence of customary international law*.¹ The Commission’s work on the topic is still at a very early stage. In late July, just before the end of this year’s session, we had a brief but interesting debate² on the basis of a short preliminary Note.³ My statement in the Commission summarizing the debate is annexed to these Introductory Remarks.⁴

The role of judges, national and international, in the identification of customary international law is a crucial and topical matter. I anticipate that a good deal of the Commission’s work on the topic of ‘Formation and evidence of customary international law’ will be devoted to examining what it is that judges do when they are called upon to identify and apply rules of customary international law. This year

¹ *Report of the International Law Commission 2012*, paras. 156-202.

² A/CN.4/SR.3148, 3050, 3051, 3052 (24, 26, 17 and 30 July 2012).

³ *Formation and evidence of customary international law, Note by Michael Wood, Special Rapporteur* (A/CN.4/653).

⁴ The summary record of this statement is in UN document A/CN.4/SR.3152 (30 July 2012), pp. 3-5.

alone we have had two decisions of the International Court of Justice that shed some light on this process. In *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, the International Court of Justice restated, with some emphasis, its approach to the identification of customary international law, and referred in this connection to the role of national courts:

“It follows that the Court must determine, in accordance with Article 38 (1) (b) of its Statute, the existence of “international custom, as evidence of a general practice accepted as law” conferring immunity on States and, if so, what is the scope and extent of that immunity. To do so, it must apply the criteria which it has repeatedly laid down for identifying a rule of customary international law. In particular, as the Court made clear in the *North Sea Continental Shelf* cases, the existence of a rule of customary international law requires that there be “a settled practice” together with *opinio juris* (*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports, 1969*, p. 44, para. 77). Moreover, as the Court has also observed,

“It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and *opinio juris* of States, even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them.” (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, pp. 29-30, para. 27.)

In the present context, State practice of particular significance is to be found in the judgments of national courts faced with the question whether a foreign State is immune, the legislation of those States which have enacted statutes dealing with immunity, the claims to immunity advanced by States before foreign courts and the statements made by States, first in the course of the extensive study of the subject by the International Law

Commission and then in the context of the adoption of the United Nations Convention.”⁵

In *Questions Relating to the Obligation to Extradite or Prosecute (Belgium v. Senegal)*, the Court itself avoided getting into the issue raised by Belgium of the customary international law status of the *aut dedere aut judicare* principle, but individual judges, in particular Judge Abraham, had interesting things to say on the subject.⁶ We see from recent cases that domestic courts often follow the International Court’s lead.⁷

One of the main reasons for taking up the topic in the Commission was a feeling that it might be helpful to offer ‘authoritative guidance for those called upon identify customary international law’,⁸ in particular for lawyers, including judges, who are not themselves primarily public international lawyers. I think, for example, of domestic judges, judges of the European Union judiciary, those who sit on human rights instances, as well as those on more specialized international courts and tribunals, such as investment tribunals and international criminal courts and tribunals. Decisions of such courts and tribunals are not infrequently criticized as regards to their understanding and use of customary international law.⁹

I shall conclude my Introductory Remarks with three questions. No doubt many more will be raised in the course of this morning.

⁵ Judgment, 3 February 2012, para. 55.

⁶ Judgment, 20 July 2012, Separate Opinion of Judge Abraham, paras. 21-40.

⁷ *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor* [2010] 3 Singapore Law Reports 489; *Khurts Bat v. The Investigating Judge of the German Federal Court* [2011] EWHC 2029 (Admin); [2011] All ER (D) 293 (Jul); 147 *International Law Reports* 633 (judgment, 29 July 2011); *Mutua et al v Foreign and Commonwealth Office* [2011] EWHC 1913 (QB) (judgment, 21 July 2011); *Mutua et al v Foreign and Commonwealth Office* [2012] EWHC 2678 (QB) (judgment, 5 October 2012).

⁸ *Report of the International Law Commission 2011*, Annex A, para. 4.

⁹ See, for example, Rosalyn Higgins’ questioning of the US Supreme Court in *Sabbatino* (‘The Identity of International Law’ in *International Law: Teaching and Practice* (ed., Bin Cheng, 1982), reproduced in *Themes and Theories. Selected Essays, Speeches, and Writings in International Law* (2009), p. 91, at p. 94); and the criticism of the Interlocutory Decision of 16 February 2011 of the Appeals Chamber of Special Tribunal for Lebanon concerning the crime of ‘terrorism’ under customary international law (B. Saul, ‘Legislating from a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism’, 24 *Leiden J. Int’l L.* 677-700 (2011)). See also Massimo Iovane, ‘Domestic Courts Should Embrace Sound Interpretive Strategies in the Development of Human Rights-Oriented International Law’, in Antonio Cassese (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law* (2012) pp. 607-625.

First, the place of customary international law differs within the various legal systems. It used often to said, for example, that international law was part of the law of England, but that is a misleading statement of the position.¹⁰ How does the place of customary international law within the particular system influence the judge or arbitrator's approach towards identifying and applying its rules.

Second, how do the judges and arbitrators of the various courts and tribunals set about determining the rules of customary international law? Is it, for example, a matter for argument, or for expert evidence? Where do the judges look for guidance on the process of formation of customary international law? To the decisions of the International Court of Justice? What light do judicial decisions in the various legal systems shed on the process?

Third, what role *should* domestic judges play in the development of customary international law? Here I would recall what Lord Hoffmann said in the *Jones and Mitchell* case in the House of Lords, a case now before the European Court of Human Rights.¹¹ Lord Hoffman referred to academic comment suggesting that the Italian Supreme Court in *Ferrini* had “given priority to the values embodied in the prohibition or torture over the values and policies of the rules of State immunity”, and continued:

“if the case had been concerned with domestic law, [this] might have been regarded by some as "activist" but would have been well within the judicial function But the same approach cannot be adopted in international law, which is based upon the common consent of nations. It is not for a national court to "develop" international law by unilaterally adopting a version of that law which, however desirable, forward-looking and reflective of values it may be, is simply not accepted by other states.”¹²

¹⁰ R. O'Keefe, 'The Doctrine of Incorporation Revisited', 79 *British Year Book of International Law* 7-85 (2009).

¹¹ *Jones v. United Kingdom and Mitchell & Others v. United Kingdom* (Application nos. 34356/06 and 40528/06).

¹² *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya; Mitchell and others v. Al-Dali and others and Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya* [2006] UKHL 26, at para. 63.

Others have suggested that domestic judges have an important role in the development of customary international law.¹³ Which is the right approach? Does the answer depend, at least to some extent, on which field of international law is in play?

We have five distinguished keynote speakers from international and national courts. In order of speaking they are Peter Tomka, Judge and President of the International Court of Justice; Jiří Malenovský, Judge of the Court of Justice of the European Union; Ineta Ziemele, Judge of the European Court of Human Rights; Andreas Paulus, Judge of the German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*); and Bernard Stirn, President of Section at the *Conseil d'Etat*, France. The intention is to publish the various contributions to this Conference, as was done with the Conference on '*International Courts and Tribunals – The Challenges Ahead*' held in October 2008, the end of the British chairmanship of CAHDI.¹⁴

¹³ A. Roberts, 'Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law' 60 *International and Comparative Law*, pp. 57-92 (2011).

¹⁴ 'Selected Papers from the Conference *International Courts and Tribunals – The Challenges Ahead*, Lancaster House, London, 6-7 October 2008', Special Issue, 7 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 257-362 (2008).

Mr Peter TOMKA^{1*}
President
International Court of Justice

1. Introduction

Speaking in 1920, Baron Descamps remarked that “[c]ustom has always played an important part in, and been especially applicable to the law of nations, because in the absence of legislation and in view of the limited development of conventional law between States, the development and establishment of the law of nations has taken this form”.² The context was a meeting of the Committee of Jurists tasked with drafting a statute for the Permanent Court of International Justice, and the Baron, who presided over that Committee, had just submitted the proposed text of an article on the “rules [...] to be applied by the judge in the solution of international disputes”.³ The inclusion of custom on this list was not controversial, and the minutes record no debate concerning Baron Descamps’ definition of custom,⁴ although the final draft that now exists as Article 38 (1) (b) of the ICJ Statute is slightly different than the original proposal.⁵ What was emphasized in the Committee’s passing references to custom was, firstly, that it was a source of positive law in force,⁶ and, secondly,

^{1*} President, International Court of Justice. This paper is based on a statement delivered in Paris on 21 September 2012 at the conference “The Judge and International Custom”, organized by the Ministry of Foreign Affairs of France and the Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI) of the Council of Europe. The author is grateful to Daniel Purisch (LL.M. (Cantab.), J.D. (Harvard)) for his efficient research and editorial assistance.

² Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee: June 16th-July 24th 1920 with Annexes* (Van Langenhuisen Brothers, The Hague 1920), p. 322.

³ *Ibid.*, p. 306.

⁴ The relevant discussion and proposals are at *ibid.*, pp. 293-338, 344-346, 351, 548-549, 567, 584.

⁵ The original proposal referred to “international custom, being practice between nations accepted by them as law”, while the current text mentions “international custom, as evidence of a general practice accepted as law”. For a detailed description of the drafting history, see Peter Haggemacher, “La Doctrine des Deux Éléments du Droit Coutumier dans la Pratique de la Cour Internationale”, 90 RGDIP 5, 19-32 (1986).

⁶ The Committee’s debate focused on the propriety of including sources like equity, general principles, doctrine and jurisprudence, which some members were concerned would be understood as not comprising positive law and would be objected to by certain States. Custom

that it “constitutes in the main international law”.⁷ As noted above, this predominance of custom as a source of law was explained by Baron Descamps as resulting from the “limited development of conventional law”. On a similar note, the minutes note that he later “recalled that a large part of international law, except a few points which were regulated by conventional stipulations, is the outcome of custom”.⁸

Now, as then, custom is an important formal source of international law. Despite the great increase of multilateral conventions in the intervening decades, few have achieved universal or truly broad participation. Even where primary rules of conduct are now regulated by treaty, they do not always subsume and supervene parallel customary rules,⁹ and in any case there remains a background of secondary rules (on responsibility) that apply largely as custom. Thus, without custom, general international law would be rather limited in its scope *ratione materiae*. Yet although conventional law may not always provide the formal source of a legal rule applicable before the Court, the increasing prevalence of the expression of legal views in precise written form—through treaties, codification works, resolutions and the like—has had significant effects for the way in which the Court goes about identifying the content of a customary norm. Indeed, for some authors, the reliance that the Court now places on such documents indicates a paradigm shift (or at least the growth of a new paradigm existing alongside the former) from “traditional custom” to “modern custom”—that is, from “an *inductive* process in which a general custom is derived from specific instances of state practice” to “a *deductive* process that begins with general statements of rules rather than particular instances of practice”¹⁰—or, alternatively termed, from a “strict inductive approach” to a “flexible deductive approach”.¹¹ One commentator has even gone so far as to distinguish

was not seen as raising this difficulty because it was a source of positive law that, as Baron Descamps noted, “results entirely from the constant expression of the legal convictions and of the needs of nations in their mutual intercourse”. Procès-Verbaux, *supra* note 2, at p. 322.

⁷ The minutes describe a statement of Lord Phillimore in these terms. *Ibid.*, p. 295.

⁸ *Ibid.*, p. 335.

⁹ See *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, *I.C.J. Reports 1986*, pp. 92-97, paras. 173-182.

¹⁰ Anthea Roberts, “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, 95 *AJIL* 757, 758 (2001).

¹¹ Alberto Alvarez-Jiménez, “Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice’s New Millennium Jurisprudence”, 60 *ICLQ* 681, 686-689 (2011).

between “the method of finding customary law as explicitly demanded by the ICJ”—*i.e.*, “look[ing] for the facts proving the existence of *opinio juris* and a generally consistent State practice”¹²—and “the law-finding method which the Court *really* applies”—*i.e.*, “looking for legal principles and interpreting these principles to find specifying [*sic*] rules suitable for deciding the case, and making use of law-making treaties and resolutions of international organs as guidelines”.¹³

These authors are correct in drawing attention to the prevalent use of general statements of rules in the Court’s modern practice, although they take the point too far by insisting on theorizing this development. In fact, the Court has never abandoned its view, firmly rooted in the wording of the Statute, that customary international law is “general practice accepted as law”—that is, in the words of a recent case, that “the existence of a rule of customary international law requires that there be a ‘settled practice’ together with *opinio juris*”.¹⁴ However, in practice, the Court has never found it necessary to undertake such an inquiry for every rule claimed to be customary in a particular case and instead has made use of the best and most expedient evidence available to determine whether a customary rule of this sort exists. Sometimes this entails a direct review of the material elements of custom on their own, while more often it will be sufficient to look to the considered views expressed by States and bodies like the International Law Commission as to whether a rule of customary law exists and what its content is, or at least to use rules that are clearly formulated in a written expression as a focal point to frame and guide an inquiry into the material elements of custom.

The present paper considers the effect of the growing availability of written expressions of rules or proposed rules of international law on

¹² Rudolf H. Geiger, “Customary International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Critical Appraisal” in Ulrich Fastenrath et al. (eds), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma* (OUP 2011), pp. 673, 674-675.

¹³ *Ibid.*, p. 694.

¹⁴ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment of 3 February 2012, para. 55, available at www.icj-cij.org. *Opinio juris sive necessitatis* refers to the sense of legal right or obligation that must accompany State practice for it to serve as evidence of customary law. In a broader sense, an *opinio juris* is a general belief of what the law is, from which the motivation behind a State practice can be inferred.

the Court's treatment of customary international law.¹⁵ It uses the general term "codification" to refer to all such instruments, whether binding or non-binding, and whether or not aspects of "progressive development" are included.¹⁶ Thus, the term includes not only codification conventions in force, but also draft articles of the International Law Commission and certain United Nations General Assembly resolutions drafted in normative language. The paper proceeds chronologically, with Section 2 considering the Permanent Court of International Justice's treatment of customary law, while Section 3 surveys the International Court of Justice's use of codifications when ascertaining customary norms. Section 4 concludes.

2. Customary Law in the Jurisprudence of the PCIJ

The Permanent Court of International Justice operated in a legal context that was largely uncodified. Not only were far fewer aspects of international relations regulated by convention—leaving custom as the primary source of law—but custom itself had, in many cases, not been codified or expressed in a precise written form. It was thus left to the Permanent Court to clarify the law—not just the substantive norms governing the issue in dispute (which in fact often arose from provisions of the Versailles treaty system or bilateral treaties), but also rules on interpretation of treaties or rules concerning the legal consequences of breaches of international legal obligations, *i.e.*,

¹⁵ General surveys of the Court's jurisprudence in regard to custom are available at Alain Pellet, "Article 38" in A. Zimmerman et al. (eds), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2nd edn OUP 2012), pp. 812-832; Gerald Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice", 27 BYBIL 1, 17-18 (1950), 30 BYBIL 1, 67-68 (1953), 35 BYBIL 183, 229-230 (1959), continued by Hugh Thirlway, 61 BYBIL 1, 31-110 (1990), 76 BYBIL 1, 92-108 (2005). See also Hagggenmacher, *supra* note 5; Alvarez-Jiménez, *supra* note 11; Geiger, *supra* note 13; Birgit Schlütter, *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia* (Martinus Nijhoff 2010), pp. 121-173.

¹⁶ There are important theoretical differences between binding and non-binding instruments as evidence of international law. Most importantly, the act of ratification of a binding codification instrument can, by some accounts, constitute an instance of State practice, whereas the mere expression of views in a State's acceptance of a non-binding instrument can at most serve as evidence of an *opinio juris*. Full-length studies include R. R. Baxter, "Treaties and Custom", 129 *Recueil des Cours* 26 (1970); Hugh Thirlway, *International Customary Law and Codification* (A.W. Sijthoff, Leiden 1972). See also Constantin Th. Eustathiades, "Unratified Codification Conventions" in *Gilberto Amado Memorial Lectures* (Fundação Alexandre de Gusmão 1998), p. 51.

responsibility.¹⁷ As a result, customary international law, and the need to determine it, played a critical role at the Permanent Court.

When clarifying such norms, the “usual practice” of the Permanent Court was “simply to postulate that a practice sustaining the norm existed, without taking pains to demonstrate it”.¹⁸ A notable—and unique¹⁹—exception is the *Lotus* case,²⁰ which turned on a particularly controversial point of customary law (it was the only case before the PCIJ which was equally-split and fell to be decided by the casting vote of the President) and called for a deeper consideration of the nature, formation and ascertainment of custom.

The case concerned a dispute that had arisen out of a Turkish criminal investigation of a French lieutenant upon his arrival in Istanbul after a collision between French and Turkish vessels on the high seas. France contested Turkey’s right under international law to exercise its jurisdiction. The Court rejected France’s claim, holding, first, that international law presumes that States are not bound unless a rule restricting their freedom can be positively made out, and, second, that no prohibition on jurisdiction could be made out in the present circumstances. In support of this first step, the Court considered “the very nature and existing conditions of international law”, adopting a position that has become the paradigmatic example of what Brierly called the “extreme positivist school”²¹:

“International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in convention or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the

¹⁷ See, e.g., *Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 47.

¹⁸ Pellet, *supra* note 15, at p. 815.

¹⁹ It should be mentioned that Judge Negulesco’s dissenting opinion to the *Jurisdiction of the European Commission of the Danube Between Galatz and Braila* advisory opinion, Series B, No. 14, briefly discusses the existence of a customary rule at pp. 104-106, 114-115, while Judge Kellogg, in his observations in the second phase of the *Free Zones* case, Series A, No. 24, noted in passing that “international customs taken as evidence of general practice accepted as law form another means of determining what constitutes international law”, p. 40.

²⁰ *S.S. “Lotus”, Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*.

²¹ J. L. Brierly, “The ‘*Lotus*’ Case”, 44 LQR 154, 155 (1928).

achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.”²²

Turning to whether such a restriction had been established concerning the circumstances of the case, the Court first considered whether accepted rules could be applied by deduction. As the Court noted, States had established a rule “that—failing the existence of a permissive rule to the contrary—[one State] may not exercise its power in any form in the territory of another State”.²³ The primary divergence between the Court’s approach and that of the dissenting judges was on this point: the dissenters considered that a rule of this sort could be applied by deduction to the circumstances of the case,²⁴ while the Court considered that the circumstances of the case were distinguishable and that the permissive presumption arising from the nature of international law had not been overturned.²⁵

Having found that no prohibition arose deductively from the territoriality principle, the Court then looked to whether a “custom having the force of law” that restricted the freedom of States in regard to criminal jurisdiction could be derived from “precedents offering a close analogy to the case under consideration, for it is only from precedents of this nature that the evidence of a general principle applicable to the particular case may appear”.²⁶

Before considering such precedents directly, the Court looked to two subsidiary means for the determination of rules of law, doctrine and previous judicial and arbitral decisions, finding that none reached conclusions that were applicable to the present case.²⁷ Such sources are, of course, not formal sources in themselves but rather serve to provide confirmation that a particular customary rule exists. The Court then looked to actual State practice in the exercise of jurisdiction, as well as to State practice in the adoption of conventions regarding jurisdiction, finding both inconclusive.²⁸ Finally, it considered the lack

²² S.S. “*Lotus*”, *supra* note 20, at p. 18.

²³ *Ibid.*

²⁴ See *ibid.*, p. 35 (Loder), pp. 43-44 (Weiss), pp. 59-60 (Nyholm), pp. 95-96 (Altamira).

²⁵ See *ibid.*, p. 19.

²⁶ *Ibid.*, p. 21.

²⁷ See *ibid.*, p. 26.

²⁸ See *ibid.*, pp. 26-27. Agreements providing for the exclusive criminal jurisdiction of the flag State or of the State of the offender’s nationality in the event of a collision on the high seas have subsequently been adopted. See International Convention for the Unification of

of prosecutions in closely analogous circumstances to be, on its own, insufficient, “for only if such abstention were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom”.²⁹ In this regard, the various municipal courts that had refused jurisdiction were inconsistent on the reasons for doing so,³⁰ and thus a regularity of *opinio necessitatis* was lacking so as to establish an exception to the general permissive rule based on a general practice *accepted as law*.

In ascertaining whether States had adopted a rule restricting their presumptive freedom in the circumstances of the case, the Permanent Court thus considered both whether existing restrictions could be extended by deduction, as well as whether a rule could be distilled from precedents in the practice of States. Moreover, when considering the latter, the Court did not immediately turn to applying precedents by analogy, but first looked to subsidiary means that could have evidenced the persuasive belief of publicists or judges that such a rule existed. Thus, the Permanent Court consulted a variety of sources, moving from the most readily ascertainable to the most precise in the course of its reasoning. That the Court would have been ready to apply settled rules of international law by deduction, or look to the authority of publicists and jurisprudence, does not mean that the Court would have been willing to apply rules that did not derive from “usages generally accepted as expressing principles of law”.³¹ Rather, it is simply an example of the Court wisely considering whether a customary rule applicable to the case at hand had already been identified before finding it necessary to examine the primary evidence of custom *de novo*.

3. Customary Law in the Jurisprudence of the ICJ: the increasing relevance of codification

Article 38 (1) (b) of the ICJ Statute reproduces the relevant text of the PCIJ Statute in regard to custom, and the current Court maintains the theory, implicit in the *Lotus* case, that custom finds its source in

Certain Rules Relating to Penal Jurisdiction in Matters of Collision or Other Incidents of Navigation, Brussels (1952), Arts. 1, 3; Convention on the High Seas, Geneva (1958), Art. 11(1); United Nations Convention on the Law of the Sea (1982), Art. 97(1).

²⁹ *Ibid.* p. 28.

³⁰ *Ibid.*, p. 29.

³¹ *Ibid.*, p. 18.

instances of State practice that are accompanied by an *opinio juris sive necessitatis*.³² However, as before, the Court does not in every case undertake an inductive study of the relevant elements, at least in the text of its judgments. Instead, it often finds it sufficient to consider other evidence to determine the existence or content of a customary rule applicable to the case at hand, it being understood that this evidence is not, formally, the source of the custom. In this regard, the extension of known rules by means of deduction or analogy continues to be relevant. Most helpful to the Court, however, has likely been the considerable progress in the codification of international law, as well as the precise description of the content of international rules expressed by States in international forums, in particular the United Nations General Assembly.

Among these sources, the codifications produced by the International Law Commission have proven most valuable, primarily due to the thoroughness of the procedures utilized by the ILC.³³ Its texts and instruments are produced at a pedantic pace, entailing numerous reports of one or more (successive) Special Rapporteurs, discussions among ILC members in plenary session, debates over precise wording in the drafting committee, as well as dialogue with States in the Sixth Committee and the submission of States' written comments and observations prior to the final adoption of a text. Additionally, a number of the ILC's final draft articles have been considered and adopted as conventions at codification conferences, where

³² See, e.g., *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, *I.C.J. Reports 1969*, p. 44, para. 77 ("Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it."); *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1985*, pp. 29-30, para. 27 ("It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and *opinio juris* of States, even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them."), *Military and Paramilitary Activities*, *supra* note 9, at pp. 97-98, paras. 183-184 ("The Court has next to consider what are the rules of customary international law applicable to the present dispute. For this purpose, it has to direct its attention to the practice and *opinio juris* of States [...] The Court must satisfy itself that the existence of the rule in the *opinio juris* of States is confirmed by practice."); *Jurisdictional Immunities*, *supra* note 12, at para. 55 ("the existence of a rule of customary international law requires that there be a settled practice together with *opinio juris*").

³³ A general overview of these procedures is available in the extensive introduction on the ILC available on its website at <http://untreaty.un.org/ilc/ilcintro.htm>, especially section 5 on "Methods of work".

participating States expressed their views concerning the proposed rules. Throughout this process, the topics under consideration also attract the attention of scholars and practitioners, who also voice their opinions. Such procedures provide for a much more comprehensive examination of a rule of customary law than is possible by the Court in the context of a judicial proceeding.

Indeed, the Court has often referred to provisions of the ILC's codification work as customary with no or little further comment. Most prominent among such proclamations has been the Court's acceptance, as customary, of the interpretive rules contained in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), which it has applied to treaties that do not fall within the scope of the VCLT, either *ratione temporis*, *ratione personae* or otherwise.³⁴ Besides these, mention might also be made of other provisions of the VCLT, the Draft Articles on State Responsibility, the Vienna Conventions on Diplomatic and Consular Relations, the 1958 Geneva Conventions on the Law of the Sea and the Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties, among others.³⁵ The same can be said of provisions of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS),³⁶ which was prepared and adopted without the ILC's involvement. In such cases, the Court must be understood to have recognized as evident, and thus without need of full discussion, that the rule expressed in the instrument either codified pre-existing customary law or later acquired customary status.

For both ILC and non-ILC codifications, there is a distinction in principle between codification conventions in force, and non-binding texts and resolutions, as, for the former, subsequent practice by State

³⁴ As a matter of treaty law, the VCLT only applies to treaties, *i.e.*, “international agreement[s] [...] in written form and governed by international law”, that are “concluded between States after the entry into force of the present Convention with regard to such States” (Articles 1-4). As reflective of customary law, it has been applied to interpret treaties among non-Parties, as well as those concluded prior to the codification process within the ILC. See, *e.g.*, *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1994*, p. 21, para. 41; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, *I.C.J. Reports 1999*, p. 1059, para. 18.

³⁵ Extensive citations are available at Pellet, *supra* note 15, at pp. 822-834, nn. 635-638, 643.

³⁶ *Ibid.* To this list must now be added the reference to the definition of the continental shelf in Article 76, paragraph 1, of UNCLOS as expressing customary international law in *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *Judgment of 19 November 2012*, para. 118, available at www.icj-cij.org.

parties in conformity with the convention can in theory be interpreted as motivated by the conventional rule, and not the customary rule it expresses. This will not often be a problem in regard to determining whether the convention codified a pre-existing rule of law, given the extensive preparatory work and opportunities for explicit comments throughout the process of adopting a codification convention, as well as the circumstances of the adoption, which will shed light on this issue.³⁷ In the *North Sea Continental Shelf* cases, for example, the Court considered that the evidence in the ILC preparatory works implied that Article 6 of the 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf had not codified a pre-existing, or “crystallized” an emerging, customary rule concerning the methodology to be used for delimitation³⁸; this conclusion was confirmed by the ability to make a reservation to the Article.³⁹ As for the development of a new rule on the basis of the adoption of the Convention, the situation is more complex and will be discussed in greater depth below.

Turning to the Court’s case law, the first hint of the relevance of codification came in the 1955 *Nottebohm* case, where the Court cited two articles of the Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws adopted at the 1930 Hague Codification Conference, to which neither Guatemala nor Lichtenstein were party.⁴⁰ It had already identified a certain regularity of practice among arbitral tribunals and third States in recognizing only the nationality of the State to which a dual national had the greater genuine link, as well as a State practice generally to refrain from exercising protection in favor of naturalized persons with whom they shared no genuine link. The Court was careful not to rely directly on the Convention, but

³⁷ It is true that “the distinction made ‘for convenience’ in the Statute between the method applicable to ‘progressive development’ and the method applicable to ‘codification’ [in the strict sense] has not been strictly maintained in the practice of the Commission”. Yearbook of the International Law Commission 1979, vol. II, p. 189, para. 16. Yet it will often be clear from a review of the ILC preparatory works, as well as from responses to the ILC’s work, which Articles most clearly accord with pre-existent practice, and which are most controversial in this regard.

³⁸ Having reviewed “the processes that led the Commission to propose [the delimitation provision]”, the Court considered that “the principle of equidistance, as it now figures in Article 6 of the Convention, was proposed by the Commission with considerable hesitation, somewhat on an experimental basis, at most *de lege ferenda*, and not at all *de lege lata* or as an emerging rule of customary international law”. *North Sea Continental Shelf*, *supra* note 32, at p. 38, para. 62.

³⁹ *Ibid.*, pp. 38-41, paras. 63-68.

⁴⁰ *Nottebohm case*, (*Lichtenstein v. Guatemala*), *Second Phase*, *I.C.J. Reports 1955*, p. 23.

noted rather that distilling a rule of law from the various indications of practice—in other words, interpreting the regularity of usage as the expression of a general practice *accepted as law*—served to “explain” why certain States would adopt that rule as binding in a codification convention. In this way, the codification convention served as a tool for interpreting the evidence regarding State practice, which itself was silent as to the reasons motivating the practice.

However, the real influence of codifications began to be felt only when the ILC’s work had sufficiently progressed. By the time the Court first explicitly considered the role of codification conventions in the 1969 *North Sea Continental Shelf* cases, it could no longer be said that the Court was working in a legal context that was largely unwritten; for many areas, the work of the ILC had produced detailed studies of custom, as well as precisely formulated rules that clarified either pre-existing law or proposed a new norm as a means of progressive development of the law. The Court’s role, when faced with codifications of this sort, was not to clarify the rule of law, but to determine whether a clearly-expressed rule adopted in a codification instrument in fact corresponded to customary law. The primary issue in this regard concerned the circumstances in which a progressive development of the law contained in a codification instrument could be considered subsequently to give rise to custom.

This issue was at the heart of the *North Sea Continental Shelf* cases, which, as already mentioned, determined that the 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf had not codified a pre-existing, or “crystallized” an emerging, customary rule concerning the methodology to be used for delimitation. The question then arose whether the delimitation rule agreed in the Convention “ha[d] since passed into the general *corpus* of international law, and [wa]s now accepted as such by the *opinio juris*, so as to have become binding even for countries which have never, and do not, become parties to the Convention”.⁴¹ Assuming that a provision is “of a fundamentally norm-creating character such as could be regarded as forming the basis of a general rule of law”—which the Court found doubtful for the provision in question⁴²—the Court highlighted two ways that a provision in a codification instrument could pass into customary law.

⁴¹ *North Sea Continental Shelf*, *supra* note 32, at p. 41, para. 71.

⁴² *Ibid.*, pp. 41-42, para. 72.

First, the Court considered the possibility that “a very widespread and representative participation in [a codification] convention might suffice of itself, provided it included that of States whose interests were specially affected”.⁴³ Second, the rule could of course become custom subsequent to the convention through the actual application of the rule in practice over a sufficient period of time—potentially short if the practice is “extensive and virtually uniform”—provided that the practice “occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved”.⁴⁴

This second method is in principle hardly distinguishable from the situation the Court would have faced in the absence of a codification of the topic. Codification does, however, affect the inquiry into instances of actual application of the rule in practice in two ways. First, in the presence of a codification, the Court no longer proceeds by distilling a rule from instances of practice through pure induction, but rather by considering whether the instances of practice support the written rule. Indeed, this is a major reason that the Court has considered that “multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them”, despite its view that it is “axiomatic” that “the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and *opinio juris* of States”.⁴⁵ Second, if the rule is contained in a codification convention in force, there is the additional issue of determining whether practice in conformity with the rule by States parties is an expression of an *opinio juris* regarding customary law, or whether it is motivated by conventional obligations. In the *North Sea Continental Shelf* cases, this latter consideration led to the disqualification of over half of the invoked instances of State practice, while the other instances of practice were found to be largely distinguishable from the circumstances of the case.

The first method mentioned by the Court for the passage into custom of a rule found in a codification convention merits further comment. The full passage is as follows:

⁴³ *Ibid.*, p. 42, para. 73.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 43, para. 74.

⁴⁵ *Continental Shelf (Libya/Malta)*, *supra* note 32, at pp. 29-30, para. 27.

“With respect to the other⁴⁶ elements usually regarded as necessary before a conventional rule can be considered to have become a general rule of international law, it might be that, even without the passage of any considerable period of time, a very widespread and representative participation in the convention might suffice of itself, provided it included that of States whose interests were specially affected.”⁴⁷

The essence of the method, as noted by Thirlway, is that “very widespread and representative participation” in a codification convention “may suffice both as evidence of *opinio juris* and as sufficient State practice” (*opinio juris* and State practice being the “other elements” referred to by the Court).⁴⁸ In the context of the cases, such widespread and representative participation did not exist, and the Court was careful not to determine definitively whether the method was even a possible one. Thirlway suggests that there are considerable difficulties with viewing participation in a convention as *itself* capable of representing both State practice and *opinio juris*,⁴⁹ and the Court itself leaves open the possibility that *some* passage of time, even if not “considerable”, might be required, presumably during which the conventional rule would be followed in practice and come to be viewed as customary. In any event, widespread participation in a codification convention has never, in the jurisprudence of the Court, been sufficient on its own for the confirmation of a customary rule.

This is particularly evident in the *Military and Paramilitary Activities* case, in which the Court faced the question of whether the prohibitions on the use of force and intervention contained in United Nations Charter could be applied by the Court as custom in the face of a reservation contained in the US’s Article 36(2) declaration that precluded the Court from applying the Charter directly as a multilateral convention. To determine the issue, the Court did not rely on the “widespread and representative participation” in the Charter, but rather found it necessary to examine “other ways” that the Parties and States have “expressed recognition of the validity [of the rules in

⁴⁶ The Court had just considered whether the delimitation rule was “of a fundamentally norm-creating character”.

⁴⁷ *North Sea Continental Shelf*, *supra* note 32, at p. 42, para 73.

⁴⁸ Thirlway, *Customary Law and Codification*, *supra* note 16, at p. 86.

⁴⁹ See *ibid.*, pp. 87-91.

question] as customary international law”, and not just Charter law.⁵⁰ Here, as in previous cases, the Court drew primarily on texts codifying the relevant principles of law in a non-binding manner, including United Nations resolutions such as the Friendly Relations Declaration.

The Court’s task in the *Military and Paramilitary Activities* case was thus, firstly, to show that the prohibitions in question had a separate existence in customary international law. The nature of this task gave a particular structure to its inquiry into custom. The Court, of course, recalled that custom derives from “practice and *opinio juris*”.⁵¹ However, in light of the legal task that it faced, the Court’s focus was not on considering whether a practice of abstention existed, but rather on the reasons motivating the practice. To show that a *customary* norm accompanied the extant *Charter* obligation, the Court had to determine that, when States abstained from threatening or using force or from intervening, they had been motivated by a sense that custom—and not the Charter alone—prohibited the relevant actions. The crux of the Court’s inquiry was thus on *opinio juris*, not practice: the Court had “to be satisfied that there exist[ed] *in customary international law* an *opinio juris* as to the binding character of such abstention”.⁵² It was in deducing this *opinio juris* that the Court looked, “though with all due caution”, to the attitude of States towards certain non-binding texts expressing the relevant norms.⁵³

Behind this inquiry into *opinio juris* there is, of course, an assumption that sufficient practice existed to establish the prohibitions as general rules of customary law. In fact, the Court had earlier noted that the “subjective element”, *i.e.*, *opinio juris*, was to be used “to appraise the relevant practice”.⁵⁴ Such practice was, however, in the nature of abstentions, and thus the Court’s consideration of it was limited to the issue of whether inconsistent practice (that is, cases where States positively threatened or used force, or intervened) established an exception to the rule. For the establishment of the prohibition itself, the Court adopted a nuanced standard:

⁵⁰ See *Military and Paramilitary Activities*, *supra* note 9, at p. 98, para. 185

⁵¹ *Ibid.*, p. 97, para. 183.

⁵² *Ibid.*, p. 99, para. 188 (emphasis added).

⁵³ *Ibid.*, pp. 99-100, para. 188.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 98, para. 185.

“It is not to be expected that in the practice of States the application of the rules in question should have been perfect, in the sense that States should have refrained, with complete consistency, from the use of force or from intervention in each other’s internal affairs. The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule. If a State acts in a way *prima facie* incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State’s conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule.”⁵⁵

Thus, notwithstanding that, from a certain viewpoint, transgressions of the prohibition on intervention are “not infrequent”,⁵⁶ the Court must have nonetheless considered that, as a general matter, States do refrain from the threat or use of force and from intervening in each others’ affairs.

As the broad principles could be shown to be evidence of a general practice accepted as law, inconsistent practice could only be relevant insofar as it showed that a customary exception had arisen in circumstances similar to those of the case. The Court considered that for such a customary exception to arise, “not only must the acts concerned ‘amount to a settled practice’, but they must be accompanied by the *opinio juris sive necessitatis*”.⁵⁷ For both prohibitions, however, the relevant *opinio juris* could not be shown. In regard to the prohibition of the threat or use of force, no general *opinio juris* could be shown regarding an exception for collective self-defense where the State in question had not requested the assistance.⁵⁸ In fact, no instances of individual practice justified on this basis were

⁵⁵ *Ibid.*, p. 98, para. 186.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 106, para. 202.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 108-109, para. 207.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 104-105, paras. 196-199.

even analyzed. Concerning the prohibition of intervention, the US had pointed to certain instances of intervention occurring in similar circumstances, but the Court found that the justifications given for those instances were of a political, not legal, nature, and thus that they could not qualify as practice, accepted as law, for the purposes of deriving a customary exception.⁵⁹

Given the context in which the question of customary law arose and the fact that a general, but not uniform, practice in support of the relevant prohibitions existed, it was no surprise that *opinio juris* came to the forefront of the *Military and Paramilitary Activities* case. In fact, given that a prohibitory rule will not likely be urged upon the Court unless some generality of negative practice exists, it can be expected that cases involving a prohibitory rule will generally turn on the questions of whether the practice is accepted as law, and whether any customary exceptions have arisen. For both of these questions, the Court will continue to make use of the increasing availability of codifications evidencing a general view of what the law is.

The *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* advisory opinion⁶⁰ serves to underscore these points. Like the *Military and Paramilitary Activities* case, the *Nuclear Weapons* opinion concerned the existence of a prohibitory rule of customary international law. It was also undisputed that a general practice existed as to abstaining from using or threatening to use nuclear weapons—the practice was, of course, consistent since 1945. The main issue was thus whether an *opinio juris* had been sufficiently proved. The Court rejected an argument that a negative practice was alone enough to infer an *opinio juris*, especially given that a number of States had, through their practice of deterrence, expressed the view that no *opinio juris* existed as to the illegality of nuclear weapons.⁶¹ More importantly for the present study, it had also been argued by various States that an *opinio juris* could be inferred from the existence of a series of General Assembly resolutions affirming, with consistent regularity, the illegality of nuclear weapons.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 108-110, paras. 206-209.

⁶⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 253-254, paras. 65-68

The Court's treatment of the General Assembly resolutions can be seen as elaborating on its dictum in the *Military and Paramilitary Activities* case that it is the "attitude of States towards certain United Nations resolutions" that is relevant for deriving an *opinio juris*, and not the existence of the resolution itself. According to the Court:

"General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*. To establish whether this is true of a given General Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an *opinio juris* exists as to its normative character. Or a series of resolutions may show the gradual evolution of the *opinio juris* required for the establishment of a new rule."⁶²

This passage has been criticized for suggesting that a search be made, not for an *opinio juris* as to whether a certain act is prohibited by law, but as to whether a certain General Assembly resolution has a normative character, a sort of *opinio opinionis juris*.⁶³ Yet the suggestion by the Court is essentially correct. The existence of a General Assembly resolution declaring a rule is merely "evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*". The resolution does not have any legal force of its own, and it must be considered whether there is indeed a general view, held by States, that the resolution expresses a binding rule of international law, such that instances of State practice in accordance with that rule could be said to be motivated by that rule. In the end, it is the "general practice accepted as law" that constitutes the source of custom, but determining that States accept a certain General Assembly resolution as normative will be important evidence implying that concordant practice is accepted as law.

In the circumstances of the *Nuclear Weapons* advisory opinion, the Court found that such an *opinio juris* as to the normative character of the resolutions in question did not exist, as "several of the resolutions under consideration in the present case h[ad] been adopted with

⁶² *Ibid.*, pp. 254-255, para. 70

⁶³ Thirlway, "Law and Practice" (2005), *supra* note 15, at p. 94.

substantial numbers of negative votes and abstentions”.⁶⁴ Although the Court was understandably reluctant to declare that nuclear States would be specially affected by the prohibition in question, there is certainly a hint in this passage that those who abstained and voted against the resolutions—largely the nuclear States and their allies—would have been specially affected by such a rule. According to a statement made in the *North Sea Continental Shelf* cases in a different context,⁶⁵ the practice of specially affected States may be especially influential on the development of a customary rule. Whether the abstention from the use of nuclear weapons by the nuclear States was motivated by a sense of obligation is thus particularly relevant when considering whether a general practice accepted as law exists.

The final case in this survey recalls that examining individual instances of State practice is required if the evidence deriving from codifications or subsidiary sources of international law is not conclusive. The *Jurisdictional Immunities of the State* case concerned whether State immunity applied to recent civil and enforcement proceedings undertaken in Italian courts against Germany for serious violations of international humanitarian law during World War II. No conventional obligation applied between the Parties, and thus the Court had to look to the applicable customary rules.

The Court began by reiterating its view that “the existence of a rule of customary international law requires that there be a settled practice together with *opinio juris*”,⁶⁶ and described in detail where the two elements could be found.⁶⁷ However, there was little need to prove the

⁶⁴ *Nuclear Weapons*, *supra* note 60, at p. 255, para. 71

⁶⁵ *North Sea Continental Shelf*, *supra* note 32, at p. 42, para. 73.

⁶⁶ *Jurisdictional Immunities*, *supra* note 14, para. 55.

⁶⁷ *Ibid.*, para. 55:

“In the present context, State practice of particular significance is to be found in the judgments of national courts faced with the question whether a foreign State is immune, the legislation of those States which have enacted statutes dealing with immunity, the claims to immunity advanced by States before foreign courts and the statements made by States, first in the course of the extensive study of the subject by the International Law Commission and then in the context of the adoption of the United Nations Convention. *Opinio juris* in this context is reflected in particular in the assertion by States claiming immunity that international law accords them a right to such immunity from the jurisdiction of other States; in the acknowledgment, by States granting immunity, that international law imposes upon them an obligation to do so; and, conversely, in the assertion by States in other cases of a right to exercise jurisdiction over foreign States. While it may be true that States sometimes decide to accord an immunity more extensive than that required by

existence of a customary rule of State immunity, which is not controversial. The Court satisfied itself by referring, primarily, to the ILC's conclusion to that effect, which, it noted "was based upon an extensive survey of State practice and, in the opinion of the Court, is confirmed by the record of national legislation, judicial decisions, assertions of a right to immunity and the comments of States on what became the United Nations Convention".⁶⁸ The important question was whether a tort exception to State immunity was part of customary international law and applicable in the circumstances of the case.

To answer this question, the Court did not turn directly to individual instances of State practice and *opinio juris*, but looked first at evidence relating to the European Convention on State Immunity and the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities and Their Property, which were not binding between the Parties, the latter being not yet even in force. While both included exceptions to immunity for torts committed on the territory of the State exercising jurisdiction, the Court found that neither convention could be used as evidence of customary law regarding whether a tort exception applied to situations of armed conflict. The European Convention, the Court noted, explicitly did not apply to armed conflict, while evidence from an ILC commentary and various reservations to the United Nations Convention suggested that the tort exception, while drafted broadly, could not be taken as representing customary law insofar as it was applied to armed conflicts. Only after having determined that the relevant codifications could not be used as evidence of a customary rule did the Court continue to consider the question by reference to an extensive survey of "State practice in the form of judicial decisions", accompanied by "*opinio juris*, as demonstrated by the positions taken by States and the jurisprudence of a number of national courts which have made clear that they considered that customary international law required immunity".⁶⁹ Without determining the status of the tort exception in general, the Court concluded that no customary exception existed for torts committed during armed conflict.

international law, for present purposes, the point is that the grant of immunity in such a case is not accompanied by the requisite *opinio juris* and therefore sheds no light upon the issue currently under consideration by the Court."

⁶⁸ *Ibid.*, para. 56.

⁶⁹ *Ibid.*, para. 77.

Other exceptions had also been claimed by Italy in the course of the proceedings; however, they had not been included in the codifications and fell to be considered in light of relevant practice. For one of Italy's claimed exceptions, the Court considered that the exception's absence in the United Nations Convention was probative as to an *opinio juris* that no such exception existed in international law, given that the ILC and States had explicitly considered the matter during the procedures that led to the adoption of the Convention.⁷⁰

Turning to Germany's second submission regarding the unlawfulness of certain measures of constraint by Italy against German property intended for government non-commercial uses, the Court also began by considering the relevant article of the United Nations Convention, which codified an exception to immunity for measures of constraint taken against property not intended for such purposes. The Court noted that "these provisions gave rise to long and difficult discussions" during the drafting of the Convention, but found that it did not have to decide whether a customary exception existed.⁷¹ It was enough that the circumstances of the domestic proceedings did not fit within the terms of the proposed exception.

In ascertaining whether State immunity foreclosed civil proceedings in the circumstances of the case, the Court thus eventually looked to individual instances of practice and expressions of *opinio juris*. However, this was not the only source of evidence that it examined. Where it could, it began its inquiry by looking at relevant provisions of the codification instruments concerning State immunity and asking whether they could be taken to represent customary law on the topic. As for the existence of the rule of State immunity, this evidence was decisive, and the Court had no need to continue to examine the extensive practice and *opinio juris*. As for the existence of exceptions to the rule, on the other hand, the codification instruments were not relevant, and the Court undertook a survey of the primary sources of custom itself. Just as in the *Lotus* case, the Court wisely began by considering whether a customary rule had already been identified before undertaking an investigation of the formal elements of custom.

⁷⁰ *Ibid.*, para. 89.

⁷¹ *Ibid.*, para. 117.

4. Conclusion

The landscape of international law has changed in dramatic ways since international custom was first defined as a general practice accepted as law. Most notably, the content of international law has been increasingly specified through the adoption of binding and non-binding instruments purporting to codify the rules of international law. In many ways, however, Lord Phillimore's observation in 1920 before the Committee of Jurists, that custom "constitutes in the main international law" continues to be relevant. The Court continues to be faced with questions related to the status and scope of customary rules, even as they are increasingly codified. As always, the Court has taken a pragmatic approach to determining the existence and content of international custom, considering whether a rule has been convincingly identified before moving on to consider the primary evidence of State practice and *opinio juris*. Its conclusions and processes have featured in the jurisprudence of other tribunals.⁷²

In this regard, four particular methods for the assessment by the Court of evidence of customary law have played an important role: 1) referring to multilateral treaties and their *travaux préparatoires*, 2) referring to United Nations resolutions and other non-binding documents which are drafted in normative language, 3) considering whether an established rule applies to current circumstances as a matter of deduction and 4) resorting to an analogy. Each of these methods, of course, depends on the existence of certain situations. For the Court to refer to a treaty or resolution, one must have been adopted

⁷² See, e.g., *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, ICTY IT-95-16-T, Judgment of 14 January 2000, Trial Chamber, p. 211, para. 534 (citing *Military and Paramilitary Activities* for its holding that Article 3 common to the Geneva Conventions of 1949 has become customary law); *Prosecutor v. Rwamakuba*, ICTR, Case No. ICTR-98-44C-T, Decision of 31 January 2007 on Appropriate Remedy, Trial Chamber III, pp. 6-7, para. 22 (citing ICJ jurisprudence for the constitutive elements of custom); *Prosecutor v. Nuon et al.*, ECCC, Case No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, Decision of 3 November 2011 on IENG Sary's Rule 89 Preliminary Objections (*Ne bis in idem* and Amnesty and Pardon), Trial Chamber, pp. 18-19, para. 40 (citing ICJ jurisprudence for the constitutive elements of custom); *The M/V "Saiga" (No. 2) Case (St. Vincent & the Grenadines v. Guinea)*, ITLOS, Judgment of 1 July 1999, paras. 133-134 (citing *Gabčíkovo-Nagymaros Project* for its holding that the provision on necessity in the ILC's Draft Articles on State Responsibility reflects custom); *Guyana v. Suriname*, PCA (UNCLOS Annex VII), Award of 17 September 2007, pp. 144, 147, paras. 440, 446 (citing *Military and Paramilitary Activities* for its holding that the Friendly Relations Declaration is an indication of States' *opinio juris* as to customary international law on the use of force).

on the topic, and for it to rely on existing rules by deduction or analogy, the logical step must suggest itself as reasonable.

The present survey of the practice of the International Court of Justice has considered cases where a relevant codification treaty or text existed. It has shown that the Court's goal in using such documents has been to determine the existence and content of customary rules applicable to the cases before it. The Court's methods for doing so make reference to processes that are, as Baxter has noted, "simply a special application of the normal rules for the creation of customary international law".⁷³ As the content of custom continues to be specified, it can be expected that the Court will continue to examine the ways in which written expression of legal views can serve as evidence of the general practice accepted as law that constitutes custom.

⁷³ Baxter, *supra* note 16, at p. 73.

M. Jiří MALENOVSKÝ
Président de chambre
Cour de justice de l'Union européenne

I. La contribution de l'Union européenne à la formation des règles coutumières

L'Union européenne, organisation internationale, composée de 27 États membres, présente une double caractéristique : d'une part, il s'agit d'une organisation internationale dite « d'intégration » : elle agit en lieu et place de ses États membres, dans le champ des compétences qui lui ont été transférées par ces derniers ; d'autre part, composée exclusivement d'États européens, il s'agit d'une organisation à vocation régionale. De cette double caractéristique essentielle, il découle que sa contribution à la formation des règles coutumières de droit international général est, d'une part, éminemment plus importante que s'agissant d'une simple organisation intergouvernementale et, d'autre part, néanmoins nécessairement limitée, du fait de sa vocation régionale.

En effet, s'agissant des organisations intergouvernementales, leur pratique institutionnelle n'est, en principe, susceptible de générer que des règles relevant de leur propre droit institutionnel, donc, en fait, de leur propre droit interne, pas du droit international proprement dit. Par ailleurs, leurs résolutions non contraignantes ne peuvent que contribuer indirectement, selon les circonstances, soit à l'émergence, soit à la consolidation d'une future *opinio iuris* ou bien encore déclarer une *opinio iuris* déjà existante¹.

La pratique de l'Union se substituant, dans le domaine des compétences transférées, à la pratique de ses États membres, et entrant par conséquent en relations directes avec les États tiers, l'Union s'avère être, de ce fait, un acteur réel et puissant participant directement à la formation des règles coutumières de droit international général.

¹ Voir, sur ce point, l'analyse d'A. Pellet sous l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, in : A. Zimmermann, Ch. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, « *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary.* », Oxford, 2006, p. 751-752.

D'une part, elle bénéficie d'un « effet multiplicateur » découlant du fait que sa pratique se substitue aux pratiques de dizaines d'États européens. D'autre part, acteur autonome de la scène internationale, et compte tenu de ses activités très intensives dans certains secteurs, notamment économique, elle agit dans ces secteurs en qualité de « sujet particulièrement intéressé ». Pour ces raisons, l'importance de ses précédents dans le processus de formation des règles coutumières est singulièrement grande.

Dans le cadre de sa contribution à la formation des règles coutumières, l'Union peut agir non seulement de manière proactive, en synergie avec les précédents visant à donner naissance à une future règle coutumière et émanant d'autres sujets de droit international, mais également de façon « négative » ou « protestataire ». À ce dernier égard, l'Union européenne est susceptible, le cas échéant, de bloquer l'émergence d'une règle qu'elle estimerait hostile à ses principes ou, du moins, faire valoir que la règle en cause ne lui est pas opposable en ce qui la concerne en adoptant par exemple une attitude d'« objection persistante ».

Cela étant, il convient de nuancer cette conclusion dans la mesure où l'Union ne dispose pas, tel un État, d'une plénitude de compétences, mais seulement des compétences d'attribution qui lui sont sélectivement dévolues par les traités fondateurs. Dès lors, en général, elle est nécessairement moins présente dans le processus de formation coutumière que ses États membres.

II. La force contraignante de la coutume internationale dans l'ordre juridique de l'Union européenne

Dans l'exercice de ses compétences, l'Union est tenue de respecter le droit international. Telle est la formule aujourd'hui consacrée par une jurisprudence bien établie. Toutefois, il n'en a pas toujours été ainsi et il convient de retracer brièvement la genèse de cette formule. À cet égard, *trois époques* doivent être distinguées.

Lors de sa création, en 1952, la Cour de justice de la CECA était perçue essentiellement comme une juridiction internationale spécialisée, créée sur la base d'un traité international à finalité économique, et censée interpréter et appliquer ce traité immergé dans

le droit international. Il était alors approprié de qualifier ce nouvel ensemble de règles bien particulières, doté de certains traits spécifiques, comme la notion de supranationalité, et établissant un ensemble de règles conventionnelles précises, cohérentes et homogènes, de *régime autonome de droit international*, « autosuffisant », présumé déroger, en principe, au droit international général.

Cela étant, le caractère essentiel de *ius dispositivum* que revêt la quasi-totalité du droit international général suppose que, en l'absence de volonté dérogatoire manifestée par les États fondateurs à un égard précis, la Communauté européenne était liée par toute règle de droit international général à laquelle ses États membres n'avaient pas dérogé. Dans cette situation, en cas de lacune dans le droit communautaire, l'application des règles coutumières de droit international s'imposait à la Cour implicitement². C'est dans un tel contexte que, dans l'un de ses tout premiers arrêts³, la Cour n'a pas hésité à recourir à la « théorie des compétences implicites », admise par le droit international général.

La rupture avec cette orientation favorable au droit international est intervenue à partir du début des années 1960, les deux célèbres jurisprudences de 1963⁴ et 1964⁵ marquant sans doute à cet égard le tournant décisif, lorsque la Cour proclama avec éclat la naissance d'un « nouvel ordre juridique », « issu d'une source autonome », indépendant par rapport au droit international, en cherchant plutôt une source d'inspiration et des analogies dans l'ordre juridique interne des États membres. Cette future orientation se dessinait d'ailleurs déjà dans la réflexion développée par l'avocat général Lagrange, dans ses conclusions dans l'affaire *Fédération charbonnière de Belgique*. L'avocat général avait relevé que, si les sources du droit communautaire pourraient être recherchées, le cas échéant, dans le

² Voir, sur ce point, les développements consacrés à la notion de « régime autonome de droit international », in : J. Malenovský, L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : De graves différences dans l'application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg et Strasbourg, *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 2009, n°4, p. 756 et suiv.

³ Arrêt du 29 novembre 1956, *Fédération charbonnière de Belgique/Haute Autorité*, 8/55, Rec. 1955 p. 291.

⁴ Arrêt du 5 février 1963, *van Gend & Loos*, 26/62, Rec. 1963 p. 1.

⁵ Arrêt du 15 juillet 1964, *Costa*, 6/64, Rec. 1964 p. 1141.

droit international, c'est normalement, et le plus souvent, dans le droit interne des divers États membres qu'elles devraient être trouvées⁶.

Ladite rupture jurisprudentielle procédait non d'une quelconque hostilité de principe à l'égard du droit international, mais apparemment de la volonté des juges européens d'encourager les juridictions nationales, notamment suprêmes, à poser des demandes préjudicielles, rarissimes à l'époque. En effet, étant donné que les traités communautaires étaient qualifiés de traités internationaux au regard du droit interne des États membres, les juridictions nationales étaient obligées, de ce fait, d'appliquer leurs règles constitutionnelles respectives régissant la réception du droit international dans le droit interne – lesquelles, le plus souvent, n'octroyaient à ces traités dans l'ordre juridique interne qu'un statut modeste, équivalent à celui d'une loi. Dès lors, en cas d'incompatibilité entre une disposition communautaire et une disposition législative postérieure à celle-ci, cette dernière disposition prévalait, ce qui empêchait les juridictions nationales d'appliquer la disposition communautaire en cause, et, en conséquence, de poser, le cas échéant, une question préjudicielle à la Cour.

Force est toutefois de constater que cette tactique employée par les juges européens à partir de l'arrêt *Costa*, les conduisant à revendiquer l'autonomie du droit communautaire et sa nette séparation avec le droit international, aux fins de contourner l'application des règles constitutionnelles relatives à la réception du droit international et d'assurer ainsi la primauté du droit communautaire par rapport aux ordres juridiques nationaux, n'a pas manqué de produire des effets, non moins indésirables, que ceux résultant de la qualification des traités communautaires de traités internationaux au sein des États membres.

En effet, la Cour a, dans l'arrêt *Costa*, dégagé le caractère autonome du droit communautaire à partir de l'idée que, contrairement au droit international, le droit communautaire procède d'un transfert de souveraineté des États membres. Or, un tel transfert doit être effectué conformément à la constitution. Ce transfert relève donc du contrôle exercé par les juridictions constitutionnelles des États membres.

⁶ Voir, également, G. Guillaume, L'unité du droit international public est-elle aujourd'hui en danger ? *Revue internationale de droit comparé*, 2003, n° 1, p. 26.

L'encadrement constitutionnel du transfert des droits souverains a ainsi permis aux juridictions nationales non seulement de surveiller la façon dont l'Union exerce les compétences transférées, mais également d'influer sur l'évolution du droit communautaire. La primauté de ce dernier droit a dû en conséquence subir d'importantes atteintes.

Ainsi, la rupture avec le droit international initiée par les juges de Luxembourg à partir du début des années 1960 a certes contribué à une généralisation des demandes préjudicielles, mais elle n'a pas empêché pour autant les cours constitutionnelles de remettre en cause la primauté du droit communautaire⁷.

Quoi qu'il en soit, cette émancipation jurisprudentielle eut pour effet que désormais, eu égard à l'autonomie autoproclamée de l'ordre juridique communautaire, l'application du droit international général ne s'y imposait, en principe, plus. À partir de là, la Cour, souhaitant manifester une forte autonomie du droit communautaire, fit plutôt preuve d'une ample réticence pour appliquer les règles du droit international. Il n'y avait d'ailleurs aucune disposition explicite dans les traités fondateurs de l'époque de nature à obliger les Communautés à respecter, en général, le droit international, contrairement à la situation actuelle.

Une troisième étape fut franchie au début des années 1990. En effet, à partir de cette date, l'action extérieure des Communautés européennes a revêtu de plus en plus d'importance. La mondialisation s'est manifestée sous la forme d'un « enchevêtrement de normes » toujours plus dense, si bien qu'il était devenu quasiment impossible pour la Cour de justice d'ignorer les autres systèmes juridiques qui l'entourent. En outre, l'Union est devenue membre ou a participé aux travaux de plusieurs organisations internationales à caractère universel, dont la FAO. Elle a adhéré à un certain nombre de conventions multilatérales et est devenue membre à part entière de l'OMC⁸. Enfin, les développements liés à la politique étrangère et de

⁷ J. Malenovský, 60 ans des Communautés européennes : d'un projet supranational d'inspiration française à sa mise en oeuvre infraconstitutionnelle en Allemagne (*en tchèque*). *Právník*, 2012, n° 7, p. 692-694.

⁸ Voir Ch. Timmermans, The EU and Public International Law, *European Foreign Affairs Review*, 1999, vol.4, p. 184-185.

sécurité commune (PESC) soulevaient régulièrement des questions de droit international public.

Toutes ces circonstances ont fait que la Cour a adopté une attitude beaucoup plus ouverte vis-à-vis du droit international. Ce faisant, elle s'est fondée sur l'argument que la Communauté est dotée de la personnalité juridique en droit international (article 281 TCE) et est ainsi titulaire des droits et obligations inhérents à ce droit. Dans ces conditions, depuis l'arrêt de 1992, *Poulsen et Diva Navigation*⁹, est continûment reprise la formule jurisprudentielle rituelle selon laquelle « l'Union doit exercer ses compétences dans le respect du droit international », formule qui a été codifiée, en substance, à l'article 3, paragraphe 5, du Traité sur l'Union européenne (ci-après « TUE »), lors de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009¹⁰.

Cela étant, dans son arrêt *Poulsen et Diva navigation*, la Cour de justice s'est bornée à déclarer que la Communauté devait exercer ses compétences conformément au droit international. Il a fallu attendre son arrêt *Racke* (en 1998)¹¹ pour pouvoir vérifier l'hypothèse selon laquelle cette déclaration générale portait également sur les règles coutumières. Dans cette dernière affaire, la Commission avait pourtant estimé que rien dans le traité ne donnait à penser que les principes généraux du droit international public seraient intégrés à l'ordre juridique communautaire. La Cour a écarté l'argumentation de la Commission en constatant, sans aucune ambiguïté, que la Communauté « est tenue de respecter les règles du droit coutumier international lorsqu'elle adopte un règlement » et que ces règles « lient les institutions de la Communauté et font partie de l'ordre juridique communautaire ».

⁹ Arrêt du 24 novembre 1992, *Poulsen et Diva Navigation*, C-286/90, Rec. 1992 p. I-6019, point 9.

¹⁰ Article 3, paragraphe 5, TUE : « Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant, *ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies.* »

¹¹ Arrêt du 16 juin 1998, *Racke*, C-162/96, Rec. 1998 p. I-3655.

La formulation utilisée dans l'arrêt *Racke* est clairement d'inspiration moniste : la nature contraignante des obligations internationales de nature coutumière est suffisante à elle seule pour que ces obligations s'intègrent dans l'ordre juridique communautaire, sans qu'intervienne un quelconque acte de réception. Ainsi, la Cour de justice a accordé au droit international coutumier un statut équivalent, en principe, à celui dont bénéficie le droit international conventionnel depuis, déjà, l'arrêt *Haegeman* de 1974¹².

À cet égard, se pose la question de savoir *comment* l'Union, sujet de droit international particulier, puisque étant créée par un traité international ne liant qu'un nombre limité d'États européens, est soumise à la force obligatoire des règles de droit international général. Est-elle soumise à de telles règles *immédiatement*, indépendamment de ses États membres, au titre de sa personnalité juridique distincte ? Ou bien, au contraire, est-elle liée de façon *médiate*, par l'entremise de ses États membres qui lui ont transféré un certain nombre de compétences, étant observé qu'antérieurement à ce transfert les compétences en question étaient exercées par les États membres dans le respect desdites règles coutumières ?

Autrement dit, la jurisprudence issue de l'arrêt *International Fruit Company*¹³ – aux termes de laquelle est reconnu, sous certaines conditions, le caractère contraignant pour l'Union des accords internationaux antérieurement souscrits par l'ensemble des États membres, auxquels l'Union n'est pourtant pas formellement partie, en l'espèce le GATT, du fait que celle-ci assume, en vertu du traité, les compétences précédemment exercées par les États membres dans le domaine d'application des accords en question – est-elle transposable afin de pouvoir constater la force contraignante d'une règle coutumière internationale pour l'Union ? Si tel était le cas, cela supposerait que la Cour, préalablement à l'application d'une telle règle, vérifie que *tous* les États membres, sans exception, sont liés par une telle règle. À l'inverse, si tel n'est pas le cas, il serait difficile de prétendre que l'Union est liée par cette règle. Différents cas de figure sont envisageables, par exemple celui dans lequel plusieurs États membres, du fait de leur objection persistante lors de la formation de

¹² Arrêt du 30 avril 1974, *Haegeman*, 181/73, Rec. 1974 p. 449.

¹³ Arrêt du 12 décembre 1972, *International Fruit Company e.a.*, 21/72 à 24/72, Rec. 1972, p. 1219.

ladite règle coutumière, seraient exclus de son champ d'application *ratione personae*.

À ma connaissance, il n'existe aucune décision de la Cour dans laquelle celle-ci aurait procédé, de la sorte, à une telle vérification. Cela tendrait à signifier soit que, en l'absence de preuve contraire, la Cour entérine la présomption selon laquelle tous les États membres sont liés par la règle coutumière en question, soit que la jurisprudence *International Fruit Company* n'est pas transposable s'agissant de la coutume internationale et que l'Union est liée par le droit international général, en tant que telle, immédiatement et indépendamment de ses États membres. Cette seconde hypothèse paraît d'ailleurs confortée par l'arrêt *Brita* de 2010¹⁴. En effet, la Cour a jugé que, bien qu'elle ne lie pas la Communauté, la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 contient une série de règles du droit coutumier international, qui lient les institutions de la Communauté, *en tant que sujet de droit international public*, et font partie de l'ordre juridique communautaire. Il doit d'ailleurs être rappelé que trois États membres (France, Roumanie et Malte) n'ont pas ratifié la convention de Vienne. Du reste, cette approche « immédiate » s'inscrit parfaitement dans la ligne jurisprudentielle de la Cour internationale de Justice (ci-après la CIJ) qui avait insisté, déjà dans son avis consultatif relatif à l'interprétation de l'accord entre l'OMS et l'Égypte, que « l'organisation internationale est un sujet de droit international lié en tant que tel par toutes les obligations que lui imposent les règles générales du droit international »¹⁵.

Cela étant, il existe un précédent témoignant plutôt du fait que la jurisprudence *International Fruit Company* a été au moins prise en compte. En effet, dans l'arrêt *Intertanko*¹⁶ la Cour a pris position par rapport à la convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires, signée à Londres le 2 novembre 1973, telle que complétée en 1978, dite « convention Marpol 73/78 ». Elle a relevé que, la Communauté n'étant pas partie contractante à cette dernière, elle ne saurait, en raison du seul fait que tous les États membres sont parties contractantes à la convention Marpol 73/78, être liée par les règles figurant dans son texte, qu'elle n'a pas elle-même

¹⁴ Arrêt du 25 février 2010, *Brita*, C-386/08, Rec. 2010, p. I-1289.

¹⁵ Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, avis consultatif, CIJ, Recueil 1980, pp. 89-90, § 37.

¹⁶ Arrêt du 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, C-308/06, Rec. 2008 p. I-4057.

approuvées. En effet, les règles en cause de la convention Marpol ne sauraient être regardées comme constituant l'expression de règles coutumières. Il pourrait en être déduit que, *a contrario*, si les règles en question avaient été considérées par la Cour comme l'expression du droit coutumier, l'Union aurait été liée par la Convention Marpol du seul fait que tous les États membres aient été parties contractantes à celle-ci.

III. Deux tendances opposées dans la jurisprudence de la Cour : ouverture et réticence envers la coutume internationale

Il est fondé d'alléguer que, parmi les différentes sources du droit international, telles qu'énumérées à l'article 38 du Statut de la CIJ, l'Union est davantage concernée par la source coutumière que ne le sont les États. En effet, contrairement aux États, l'Union est, peut-être à tort, rarement invitée à participer à la conclusion et à la ratification des grandes conventions multilatérales qui codifient le droit coutumier en vigueur dans les différents domaines du droit international, avec l'exception notable de la Convention de Montego Bay de 1982. Ainsi, en définitive, faute d'être liée par les règles codifiées, l'Union reste liée par les règles coutumières parallèles.

Depuis sa création, en 1952, la mission de la Cour de justice consiste à assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités », ainsi qu'il résulte maintenant de l'article 19, paragraphe 1, TUE. Or, les règles pertinentes du droit international qui doivent être respectées sont susceptibles de modifier l'interprétation et les conditions d'application des différentes règles du droit de l'Union qui entrent dans ses compétences, voire de faire obstacle complètement à l'application de ces dernières règles.

Plusieurs exemples peuvent illustrer ce phénomène.

D'abord, s'agissant de la compétence *ratione materiae* de l'Union, dans l'arrêt *Mahamdia* de 2012¹⁷, la Cour a récemment eu l'occasion d'interpréter le règlement (CE) n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 2001, L 12, p. 1), à l'aune de certains

¹⁷ Arrêt du 19 juillet 2012, *Mahamdia*, C-154/11, non encore publié au Recueil.

principes de droit international général. Elle a ainsi jugé qu'un État tiers ne pouvait opposer son immunité contre le recours en droit du travail d'un employé de son ambassade, lorsque ce dernier assume des fonctions ne relevant pas de l'exercice de la puissance publique. Dès lors, un tel employé (il s'agissait en l'espèce d'un chauffeur employé par l'Ambassade d'Algérie en République fédérale d'Allemagne) peut saisir les tribunaux de l'État membre où se trouve l'ambassade concernée.

Quant à la question de l'immunité invoquée par le gouvernement algérien, la Cour a certes reconnu que « des principes de droit international généralement reconnus en matière d'immunité juridictionnelle excluent qu'un État puisse être attiré en justice devant la juridiction d'un autre État dans un litige tel que celui au principal. Une telle immunité de juridiction des États se trouve consacrée dans le droit international et se fonde sur le principe *par in parem non habet imperium*, un État ne pouvant être soumis à la juridiction d'un autre État ». Cependant, elle a relevé qu'« en l'état actuel de la pratique internationale, cette immunité n'a pas une valeur absolue, mais elle est généralement reconnue lorsque le litige concerne des actes de souveraineté accomplis *iure imperii*. Elle peut être, en revanche, exclue si le recours juridictionnel porte sur des actes accomplis *iure gestionis*, lesquels ne relèvent pas de la puissance publique ».

Dès lors, la Cour en a déduit qu'« au vu du contenu dudit principe de droit international coutumier sur l'immunité juridictionnelle des États, il y a lieu de considérer qu'il ne s'oppose pas à l'application du règlement n° 44/2001 dans un litige, tel que celui au principal, par lequel un travailleur demande le versement d'indemnités et conteste la résiliation du contrat de travail qu'il a conclu avec un État, lorsque la juridiction saisie constate que les fonctions exercées par ce travailleur ne relèvent pas de l'exercice de la puissance publique ou lorsque l'action judiciaire ne risque pas d'interférer avec les intérêts de l'État en matière de sécurité ».

Ensuite, s'agissant de la compétence *ratione loci* de l'Union, la Cour, dans l'affaire ayant donné à l'arrêt *Brita*, précité, a jugé que, à la lumière du principe de droit international général « *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* », tel que codifié à l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'article 83 de l'accord d'association CE-Israël, définissant le champ d'application territorial de cet accord,

devait être interprété de telle sorte que ne soient pas affectées les compétences dévolues aux autorités douanières palestiniennes par l'accord d'association CE-OLP. Dans ces conditions, la Cour statue que les produits originaires de Cisjordanie ne relèvent pas du champ d'application territorial de l'accord CE-Israël et ne sauraient donc bénéficier du régime préférentiel instauré par celui-ci.

Par ailleurs, l'affaire *Miles e.a.*¹⁸ illustre la façon dont l'application par la Cour du droit international coutumier peut aboutir à circonscrire sa compétence *ratione personae* en ce qui concerne une entité gravitant dans l'orbite des institutions européennes. Dans cette affaire, la Cour, devant répondre à une demande préjudicielle émanant de « la Chambre de recours des écoles européennes », était appelée à déterminer le statut juridique d'une telle juridiction.

La Cour a observé que la Chambre de recours relève non pas d'un des États membres, mais des « écoles européennes », lesquelles constituent un système « *sui generis* », qui réalise par le biais d'un accord international une forme de coopération entre les États membres et entre ceux-ci et l'Union et qui, pour cette raison, doit être assimilé à une organisation internationale, formellement distincte de l'Union et de ses États membres. Ainsi, la Cour a, implicitement mais nécessairement, fait application des critères inhérents à la personnalité des organisations internationales tirés du droit international général.

Enfin, dans l'affaire *Currà e.a.* de 2012¹⁹, la Cour a décliné sa compétence *ratione temporis* pour répondre à une demande de décision préjudicielle qui lui était adressée par une juridiction italienne dans le cadre d'un litige opposant des ressortissants italiens à la République fédérale d'Allemagne au sujet de leur demande de réparation des dommages qu'ils ont subis à l'occasion de leur déportation ou de celle de personnes dont ils sont les ayants droit au cours de la Seconde Guerre mondiale.

À cet égard, la Cour a rappelé qu'il découle de l'article 28 de la convention de Vienne sur le droit des traités, que, faute d'une intention différente exprimée dans le traité concerné, les dispositions de ce dernier ne lient pas les États contractants en ce qui concerne un

¹⁸ Arrêt de la Cour du 14 juin 2011, *Miles e.a.*, C-196/09, non encore publié au Recueil.

¹⁹ Ordonnance du 12 juillet 2012, *Currà e.a.*, C-466/11, non encore publiée au Recueil.

acte ou un fait antérieur à la date de son entrée en vigueur. Sur la base de ce principe de droit international coutumier, la Cour n'a pu que constater qu'une telle intention différente, en vertu de laquelle une compétence de l'Union pourrait être étendue à des faits tels que ceux de l'affaire au principal, antérieurs à son existence, ne ressortait nullement des traités fondateurs.

Dans le contexte d'interprétation, une question se pose. Si désormais nul ne conteste que le droit de l'Union doit être interprété en conformité avec le droit international général, l'opération inverse peut-elle, ou même doit-elle, être effectuée ? En d'autres termes, la Cour, amenée à appliquer une règle du droit international, peut-elle interpréter ladite règle en tenant compte des grands principes du droit de l'Union, tels que les principes de « coopération loyale » (inscrit à l'article 4, paragraphe 3, TUE) ou de solidarité entre États membres ?

L'affaire tout récente *Hongrie/République slovaque*²⁰, ayant opposé deux États membres de l'Union, illustre ce cas de figure. Dans cette affaire, la Cour était amenée à juger si la non-admission sur son territoire, par un État membre, du chef d'État d'un autre État membre constitue une violation, par le premier État membre, de l'article 21 TFUE ainsi que de la directive 2004/38/CE garantissant le droit à la libre circulation des citoyens de l'Union. Dans un tel contexte, la Cour devait se prononcer sur le point de savoir si les règles coutumières de droit international régissant les relations diplomatiques, notamment les immunités et privilèges accordés aux chefs d'État séjournant à l'étranger, sont applicables entre les États membres.

Dans son arrêt, la Cour a relevé que le statut du chef d'État présente une spécificité, découlant du fait qu'il est régi par le droit international, avec la conséquence que les comportements de celui-ci sur le plan international, telles que sa présence à l'étranger, relèvent de ce droit, et notamment du droit des relations diplomatiques. Elle en a déduit qu'une telle spécificité est de nature à distinguer la personne qui jouit de ce statut de tous les autres citoyens de l'Union, de sorte que l'accès de cette personne au territoire d'un autre État membre ne relève pas des mêmes conditions que celles applicables aux autres citoyens. Ce qui l'a amené à la conclusion que la circonstance qu'un

²⁰ Arrêt du 16 octobre 2012, *Hongrie/République slovaque*, C-364/10, non encore publié au Recueil.

citoyen de l'Union exerce les fonctions de chef d'État est de nature à justifier une limitation, fondée sur le droit international, à l'exercice du droit de circulation que l'article 21 TFUE lui confère.

Il résulte de cet arrêt que les principes de solidarité ou de loyauté propres au droit de l'Union n'ont aucunement pu atténuer la « rigueur » des règles coutumières internationales ayant pour effet de refuser au chef d'État d'un État membre le bénéfice qu'il aurait pu tirer de son droit à la libre circulation s'il avait été un simple particulier. En effet, l'Union n'ayant pas dérogé, en amont, à ces règles coutumières, la Cour est tenue de les interpréter et de les appliquer de la même manière que tout autre sujet de droit international.

Comme il a déjà été dit, les règles coutumières générales s'intègrent au droit de l'Union de façon moniste et la Cour est tenue, en théorie au moins, de les appliquer à chaque occasion, lorsque cela s'avère pertinent. Cela étant, force est de constater que la pratique de la Cour se montre beaucoup moins claire.

Voici plusieurs manifestations de cette ambiguïté dans l'approche de la Cour et les raisons sous-jacentes à celle-ci.

Tout d'abord, la Cour n'applique pas les règles coutumières de manière conséquente, mais plutôt lorsque celles-ci jouent en faveur des intérêts de l'Union, ou lorsqu'une de ces règles s'avère matériellement identique à un principe de droit de l'Union. Dans cette dernière situation, la Cour exploite souvent les deux conjointement²¹. Cette réticence est compréhensible étant donné que chaque première application d'une règle de droit international général implique que, en vertu de l'effet d'*estoppel*, non seulement la Cour mais également toute l'Union seront dorénavant obligées de la respecter rigoureusement²². La sélection opérée par la Cour dans l'application du droit coutumier international est naturellement également encouragée par le fait, que, en droit international, il n'existe ni une juridiction obligatoire ni un recours accessible à ses sujets susceptible

²¹ O. Elias, *General International Law in the European Court of Justice: From Hypothesis to Reality?*, *Netherlands Yearbook of International Law*, 2000, vol. XXXI, p. 5-6.

²² V. Lowe, *Can the European Community Bind the Member States on Questions of Customary International Law?*, in: M. Koskenniemi (edit.), *International Law Aspects of the European Union*, Kluwer Law International, 1998, notamment p. 152-160.

de sanctionner spécifiquement les omissions d'appliquer des règles coutumières internationales.

Par ailleurs, s'agissant du profil professionnel des candidats à la fonction de juge de la Cour de justice de l'Union européenne, il n'est pas exigé qu'ils possèdent une compétence spécifique en droit international, à l'instar des juges de la Cour européenne des droits de l'homme, mais à la différence des juges de la Cour internationale de Justice ou, en partie, de la Cour pénale internationale. Ainsi, les spécialistes en droit international siègent assez exceptionnellement à la Cour de justice, ce qui ne peut rester sans conséquences sur le poids réel du droit international dans sa jurisprudence.

En outre, souvent la Cour n'est pas suffisamment encline à appliquer une certaine règle coutumière, dès lors que celle-ci est dotée d'une toute autre finalité que celle visée par le droit de l'Union. En effet, la finalité des règles de droit international général doit être déduite de la pratique spontanée de la communauté internationale dans son ensemble accumulée dans *le passé (usus longuaevis)*, et nullement des besoins spécifiques qu'un nombre restreint d'États européens appartenant à un régime autonome souhaiteraient satisfaire *à l'avenir*. Ainsi, *lex specialis* (règle d'intégration européenne) et *lex generalis* (règle coutumière internationale) apparaissent difficilement compatibles du point de vue téléologique. De même, ainsi que le relève, plus précisément, D. Simon, le juge de l'Union refuse l'application du droit international général dès lors qu'une règle de ce droit risquerait de « contaminer le système spécifique mis en place par les traités au point d'introduire des germes de désagrégation mettant en péril la structure même de l'organisation »²³. À défaut d'application des règles coutumières, la Cour recourt parfois, au détriment du droit international général, et quitte à devoir procéder par voie d'analogie, à une autre règle appropriée du droit de l'Union, ou formule même une règle principalement nouvelle, s'inspirant et puisant dans le droit interne des États membres.

L'arrêt *Apostolides*²⁴ illustre tout particulièrement la tendance de la Cour à ignorer, dans certaines circonstances, les aspects relevant du

²³ D. Simon : L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales, cité par G. Cohin : *La coutume internationale et les organisations internationales*. Paris, Pedone, 2001, p. 525.

²⁴ Arrêt du 28 avril 2009, *Apostolides*, C-420/07, Rec. 2009 p. I-3571.

droit international général dans les affaires dont elle est saisie. Répondant à une demande préjudicielle introduite par une juridiction britannique dans le cadre d'un litige opposant M. Apostolides à un couple de ressortissants britanniques à propos de la reconnaissance et de l'exécution au Royaume-Uni de deux jugements rendus par une juridiction du district de Nicosie, siégeant donc dans la partie sud de l'île, mais concernant des biens immobiliers sis dans la zone nord, contrôlée par l'armée turque et l'entité non reconnue de la République de Chypre du nord, la Cour était amenée à déterminer si le règlement (CE) n° 44/2001, déjà cité, était applicable à ces deux décisions juridictionnelles.

Sans dire un mot de la situation singulière de la partie septentrionale du territoire de l'État chypriote en droit international, la Cour a apporté une réponse positive à la question posée. Elle a ainsi clairement privilégié l'optique d'intégration européenne sous-jacente à la philosophie du règlement n° 44/2001, au détriment de la perspective des règles coutumières de droit international général régissant le statut des territoires occupés militairement par une puissance étrangère qui se sont formées au cours du XIX^e siècle, ainsi qu'au détriment du principe d'effectivité inhérent au droit international général.

À cet égard, il est intéressant de relever que l'approche de la CEDH, saisie d'affaires se rapportant à la même situation juridique, est diamétralement différente. Ainsi, dans l'arrêt *Chypre c. Turquie*²⁵, la CEDH a constaté que la situation dans le nord de Chypre se distingue par l'autorité de fait exercée par la « République turque de Chypre du nord », entité que la communauté internationale ne reconnaît pas. En s'appuyant sur l'avis consultatif de 1971 de la CIJ sur la Namibie, elle conclut que « les autorités de fait, y compris leurs tribunaux... ne peuvent tout simplement pas être ignorés » par les États tiers et par les institutions et juridictions internationales, puisqu'une autre conclusion équivaldrait à « dépouiller les habitants de la région de tous leurs droits lorsque ceux-ci sont examinés dans un cadre international ».

De manière catégorique, la Cour a écarté l'application du droit international, y compris de ses règles coutumières, en situation d'un conflit flagrant entre les obligations internationales incombant à l'Union et les principes qui constituent le « noyau dur » de son propre

²⁵ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 mai 2001 dans l'affaire *Chypre c. Turquie*.

ordre juridique. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Kadi* de 2008²⁶, la Cour a considéré qu'une immunité juridictionnelle du règlement litigieux quant au contrôle de la compatibilité de celui-ci avec les droits fondamentaux qui trouverait sa source dans une prétendue primauté absolue des résolutions du Conseil de sécurité que cet acte vise à mettre en œuvre ne pourrait pas être fondée sur la place qu'occuperaient les obligations découlant de la charte des Nations unies dans la hiérarchie des normes au sein de l'ordre juridique communautaire si ces obligations étaient classifiées dans cette hiérarchie.

En effet, l'article 300, paragraphe 7, CE (devenu article 216 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne) prévoit que les accords conclus selon les conditions fixées à cet article lient les institutions de la Communauté et les États membres. Ainsi, en vertu de cette disposition, si elle était applicable à la charte des Nations unies, cette dernière bénéficierait de la primauté sur les actes de droit communautaire dérivé. Toutefois, selon la Cour, cette primauté ne s'étendrait pas au droit primaire et, en particulier, aux principes généraux dont font partie les droits fondamentaux. Ainsi, la Cour s'est inspirée, d'une certaine façon, de la jurisprudence de juridictions constitutionnelles de certains États membres, notamment de celle de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, en dépit du fait que la *Grundgesetz* consacre le modèle dualiste de réception du droit international, alors que les Traités de l'Union ont opté, en revanche, pour le modèle moniste.

Cette approche, abondamment discutée en doctrine²⁷, a suscité des commentaires partagés, la plupart se félicitant de l'attachement de la Cour à proclamer l'absolue primauté des droits fondamentaux, mais d'autres déplorant une prétention aussi forte de l'autonomie de l'Union face aux contraintes de l'ordre international et, plus généralement, le « splendide isolement » dans lequel l'enferme la Cour par rapport au droit international.

²⁶ Arrêt du 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. 2008 p. I-6351.

²⁷ Voir, notamment, J.-P. Jacqué, Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux, *Revue trimestrielle de droit européen (RTD eur)*, 2009, n°1, p.161-179.

IV. L'identification des règles internationales coutumières

Si la coutume internationale joue un rôle irremplaçable, en tant que source du droit international, pour l'Union européenne, cette dernière, en revanche, se montre souvent prudente dans son identification, s'agissant de la vérification d'une part, de *l'existence* d'une règle coutumière et, d'autre part, du *contenu* d'une telle règle.

Au *premier égard*, soulignons, d'emblée, que, en tant qu'institution d'une organisation à dimension régionale, la Cour ne dispose pas de possibilité équivalente à celle de la CIJ ou des juridictions suprêmes nationales pour identifier une règle coutumière de portée *universelle*. En effet, étant donné que l'Union ne peut en principe s'appuyer sur les moyens de services diplomatiques et juridiques à vocation universelle, contrairement à ceux dont disposent les grands États membres, l'accès aux informations nécessaires concernant l'ensemble des différents actes étatiques donnant naissance à une règle coutumière de caractère universel, dont la portée excède par définition la pratique imputable à ses seuls États membres, s'avère particulièrement problématique pour elle. Dans ces conditions, la Cour se montre fort réticente pour prouver, *elle-même*, l'*existence* d'une règle coutumière générale.

Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Budějovický Budvar*²⁸, la Cour a pris soin d'éviter de qualifier de règle coutumière du droit international général le principe de continuité des traités en cas de démembrements d'États. En effet, elle s'est bornée à relever qu' « il est constant que, à la date du démembrement de la République fédérative tchèque et slovaque, il existait une pratique internationale largement admise, fondée sur un principe de continuité des traités [...] En tout état de cause, et sans qu'il soit nécessaire pour la Cour de se prononcer sur la question de savoir si ce principe de la continuité des traités constituait à la date du démembrement de la République fédérative tchèque et slovaque une règle coutumière de droit international, il ne saurait être contesté que l'application de ce principe dans la pratique internationale du droit des traités était, à cette date, pleinement conforme au droit international ».

En outre, la jurisprudence de la Cour se montre particulièrement prudente, surtout s'agissant de l'analyse de l'élément subjectif sous-

²⁸ Arrêt du 18 novembre 2003, *Budějovický Budvar*, C-216/01, Rec. 2003 p. I-13617.

jacent à l'existence d'une règle coutumière. À cet égard, elle se borne, le plus souvent, d'une part, à reprendre l'acquis tiré de la jurisprudence d'autres cours internationales, au premier rang desquelles la Cour internationale de Justice, et, d'autre part, à se fonder sur les conventions de codification, même, le cas échéant, celles non encore entrées en vigueur, telle la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales de 1986²⁹.

Par ailleurs, la Cour n'hésite normalement pas à présumer l'existence d'une règle coutumière lorsque les parties au litige en sont d'accord et, inversement, elle se refuse à consacrer une telle existence, si les parties sont en désaccord sur ce point. C'est ainsi qu'elle a procédé, dans son arrêt de 2011, dans l'affaire *Air Transport Association of America et autres contre Secretary of State for Energy and Climate Change*³⁰, s'agissant de trois principes du droit international : celui selon lequel chaque État dispose d'une souveraineté complète et exclusive sur son propre espace aérien ; celui aux termes duquel aucun État ne peut légitimement prétendre soumettre une partie quelconque de la haute mer à sa souveraineté ; enfin, celui de liberté de survol de la haute mer.

La Cour juge que ces trois principes sont considérés comme *l'expression de l'état actuel du droit international maritime et aérien coutumier*. Elle observe, à cet égard, que lesdits principes ont été codifiés respectivement :

- à l'article 1^{er} de la convention de Chicago de 1944, relative à l'aviation civile internationale (voir, sur la reconnaissance d'un tel principe, arrêt de la CIJ dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* de 1986³¹),

- à l'article 2 de la convention de Genève de 1958 sur la haute mer (voir également, sur la reconnaissance de ce principe, arrêt de la Cour permanente de Justice internationale de 1927, dans l'affaire *Lotus*³²),

²⁹ Voir l'arrêt du 10 janvier 2006, IATA et ELFAA, C-344/04, Rec. 2006 p. I-403, point 40.

³⁰ Arrêt du 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America e.a.*, C-366/10, non encore publié au Recueil.

³¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-unis d'Amérique), arrêt de la CIJ du 27 juin 1986, Recueil 1986, p. 392.

³² Cour permanente de Justice internationale, arrêt du 7 septembre 1927, Recueil des arrêts, série A, n° 10, 1927, p. 25.

- à l'article 87, paragraphe 1, troisième phrase, de la convention de Montego Bay sur le droit de la mer de 1982.

La Cour souligne qu'« au demeurant » l'existence desdits trois principes du droit international n'a été contestée, dans leurs observations écrites et lors de l'audience, ni par les États membres, ni par les institutions de l'Union, non plus que par la République d'Islande et le Royaume de Norvège.

En revanche, s'agissant d'un autre « principe » allégué de droit coutumier, à savoir celui selon lequel les aéronefs survolant la haute mer sont soumis à la juridiction exclusive de l'État dans lequel ils sont immatriculés, la Cour n'était point convaincue. En effet, elle n'était pas prête à admettre qu'une simple analogie, tirée de l'existence d'une règle coutumière similaire régissant la juridiction des navires en haute mer, puisse établir la force contraignante en droit international du « principe » en question. Elle relève d'ailleurs que, dans leurs écritures, les gouvernements du Royaume-Uni et allemand ont contesté l'existence d'un tel principe coutumier.

Au *second égard*, un exemple illustrant l'approche de la Cour sur le terrain de l'identification du *contenu*, d'ailleurs un peu controversé, d'une règle coutumière peut être trouvé dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Walz* de 2010³³. Dans cette affaire, la Cour était amenée à dire pour droit si le terme « préjudice », inscrit dans la convention de Montréal³⁴, fixant la limite de la responsabilité du transporteur aérien pour le préjudice résultant, notamment, de la perte de bagages, devait être interprété en ce sens qu'il inclut aussi bien le dommage matériel que moral.

La Cour rappelle qu'il y a lieu d'interpréter les termes « préjudice » et « dommage » contenus dans une convention internationale, telle que la convention de Montréal, selon les règles d'interprétation du droit international qui s'imposent à l'Union. À cet égard, elle se réfère à l'article 31 de la convention sur le droit des traités, aux termes duquel un traité doit être interprété de bonne foi, suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte, et à la lumière de son objet et

³³ Arrêt du 6 mai 2010, *Walz*, C-63/09, Rec. 2010, p. I-4239.

³⁴ Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, conclue à Montréal le 28 mai 1999.

de son but – disposition dont la Cour prend soin de préciser qu'elle codifie des règles du droit international général.

En vue de préciser le sens ordinaire à donner aux termes « préjudice » et « dommage », la Cour relève qu'il existe bien une notion de dommage, d'origine non conventionnelle, commune à tous les sous-systèmes de droit international. Elle se réfère, en particulier, à l'article 31, paragraphe 2, des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³⁵, aux termes duquel « [l]e préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral [...] ». Ceci l'amène à considérer que les deux facettes de la notion de dommage, telles qu'elles ressortent de la disposition susmentionnée, qui vise, précisément à cet égard, à codifier l'état actuel du droit international général, peuvent être considérées, pour cette raison, comme exprimant conjointement le sens ordinaire à donner à cette notion en droit international. Étant donné que rien dans la convention de Montréal n'indique que les parties contractantes avaient l'intention de lui donner un sens spécifique, il s'ensuit que les termes « préjudice » et « dommage », visés au chapitre III de la convention de Montréal, doivent être compris comme incluant aussi bien les dommages de nature matérielle que ceux de nature morale.

Toutefois, cette approche et cette conclusion ont été critiquées par un auteur qui a déploré leur caractère peu adapté à la finalité de la convention de Montréal, laquelle vise à unifier le droit des États contractants en matière de responsabilité des compagnies aériennes vis-à-vis de leurs passagers. Cet auteur pose, en effet, la question de savoir si le contenu de règles élaborées par la Commission du droit international, relatives à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, ayant par conséquent vocation à régir des rapports interétatiques, peut être transposé aux relations, à caractère privé, entre les compagnies aériennes et leurs passagers. Il évoque l'« excès de zèle » dont aurait fait preuve la Cour en appliquant le droit international au-delà de ce pour quoi il est conçu. Pour sa part, l'intéressé marque sa préférence pour s'inspirer du droit interne des États contractants à la convention de Montréal³⁶.

³⁵ *Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, élaborés par la Commission du droit international des Nations Unies et dont l'Assemblée générale de ladite organisation a pris note par sa résolution 56/83 en date du 12 décembre 2001.

³⁶ Voir L. Gard, *Chronique de droit européen des transports*, *RTD eur.*, 2011, n°1, p. 233-238.

Lesdits difficultés et dangers inhérents à l'identification des règles coutumières de droit international rendent attrayante l'idée d'instituer, en vue de réduire les risques d'interprétation contradictoire de telles règles, un renvoi préjudiciel à l'intention des juridictions suprêmes nationales, ainsi que des juridictions internationales spécialisées ou régionales, vers la Cour internationale de Justice, aux fins de confier à cette dernière, dans les cas peu clairs, le monopole d'en décider, ce avant qu'il ne soit statué sur le fond de l'affaire³⁷.

Une procédure d'un tel type existe d'ailleurs en droit de l'Union, en vertu de l'article 267 TFUE. Le renvoi préjudiciel permet aux tribunaux nationaux des pays membres de l'Union de poser des questions à la Cour de justice et leur en fait parfois même obligation. Ainsi est assurée l'unité dans l'application et l'interprétation du droit de l'Union. Il est vrai que l'introduction d'un mécanisme similaire présenterait l'indéniable avantage qui consiste à écarter les risques de divergence jurisprudentielle dans l'application du droit international général. Toutefois, dans l'enceinte de l'Union, elle serait difficilement conciliable avec les contraintes de l'actuel contentieux de la Cour. En effet, plus de 60% de l'activité de la Cour s'inscrit précisément dans le cadre d'une procédure de renvoi préjudiciel par les juridictions des États membres. Dès lors, il s'avère peu réaliste d'envisager d'ouvrir, au sein même de cette première procédure préjudicielle, une seconde voie préjudicielle, cette fois-ci en direction de la CIJ, ne serait-ce qu'en égard à l'allongement difficilement tolérable de la durée de la procédure au principal qui s'ensuivrait nécessairement (*a fortiori* lorsque est invoquée l'urgence à statuer, notamment dans le cadre de la nouvelle procédure préjudicielle d'urgence, en vigueur depuis le 1^{er} mars 2008). En revanche, l'instauration d'un renvoi préjudiciel vers la CIJ serait davantage envisageable en matière de recours direct – cadre procédural dans lequel sont, en outre, souvent en cause les rapports interétatiques ou équivalents à ceux-ci et, par conséquent, se posent plus fréquemment des questions relevant du droit international général.

³⁷ Voir G. Guillaume, *op. cit. supra*, sub 6, p. 23-30.

V. Effet direct, applicabilité directe et invocabilité des règles internationales coutumières

Alors que l'exercice de l'identification des règles coutumières s'avère commun à toutes les juridictions qui les appliquent, y compris les juridictions internationales « classiques », telle la CIJ, l'opération jurisprudentielle consistant à préciser l'effet direct ou l'applicabilité directe, ainsi que l'invocabilité de la règle coutumière internationale est propre notamment aux juridictions nationales, y compris celles de l'Union, car ce sont les personnes physiques ou morales qui en sont principalement concernées.

Il ne s'agit pas d'une opération banale. Par conséquent, afin d'éviter les divergences dans le cadre d'un même ordre juridique, elle est parfois centralisée. Tel est le cas du droit de l'Union ou du droit allemand. Ainsi, dans cet État, l'article 100, paragraphe 2, de la *Grundgesetz* énonce : « Si, au cours d'un litige, il y a doute sur le point de savoir si une règle de droit international public fait partie intégrante du droit fédéral et si elle crée directement des droits et obligations pour les individus, le tribunal doit soumettre la question à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale ».

S'agissant des termes « effet direct » ou « applicabilité directe », d'un côté, et celui d'« invocabilité », de l'autre côté, ils sont tous parfois confondus, à tort, par la doctrine³⁸. En effet, d'une part, selon certains, l'« invocabilité » semble signifier la possibilité qu'un accord international produise des effets directs et précède ainsi, en théorie, le déploiement de tels effets³⁹. D'autre part, l'invocabilité des accords internationaux, *par des particuliers*, n'est pas toujours un élément pris en considération dans l'interprétation des traités internationaux, étant donné que ces traités ne sont pas souvent destinés à s'adresser spécialement aux particuliers.

Cela étant, les notions d'invocabilité et d'effet direct (d'applicabilité directe) s'enchevêtrent partiellement. En premier lieu, même les accords qui ne sont pas susceptibles d'être invoqués par les

³⁸ Ch. Kaddous, Effects of International Agreements in the EU Legal Ordre, in: M. Cremona/B. de Witte (eds.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Oxford, Hart Publ., 2008, p. 301.

³⁹ Voir, A. Laget-Annamayer, Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire en attendant la consécration de l'invocabilité, *RTD eur.*, 2006, n° 2, p. 253.

particuliers supposent que le droit de l'Union soit interprété, dans la mesure du possible, en conformité avec eux (ils sont donc « indirectement » invocables). En second lieu, certaines dispositions d'un accord considéré, dans son ensemble, comme dépourvu d'effets directs, peuvent pourtant, par exception, remplir la condition d'invocabilité (exceptions dites *Fediol* et *Nakajima* dans le domaine du droit de l'OMC)⁴⁰. D'ailleurs, la Cour a admis que toutes ces notions évoquées puissent s'interpénétrer dans certaines circonstances. En effet, elle a jugé, à l'égard de la convention sur la diversité biologique, que, à supposer même que cette convention « contienne des dispositions dépourvues d'effet direct, en ce sens qu'elles ne créeraient pas de droits que les particuliers pourraient invoquer directement en justice, cette circonstance ne constituerait pas un obstacle au contrôle par le juge »⁴¹.

La proposition présentée à la Cour visant à écarter la condition d'invocabilité par les particuliers au profit de celle d'applicabilité directe (toute règle conventionnelle claire, précise et inconditionnelle, donc directement applicable, constituerait un critère du contrôle de légalité des actes de l'Union) a échoué⁴².

La jurisprudence en matière d'effet direct et d'invocabilité des accords internationaux paraît se stabiliser et se clarifier peu à peu⁴³. La Cour vérifie, désormais de manière standardisée, lors de l'examen de validité d'une réglementation dérivée au regard d'un accord international, en premier lieu, si la nature et l'économie de celui-ci ne s'opposent pas à son application, et, dans l'hypothèse où cette condition est satisfaite, en second lieu, si les dispositions conventionnelles appliquées s'avèrent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et précises (arrêts *IATA*, *Intertanko* ou *Fiamm*)⁴⁴. La première desdites opérations de la Cour semble se

⁴⁰ M. Blanquet et autres, Chronique de jurisprudence communautaire, *Cahiers de droit européen*, 2008, n° 3-4, p. 533-534.

⁴¹ Voir arrêt du 9 octobre 2001, Pays-Bas/Parlement et Conseil, C-377/98, Rec. 2001 p. I-7079.

⁴² Voir la proposition de M. l'Avocat général Saggio, commentée par K. Lenaerts, Droit international et monisme de l'ordre juridique de l'Union, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2010, n° 4, p. 517-518.

⁴³ Voir notamment, L. Gard, L'invocabilité communautaire du droit international, in : *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, A. Pedone, 2010, p. 668.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 663-666.

rattacher plutôt à la notion d'applicabilité directe, la seconde, en revanche, à la notion d'invocabilité.

En théorie, les critères permettant de constater les effets directs et l'invocabilité des accords internationaux devraient s'appliquer également en matière de règles coutumières⁴⁵. En effet, une approche différenciée aboutirait à des conséquences incohérentes dans les situations où une règle de droit international coutumier serait ultérieurement codifiée dans une convention internationale, étant donné que la règle conventionnelle d'origine coutumière ne remplace pas la règle coutumière, cette dernière et la règle codifiée continuant à coexister parallèlement. Leur coexistence est due au fait que, même si la règle codifiée doit être appliquée entre les parties contractantes à la convention de codification, celles-ci doivent continuer à appliquer la règle coutumière dans leurs relations avec les États tiers. Dans ces conditions, il est difficilement défendable de vouloir réserver à ces deux catégories de règles – conventionnelle et coutumière – au contenu largement identique, un traitement différencié.

Cependant, dans les faits, la Cour de justice hésite fortement, à l'instar de certaines juridictions nationales, à accorder aux règles coutumières un effet direct et considérer ces règles comme invocables par des particuliers. Cette réticence résulte, de toute évidence, de la conviction généralement répandue selon laquelle, par nature, une norme coutumière de droit international régit seulement les rapports interétatiques⁴⁶. En effet, l'Avocat général M.F.G. Jacobs, après avoir rappelé, dans l'affaire *Racke*, que les ordres juridiques nationaux octroient, en règle générale, certains effets aux règles coutumières, tout en étant réservés quant à l'effet à donner à ces règles lors de l'examen de validité de la législation nationale, en a tiré la conclusion suivante : « Même si nous n'excluons pas totalement la possibilité que, dans certaines circonstances, des particuliers puissent valablement, dans une requête fondée sur le droit communautaire, se prévaloir des règles du droit coutumier international relatives aux traités, nous estimons que cela devrait être exceptionnel à la lumière de l'objet et du caractère généraux de ces règles »⁴⁷.

⁴⁵ K. Lenaerts and E. de Smijter, *The European Union as an Actor under International Law*, 19 *Yearbook of European Law* 95, p. 126.

⁴⁶ P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 8^e éd., 2009, p. 354.

⁴⁷ Voir ses conclusions dans l'affaire C-162/96 du 4 décembre 1997, points 81 et 71.

Appelée à conclure dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour *Air Transport Association of America e.a.*, déjà cité, l'avocat général M^{me} J. Kokott estimait quant à elle que les critères d'invocabilité de la norme coutumière ne devraient pas être différents de ceux qui sont appliqués lorsqu'il s'agit de vérifier si, et à quelles conditions, la validité d'actes juridiques de l'Union peut être appréciée au regard de conventions internationales. Toutefois, la Cour ne l'a pas suivie sur cette voie. Elle a préféré, en se bornant aux seuls « principes » coutumiers, poser deux critères autonomes, assortis d'une restriction : les principes du droit international coutumier peuvent être invoqués par un justiciable aux fins de l'examen par la Cour de la validité d'un acte de l'Union dans la mesure où, d'une part, ils sont susceptibles de mettre en cause la compétence de l'Union pour adopter ledit acte et, d'autre part, l'acte en cause est susceptible d'affecter des droits que le justiciable tire du droit de l'Union ou de créer dans son chef des obligations au regard de ce droit. Au surplus, dès lors qu'un principe du droit international coutumier ne revêt pas le même degré de précision qu'une disposition d'un accord international, le contrôle juridictionnel doit nécessairement se limiter au point de savoir si les institutions de l'Union, en adoptant l'acte en cause, ont commis des erreurs manifestes d'appréciation quant aux conditions d'application de ces principes⁴⁸.

Ainsi, cette récente jurisprudence laisse implicitement planer la différence entre les principes coutumiers nécessairement à contenu général et de simples règles coutumières, parfois plus ciblées et assez concrètes. Tant les principes que les règles coutumiers sont, selon la Cour, en principe, invocables. Toutefois, ce sont les paramètres de l'examen de validité effectué à l'aune de ces règles ou de ces principes qui divergent. En effet, si, s'agissant des règles coutumières, il n'y a en principe pas de différence dans le caractère de l'examen de validité par rapport aux règles conventionnelles, concernant les principes coutumiers, la Cour a préféré restreindre drastiquement son contrôle juridictionnel, vu le contenu peu précis de ces derniers.

⁴⁸ D. Simon, Droit international conventionnel et coutumier : l'invocabilité au cœur de la lecture juridictionnelle des rapports de systèmes (à propos de l'arrêt *Air Transport*). *Europe*, n° 3-mars 2012, p. 6-7.

S'agissant d'une telle différence, il convient de rappeler que, du point de vue de la CIJ, la distinction entre les principes et les règles coutumiers ne joue aucun rôle, étant donné que l'article 38 du Statut de la CIJ se réfère à la « coutume internationale », donc à une *forme* de droit international et fait abstraction du *contenu* général ou bien concret de la norme coutumière appliquée.

Ladite divergence d'approche des deux juridictions peut s'expliquer, entre autres, par la différence de nature qui distingue le droit international du droit de l'Union. En effet, est indissociable du droit international, qui régit les relations entre sujets souverains et égaux déterminant eux-mêmes la production législative, le contenu parfois plutôt flou de normes qui ont pour objet de limiter leur liberté. En effet, et sans surprise, les États légiférant cherchent ainsi à préserver leur marge de manœuvre dans des domaines sensibles. Cela est inhérent au concept d'« État de droit » en droit international. Par conséquent, il n'y a pas lieu, pour le juge international, de procéder à une sélection quelconque en fonction du degré de précision du contenu de la norme coutumière qu'il va appliquer en l'occurrence.

En revanche, le droit de l'Union a très largement vocation à s'appliquer aux particuliers et, du fait de cette vocation, s'apparente fortement au droit interne. Il s'ensuit que les impératifs liés au concept d'« État de droit » tel qu'entendu en droit interne doivent s'appliquer au droit de l'Union, au premier rang desquels l'exigence de sécurité juridique qui doit bénéficier aux sujets non souverains, ne participant pas directement à l'élaboration de ce droit. Dès lors, il est inévitable pour le juge de l'Union de sélectionner, parmi l'ensemble des normes internationales potentiellement invocables, celles qui présentent un degré de précision suffisant pour s'intégrer à l'ordre juridique homogène de l'Union et qui sont susceptibles d'entraîner, le cas échéant, l'annulation de normes appartenant à ce dernier.

Ms Ineta ZIEMELE*
Judge, Section President
European Court of Human Rights

I. Introduction

There are at least two ways to approach the subject-matter of today's discussion. One way would be to look at different cases decided by the Court and search for references to rules of customary international law and then examine the manner and reasons for such references. Another way would be to identify if the Court has a particular method in approaching rules of customary international law. Ideally, for a comprehensive study on the issue both studies should be carried out but in view of time limits I shall focus on the identification of the method.

At the start of reflecting on the European Court's approach to customary rules of international law, it is necessary to determine the approach that the Court has adopted in general in relation to rules of international law other than the text of the Convention and its Protocols, being mindful of the fact that the Court's jurisdiction is limited to the Convention and the Protocols.¹

The Court has always declared that it interprets the Convention in accordance with the rule of interpretation of treaties as enshrined in the Vienna Convention on the Law of Treaties. In order to determine the meaning of the terms and phrases used in the Convention, the Court is guided mainly by Articles 31 to 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (see, for example *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 29, Series A no. 18; *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, § 51 et seq., Series A no. 112; *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 8 July 1986, § 114, Series

* PhD (Cantab), Judge, Section President, European Court of Human Rights. Views are expressed in a private capacity and do not by any means bind the Court.

¹ In accordance with Article 32 of the Convention,

“1. The jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the Protocols thereto which are referred to it as provided in Articles 33, 34, 46 and 47.

2. In the event of dispute as to whether the Court has jurisdiction, the Court shall decide.”

A no. 102; and *Witold Litwa v. Poland*, no. 26629/95, §§ 57-59, ECHR 2000-III).

II. Demir and Baykara Case

In the case of *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, ECHR 2008, the Court took the opportunity to explain in detail its understanding of the two notions in Article 31 (c), i.e., “other rules” and “applicable between the parties”. The Court explained the following: “On the contrary, [the Court] must also take into account any relevant rules and principles of international law applicable in relations between the Contracting Parties (see *Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, § 62, ECHR 2008, *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI and *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC], no. 45036/98, § 150, ECHR 2005-VI; see also Article 31 § 3 (c) of the Vienna Convention).”²

The Court continued spelling out what could be seen as its pronouncement of an open and integrationist approach to international law. The Court thus said: “Being made up of a set of rules and principles that are accepted by the vast majority of States, the common international or domestic law standards of European States reflect a reality that the Court cannot disregard when it is called upon to clarify the scope of a Convention provision that more conventional means of interpretation have not enabled it to establish with a sufficient degree of certainty. The Court observes in this connection that in searching for common ground among the norms of international law it has never distinguished between sources of law according to whether or not they have been signed or ratified by the respondent State.”³

The Court concluded by explaining that “... in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, [the Court] can and must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such elements by competent organs, and the practice of European States reflecting their common values. The consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of Contracting States may constitute a relevant

² See *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, § 67, ECHR 2008.

³ § 76, 78.

consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases.”⁴ It went slightly further saying that: “It will be sufficient for the Court that the relevant international instruments denote a continuous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is common ground in modern societies (see, *mutatis mutandis*, *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 41, Series A no. 31)”.⁵

The clarification of the Court’s method is accompanied by a reminder as to the special character of the Convention as a human rights instrument and the principle of the Convention as a living instrument. “It has always referred to the “living” nature of the Convention, which must be interpreted in the light of present-day conditions, and taking into account evolving norms of national and international law in its interpretation of Convention provisions (see *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 102, Series A no. 161; *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, § 82, ECHR 2004-VIII; and *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, § 121, ECHR 2005-1).”⁶

At this stage it may suffice to say that the Court is evidently open to paying attention to all sources of international law which include norms of customary international law and general principles. Once some other authorised body has established the existence of a rule relevant to the case, the Court most likely will take it up. This proposition necessarily arises from the examples where the Court mentions other international courts and their case law as a source of information relevant for its search of the content of applicable rules.

No doubt, however, some language cited above may be confusing to an international lawyer. For example, a statement that “when searching for common ground among the norms the Court does not distinguish between sources of law” depending on whether a State has ratified them may not be easy to follow. Basically, what the Court wanted to say is that even if a State has not ratified a particular treaty, it does not mean that international law does not provide for a relevant obligation any way. Normally, this would lead us to think about an

⁴ § 86.

⁵ § 85.

⁶ § 68.

obligation deriving from a customary norm. As, for example, the Court very clearly stated in the case of *Cudak v. Lithuania* [GC], no. 15869/02, ECHR 2010 discussed below. However, I also think that the Court did not want to narrow down its analysis and limit it to the search of a customary norm in the absence of a binding treaty provision. The Court in reality leaves itself a space for some creative thinking and adjudication in which various sources of international law can be helpful to adjudicate on a tendency which has not yet become a rule. Finally, I would suggest that one of the most important dicta of the *Demir and Baykara v. Turkey* case is the Court's recognition that it "can and must" take international law into account.

III. Two main scenarios relevant for discussion on custom

By way of a further explanation, let me now illustrate two main scenarios within which customary law has been relevant or at least the idea of customary law comes to mind. This discussion will also exemplify a proposition that I just made in relation to a space for creative adjudication.

Affirming the rule of custom

The first scenario is a classical one. It happens when the Court has a case which is directly linked to a subject-matter regulated by general rules of international law, for example, all our cases that deal with State immunity. In a more recent case of *Cudak v. Lithuania* the Court was faced with the question whether it could be said that in view of developments in State practice a rule of limited State immunity in certain situations has emerged. Was it applicable in relation to Lithuania and thus required that the Lithuanian courts as a result of Article 6 of the Convention pronounce on the complaint of the dismissed receptionist at the Polish Embassy?

The Court's answer was as follows: "[T]he Court notes that the application of absolute State immunity has, for many years, clearly been eroded. In 1979 the International Law Commission was given the task of codifying and gradually developing international law in the area of jurisdictional immunities of States and their property. It produced a number of drafts that were submitted to States for comment. The Draft Articles it adopted in 1991 included one - Article 11 - on contracts of employment (see paragraph 28 above). In 2004

the United Nations General Assembly adopted the Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property (see paragraph 30 above). The report appended to the 1991 Draft Articles stated that the rules formulated in Article 11 appeared to be consistent with the emerging trend in the legislative and treaty practice of a growing number of States (ILC Yearbook, 1991, Vol. II, Part 2, p. 44, § 14). This must also hold true for the 2004 Convention.

Furthermore, it is a well-established principle of international law that, even if a State has not ratified a treaty, it may be bound by one of its provisions in so far as that provision reflects customary international law, either “codifying” it or forming a new customary rule (see the *North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports 1969, p. 41, § 71). Moreover, there were no particular objections by States to the wording of Article 11 of the International Law Commission’s Draft Articles, at least not by the respondent State. As to the 2004 Convention, Lithuania has admittedly not ratified it but did not vote against its adoption either.”⁷

The Court concluded: “Consequently, it is possible to affirm that Article 11 of the International Law Commission’s 1991 Draft Articles, on which the 2004 Convention was based, applies to the respondent State under customary international law. The Court must take this into consideration in examining whether the right of access to a court, within the meaning of Article 6 § 1, was respected.”⁸

In other words, the Court tries to see whether the scope of Article 6 as concerns access to court is in any way further explained or even broadened by possible obligations of the State under other rules of international law, including customary norms. In this process, the Court has to know whether there is a rule of customary law and for that purpose, as the Court points out, it is guided by the relevant principles determined by the ICJ in *North Sea Continental Shelf Case*. This is however a delicate exercise. On the one hand, strictly speaking the European Court of Human Rights does not have a jurisdiction to establish the existence of a rule of customary law in the field of State immunity as such. On the other hand, the Court should pronounce on the question whether access to court were to be violated where the

⁷ See *Cudak v Lithuania*, (no. 15869/02), [GC] 23.3.2010., §§ 64 – 66.

⁸ § 67.

State immunity rule were invoked. The Court cannot refuse to address the question of access to court under Article 6 just because it may not have the direct competence to establish the scope of rules of State immunity. It is in view of these considerations that in the *Cudak v. Lithuania* case the Court chose “to affirm” the existence of a rule of customary law having reviewed the ILC debate and the debate in 6th Committee of the General Assembly rather than to establish such a rule. In the absence of relevant decisions from the ICJ, these were the authoritative pronouncements that the Court could rely on.

European consensus

When discussing the second possible scenario, I come to the more complex matter of the concept of European consensus which has become an important part of the Court’s reasoning. However, questions continue to be asked - what is it and what are the consequences thereof and how does the Court come about in establishing when European consensus is achieved?

The case of *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, ECHR 2010 could be referred to as a rather instructive case for our purposes. The case concerned the legislation regarding abortion in Ireland raising problems under Article 8. The Court recalled that in such matters States enjoy a wide margin of appreciation. However, it went to examine whether this wide margin of appreciation is narrowed by the existence of a relevant European consensus.

In the judgment the Court explains how it understands ‘European consensus’. “The existence of a consensus has long played a role in the development and evolution of Convention protections beginning with *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 31, Series A no. 26, the Convention being considered a ‘living instrument’ to be interpreted in the light of present-day conditions. Consensus has therefore been invoked to justify a dynamic interpretation of the Convention (*Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 41, Series A no. 31; *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 60, Series A no. 45; *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 102, Series A no. 161; *L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, § 50, ECHR

2003-I; and *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 85).”⁹

However, as concerns the consequences of the existence of European consensus, the case represents an interesting choice of the Court which reads as follows: “In the present case, and contrary to the Government’s submission, the Court considers that there is indeed a consensus amongst a substantial majority of the Contracting States of the Council of Europe towards allowing abortion on broader grounds than accorded under Irish law. Given this consensus amongst a substantial majority of the Contracting States, it is not necessary to look further to international trends and views which the first two applicants and certain of the third parties argued also leant in favour of broader access to abortion.”¹⁰ Here the Court distinguishes between a legal rule with binding consequences and European consensus which is not the basis for legal obligations as it still represents a trend, even if a general one, which has not obtained the precision or maturity required for a rule to be established.

It seems that with this understanding of the effects of European consensus as concerns provision of abortion, the Court can subsequently say that: “It follows that, even if it appears from the national laws referred to that most Contracting Parties may in their legislation have resolved those conflicting rights and interests in favour of greater legal access to abortion, this consensus cannot be a decisive factor in the Court’s examination of whether the impugned prohibition on abortion in Ireland for health and well-being reasons struck a fair balance between the conflicting rights and interests, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention (*Tyrer v. the United Kingdom*, § 31; and *Vo v. France* [GC], § 82, both cited above).”¹¹

Indeed, one possible reading of this judgment is to say that most European States have adopted broad possibilities for abortion and that in that sense there is a European consensus but the Court did not say that this consensus has reached the level where it would have been bound to recognise a regional customary norm which should be read

⁹ See *A. B. and C. v. Ireland*, (no. 25579/05), [GC] 16.12.2010. § 234.

¹⁰ § 235.

¹¹ § 237.

into Article 8. An alternative way of reading would be to say that Ireland has always objected to the development of such wide availability of abortion and can thus be regarded as persistent objector. The two views are not in conflict; they are complementary. As for the understanding of the concept of European consensus itself, the judgment shows that it does not always necessarily follow that the existence of a European consensus on a general approach to the issue may lead the Court to establish a legally binding element. One could also draw a comparison with the case of *Sitaropoulos and Others v. Greece* [GC], no. 42202/07, ECHR 2012, in which the Court, while recognising that there is evidently a general right to vote and that there is a trend towards inclusion rather than exclusion, the Court could not say that there is a consensus on specific methods through which inclusion of all eligible voters is achieved.¹²

In other words, resort to the concept of European consensus in the case law of the European Court of Human Rights might make an international lawyer think about regional customary law. However, one should be careful. Sometimes what the Court considers as European consensus might indeed coincide with a norm accepted by European States but sometimes, as in the *A, B and C* case, it only refers to likeminded practices which have not generated a specific binding rule.

IV. Concluding remarks

I believe it would be very useful if the Court were to explain the concept of European consensus either in constitutional or international law terms. For the moment and even if I have attempted to look at the concept through the eyes of international law, probably the proper understanding of the concept is a constitutional one. There are, however, several problems as concerns the use of a constitutional concept by an international court in the framework of the application of an international treaty. Indeed, and as practice shows, the concept of European consensus has the potential to go beyond the strict ramifications of the establishment of a regional custom and bring into the Convention adjudication social processes and trends in Europe. In terms of the evidence for a legally binding character across Europe of

¹² See *Sitaropoulos and Others v. Greece* [GC], no. 42202/07, ECHR 2012.

such processes and trends, the Court might be faced with a difficult task of convincing explanation.

I keep wondering whether the operation with the categories long accepted in international law and rules of customary law in particular, including the notion of persistent objector, might not have provided the Court at least at times with a clearer pass in adjudicating the case. I wonder whether for a dynamic interpretation of the Convention the concept of European consensus is such an absolute necessity. I think we have long abandoned a statist view of law. There is no question that it evolves and its interpretation too. Otherwise it would not have the compelling effects that it continues to have on modern societies.

In any event, when the Court refers to European consensus in the case, it is worthwhile to try to see whether it in fact means a customary rule or goes beyond.

Finally, a word on the issue of hierarchy of rules in international law and the Court's position on this regard. Recent judgment in the case of *Nada v. Switzerland* should be seen as a leading judgment in this respect which represents the approach that will now stand for some time.¹³ The underlying attempt of the Court was to ensure a harmonious coexistence of different applicable rules of international law while emphasizing the responsibility of States to see that they do not engage into conflicting international obligations, especially where human rights obligations are concerned. In other words, the Court does not take a position that the Convention would prevail and have a *de facto* primacy over other rules of international law but it sends a very strong message to the European States asking them to be more pro-active and engaged within international normative processes.

¹³ See *Nada v. Switzerland* [GC], no. 10593/08, ECHR 2012

Mr Andreas PAULUS*
Judge
Federal Constitutional Court (Germany)

I. Introduction: German courts and customary law

The Council of Europe is to be lauded for bringing together international and national judges to reflect upon the role of international customary law, in particular before domestic courts. It is often overlooked – not, however, by the Special Rapporteur of the International Law Commission, Sir Michael Wood,¹ – that, among the sources listed by Article 38 para. 1 of the Statute of the International Court of Justice, the practice of domestic courts also counts as State practice and thus contributes to the development of customary law just as much as governmental activity or acquiescence.² Having this in mind, it may thus merely constitute an academic exercise to consider whether, in addition, decisions of domestic courts may also constitute judicial decisions referred to in the Statute of the International Court of Justice as “subsidiary means for the determination of rules of law”³ or establish recognized general principles of law.⁴ Thus, domestic courts are not only passive addressees and appliers of customary law but also active contributors to its further development and refinement.

* Justice of the Federal Constitutional Court (First Senate), Karlsruhe, Professor and Co-Director at the Institute of International and European Law of the University of Goettingen, Germany. This piece reflects my personal views only. I thank Mr Jakob Quirin and Mr Matthias Lippold for their important research assistance. The responsibility for all mistakes remains entirely my own.

¹ See, e.g., Michael Wood, ‘State practice’, in: Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press 2012.

² See *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment of 3 February 2012, paras 55 ff.; *Arrest Warrant of 11 April 2000*, ICJ Reports (2002), pp. 3, 23 (para 56); *Lotus*, PCIJ, series A, No. 10, p. 28; Philip M. Moremen, *National Court Decisions as State Practice: A Transnational Judicial Dialogue*, 32 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 2006, 259 ff; Alain Pellet, Article 38, in: Andreas Zimmermann et al, *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, Oxford University Press, 2nd ed. 2012, 816.

³ Anthea Roberts, *Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating And Enforcing International Law*, 60 *International and Comparative Law Quarterly* 2011, 57, 62 with further references.

⁴ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Sep. Opinion Simma, I.C.J. Reports 2003, p. 324, 354, paras 66 ff.

In one of my last publications before my election to the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht), I described international adjudication as a balancing act between the insistence on the legal character of international law and the consideration of the interests and the benefit of the international community, beyond the parochialism of individual State interests.⁵ Now, I return as a national judge to an international law audience, and this change of role may also entail a change of perspective: it is now through the lens of the domestic law of a particular country to whose constitution I have sworn allegiance that I am looking towards international law in general, and custom in particular. Or, as a famous but now only rarely cited German philosopher once put it: “Das Sein bestimmt das Bewusstsein” – “Being determines consciousness”.⁶

However, the German constitution, the Grundgesetz, allows me to avoid assuming a double consciousness. Not unlike today’s new democracies, the drafters of the German constitution had one central goal in mind: Germany’s reintegration in the international community, along with the reunification of Germany. Of course, contemporary challenges are different. The progress of European integration towards an “ever closer Union”⁷ and the quasi-constitutionalization of the European human rights régime,⁸ but also the progress of codification of international law in the age of globalization have created an ever denser web of international rights and obligations that are at times competing with existing domestic regulation. The recent case law regarding the German practice of preventive detention is a case in point, as well as the cases dealing with the Euro crisis.⁹ It seems that

⁵ See Andreas Paulus, *International Adjudication*, in: Samantha Besson/John Tasioulas, *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press 2010, 207.

⁶ Quoted after Karl Marx, *Zur Kritik der politischen Ökonomie*, Vorwort, MEW Bd. 13, p. 9. The original German version is: „Es ist nicht das Bewusstsein der Menschen, das ihr Sein, sondern umgekehrt ihr gesellschaftliches Sein, das ihr Bewusstsein bestimmt“ [It is not the consciousness of men that determines their being, but, on the contrary, their social being that determines their consciousness].

⁷ Article 1 § 2 TEU.

⁸ Alec Stone Sweet, *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, Yale Law School Faculty Scholarship Series 2009, Paper 71, available at http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/71; but see Jean-Françoise Flauss, *La Cour Européenne des droits de l’homme est-elle une cour constitutionnelle?*, *Revue française de droit constitutionnel* 1999, 711 <728> for the contrary position.

⁹ On the German practice of security detentions see Bundesverfassungsgericht (BVerfG), case no. 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326 <365 et seq.> - Security Detention, English press release at www.bundesverfassungsgericht.de; BVerfG, 2 BvR 1048/11, decision of 20 June

the potential for conflict between domestic law and international law has increased, even if, up to this point, I know of no case in which any of the two Senates of the Federal Constitutional Court has ever intentionally or unintentionally breached international law.¹⁰ German constitutional law thus confirms rather than contradicts the binding character of customary international law.

Before I specifically deal with German case law on customary law and constitutional law in particular, let me first explain the role of customary law in the German constitution to provide a background for an understanding of the German practice.

II. Customary Law in the German constitution

1. The “friendliness” towards international law

Germany’s post-war goal to reintegrate into the international community is reflected in the provisions of the German constitution, both with regard to the place of Germany in the world as to the role of general international law. In the preamble, just after the invocation of God and humankind, the drafters declare their “determination to serve world peace as an equal member of a united Europe”. There exist several provisions dealing with general rules of international law (Article 25) including the prohibition of unlawful use of force

2012, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120620_2bvr104811.html (in German); see also Kirstin Drenkhahn/Christine Morgenstern/Dirk van Zyl Smit, What is in a name? Preventive Detention in Germany in the Shadow of European Human Rights Law, *Criminal Law Review* 2012, 167; On the Euro crisis: BVerfG, Judgment of the Second Senate of 12 September 2012, case no. 2 BvR 1390/12 and others - non-issue of temporary injunctions to prevent the ratification of the ESM Treaty and the Fiscal Compact; Judgment of the Second Senate of 7 September 2011 (rejection of complaints lodged against aid measures for Greece and against the euro rescue package) and Order of the Second Senate of 7 May 2010 (non-issue of a temporary injunction to prevent giving of guarantee for loans to Greece), case no. 2 BvR 987/10 and others; all decisions are available at www.bundesverfassungsgericht.de, partly with an English translation and/or an extensive press release; see also the Irish Supreme Court’s reference to the ECJ: Irish Supreme Court, Judgment of 31 July 2012, *Pringle v. Ireland*, case no. 339/2012, available at www.supremecourt.ie; the case no. at the ECJ is C-370/12.

¹⁰ But see René Fiedler, *Bundesverfassungsgericht und Völkerrecht : Völkerrechtsverfehlungen des Bundesverfassungsgerichts und ihre Auswirkungen auf staats- und völkerrechtlicher Ebene*, Nomos 2010, pp. 45-114, who identifies problematic cases in this regard, but concludes, *ibid.* p. 321, that eventual violations were limited to, in his view, faulty reasoning. Alas, this is in the eye of the beholder. In addition, the Court is not always in a position to accord German legislation with its international obligations. At times, it has to leave this to the legislature.

(Article 26 § 1), but also treaties (Article 59), inviolable and inalienable human rights (Article 1 § 2) and the integration into the international community (Article 24) as well as the European Union (Article 23).

The Federal Constitutional Court has deduced from these and other provisions of the constitution the principles of openness or rather “friendliness” of German courts towards international and European law¹¹ that provides important guidance for the interpretation and application of international and European law within the domestic legal order, including the authority of international adjudication. In a decision regarding the expropriation of agrarian property on the territory of the former German Democratic Republic (GDR), the Court has pointed out three elements of this openness: first, that Germany has a duty to observe international law and not to violate it if ever possible, second, that it must provide for possibilities to rectify its own eventual violations of international law, and third, that it must not cooperate with unlawful acts of foreign sovereigns on its territory, at least when core provisions of international law are at issue.¹²

International law thus informs the interpretation of constitutional law, in particular with regard to human rights obligations.¹³ Therefore, the formal relationship between domestic and international law may be less important for the effects of custom in the domestic legal order than the use of international law for interpreting domestic law, in particular the provisions of the constitution itself.

¹¹ See only BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009, case no. 2 BvR 1010/08 and others, BVerfGE 123, 267 <354, 357> - Lisbon Treaty; Judgment of the Second Senate of 4 May 2011, case no. 2 BvR 2365/09 and others, BVerfGE 128, 326 <365 et seq.> - Security Detention, with further references.

¹² BVerfG, Order of the Second Senate of 26 October 2004, case no. 2 BvR 955/00, BVerfGE 112, 1 <25 et seq.> - Land Reform III.

¹³ See BVerfG, Order of the Second Senate of 14 October 2004, case no. 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 <317> - Görgülü; Judgment of the Second Senate of 4 May 2011, case no. 2 BvR 2365/09 and others, BVerfGE 128, 326 <365 et seq.> - Security detention.

2. Customary law in the constitution (Article 25)

A few details on customary law in particular. According to Article 25 of the German constitution, the general rules of international law shall be an integral part of federal law. They shall take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the federal territory.

Thus, the drafters not only declared the general rules of international law, chiefly custom, part of the law of the land, but insisted on their direct applicability in the domestic legal order also to individuals, citizens and non-citizens alike. It is noticeable that they did not adopt the wording of the predecessor of Article 25, namely Article 4 of the Weimar Constitution (Weimarer Reichsverfassung), according to which the “universally recognized rules of international law [were AP] accepted as integral and obligatory parts of the law of the German Reich”.¹⁴ The fact that the framers of the Basic Law consciously intended not to limit the applicability of rules of international law to those that had been explicitly recognized by Germany can be seen as demonstration of the framers’ will to make a “full commitment to international law”.¹⁵

There exists general consensus that the general rules of international law referred to in Article 25 consist, in the language of Article 38 of the ICJ Statute, of custom and general principles of law recognized by civilized nations. Also norms that have acquired the status of *jus cogens* are covered by Article 25.¹⁶ For the formation of custom, a general practice of many States is required, combined with a

¹⁴ The original reads: „Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts gelten als bindende Bestandteile des deutschen Reichsrechts.“ According to the prevailing doctrine back then, Article 4 WRV incorporated only those rules of international law that had been recognized by the German Reich; by adopting Article 4, the so far governing view according to which international law was not applicable in the German legal order, cf. Hermann Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (1899), p. 111, was rejected, cf. Christian Koenig, Art. 25 para 8, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, 6th ed., München: Vahlen, 2010.

¹⁵ Koenig, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (note 14), Art. 25 note 10.

¹⁶ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 31 March 1987, case no. 2 BvM 2/86, BVerfGE 75, 1 <18 et seq.> - ne bis in idem; Ingolf Pernice, Artikel 25 para 18, in: Horst Dreier (ed.), *Grundgesetz*, 2d ed., Tübingen: Mohr 2006.

conviction of its legal nature, but this general practice need not include every country, not even Germany itself.¹⁷

Regarding the rank of custom in domestic law, case law and doctrine consider custom as superior to ordinary legislation, but - in their majority - inferior to the constitution itself. Nevertheless, the debate on whether Article 25 takes precedence over the constitution, too,¹⁸ is largely theoretical because one has yet to find a provision of customary law that would conflict with the constitution.¹⁹

According to the wording of Article 25 sentence 2, the direct effect of general rules of international law goes beyond what is required by international law. However, this provision has never played a significant role because direct effect will require that the customary rule addresses itself to individuals. This is however the case only rarely. Nevertheless, sentence 1 already incorporates customary law that does not provide for individual rights into the domestic legal order, thus giving it direct effect of some sort.²⁰ The dispute whether and to what extent Article 25 s. 2 adds a subjective element to otherwise objective rules of international law²¹ has so far not played any practical role. However, the provision does not convert individual rights under customary law into rights of a constitutional nature that would allow bringing constitutional complaints directly to the Federal Constitutional Court rather than invoking them on the level of

¹⁷ BVerfG, Order of the Second Senate of 24 October 1996, case no. 2 BvR 1852/94, BVerfGE 95, 96 <129> - Berlin Wall Shootings; Order of the Second Senate of 30 October 1962, case no. 2 BvM 1/60, BVerfGE 15, 25 <33 et seq.> - Yugoslav Military Mission.

¹⁸ But see Carl Friedrich Curtius, *Völkerrechtliche Schranken der Änderung des Grundgesetzes*, DÖV 1955, 144; Wilhelm Grewe, *Die Auswärtige Gewalt der Bundesrepublik*, VVDStRL 12 (1954), p. 129 (148). According to Pernice, the dispositive body of general international law and the constitution are operating on the same level, while *ius cogens* enjoys a rank higher than the constitution, Pernice in Dreier (note 16), Article 25 MN 25.

¹⁹ Koenig, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (note 14), Art. 25 note 55; Koenig argues that the general rules of international law and the constitution are equal in rank in order to create consonance between constitutional law and international law.

²⁰ BVerfG, Order of the Second Senate of 13 December 1977, case no. 2 BvM 1/76, BVerfGE 46, 342 <362 et seq.> - Philippine Embassy.

²¹ In favor Ondolf Rojahn, in: Ingo v. Münch/Philip Kunig, *Grundgesetz*, 6th ed. 2012, Art. 25 note 46 et seq.; König, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG (note 14), Art. 25 note 61 with further references; but see BVerfG, Order of the Second Senate of 30 October 1962, case no. 2 BvM 1/60, BVerfGE 15, 25 <33 et seq.> - Yugoslav Military Mission; left open in BVerfG, Order of the Second Senate of 13 December 1977, case no. 2 BvM 1/76, BVerfGE 46, 342 <363> - Philippine Embassy.

‘ordinary’ courts.²² However, in a more recent decision, a Chamber of the Second Senate has used the general right to liberty (Article 2 § 1) to “subjectivise” otherwise objective rules of international law when they affect individuals.²³ Hence, it will be possible to file an individual complaint if a domestic norm itself or its application interferes with the individual’s basic rights and is contrary to customary international law that applies according to Article 25 s. 1.²⁴

Most importantly, however, Article 100 § 2 provides for a role of the Bundesverfassungsgericht in qualifying a rule as customary international law for the purpose of its application in Germany. It monopolizes that role in the constitutional court, requiring all other courts to submit cases whose outcomes depend on the validity or direct effect of a rule whose customary nature is in doubt. The Constitutional Court emphasized that the obligation is very strict, covering doubts both on the existence and on the scope of a general rule of international law.²⁵ Thus, the obligation is stronger both in its preconditions and in its supervision than the constitutional legal obligation of ‘ordinary’ courts to refer laws it considers unconstitutional to the Federal Constitutional Court under Article 100 § 1.²⁶ In particular, Article 100 § 2 does not require that the ordinary court itself has doubts regarding the existence or scope of a norm of customary international law; it is sufficient that doubts are reasonable. According to the jurisprudence of the Constitutional Court, this would be the case if the ordinary court by its interpretation departed from the opinions expressed by constitutional organs or by the most highly qualified publicists.

Individuals may challenge the violation of these duties, under the so-called right of a lawful judge, Article 101 § 1 s. 2, directly to the Constitutional Court. In other cases of incompetence, i.e. in case of a failure to submit a question to the European Court of Justice, the

²² BVerfG, Order of the Second Senate of 22 March 1983, case no. 2 BvR 475/78, BVerfGE 63, 343 <373>.

²³ BVerfG, Order of the Second Senate of 26 October 2004, case no. 2 BvR 955/00, BVerfGE 112, 1 <22> - Land Reform III.

²⁴ BVerfG, Order of the Second Senate of 14 May 1968, case no. 2 BvR 544/63, BVerfGE 23, 288 <300> - War Burdens II.

²⁵ BVerfG, Order of the Second Senate of 30 October 1962, case no. 2 BvM 1/60, BVerfGE 15, 25 <30 et seq.>.

²⁶ Vgl. BVerfG, Decision of the Second Chamber of the Second Senate of 12 October 2011, case no. 2 BvR 2984/09 and others, NJW 2012, 293.

complaint will be successful only if the ordinary court violates its obligation to submit arbitrarily (Willkürmaßstab).²⁷ Even though the Constitutional Court decided in an early judgment that Article 101 § 1 s. 2 will be violated only if the decision of the ordinary judge is based on arbitrariness,²⁸ the Court later on presumed arbitrariness in case of reasonable doubt as to the existence or effect of a customary rule.²⁹ In other words: The violation of the obligation of ordinary courts to submit cases to the Federal Constitutional Court according to Article 100 § 2 will usually amount to a violation of Article 101 § 1 s. 2 and thus be itself be subject to constitutional review.

3. The special role of human rights

As to human rights, it will be difficult these days to find a human right that is not yet enshrined in a binding international treaty. This may create clashes between the international and the domestic understanding of certain human rights norms, but will rarely, if ever, concern customary rules. Rather, the main function of the explicit acknowledgement of “inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world” as Article 1 § 2 puts it emphatically, is the interpretation of the Constitution itself in light of that special recognition of human rights. For example, in one recent case, a Chamber of the Court recognized that customary law may also concretize the interpretation and application of the right to a fair trial.³⁰

4. The role of international adjudication

Article 24 provides not only for the direct effect of secondary rules of certain organizations – among them until 1992 also the then European Economic Community – but also for German membership in a general

²⁸ BVerfG, Order of the Second Senate of 14 May 1968, case no. 2 BvR 544/63, BVerfGE 23, 288, 320 – War Burdens II.

²⁹ BVerfG, Order of the Second Senate of 10 June 1997, case no. 2 BvR 1516/96, BVerfGE 96, 68, 78 – GDR Ambassador; in recent decisions of the Constitutional Court arbitrariness has not been mentioned any more, see BVerfG, Decision of the Second Chamber of the Second Senate of 4 September 2008, case no. 2 BvR 1475/07, BVerfGK 14, 222; BVerfG, Decision of the Second Chamber of the Second Senate of 12 October 2011, case no. 2 BvR 2984/09 and others, NJW 2012, 293.

³⁰ BVerfG, Order of the Second Chamber of the Second Senate of 8 June 2010, case no. 2 BvR 432/07 – speciality principle, Neue Juristische Wochenschrift 2011, 591.

scheme of binding arbitration between States – although Germany became party to the optional clause system of the International Court of Justice rather late and still excludes military matters from the jurisdiction of the Court.³¹

Nevertheless, in the wake of the *LaGrand* and *Avena* litigation before the International Court of Justice,³² the Federal Constitutional Court has pointed out that decisions by European and international courts do provide normative guidance that domestic courts must pay respect to.³³ In this regard, respect requires more than merely “taking into account”; rather, it means that domestic courts need to give convincing reasons for not following an international decision that would be binding on Germany if Germany were a party to the case, that is, under the condition that Germany has freely accepted the jurisdiction of the Court or tribunal in question.³⁴ Courts that do not follow this direction violate not only international law, but also the constitutionally guaranteed principle of the “Rechtsstaat” or rule of law (similar to the faithful execution-clause of the US Constitution) – pursuant to Article 79 § 3 a principle that cannot be abrogated by constitutional amendment under the present Grundgesetz.³⁵

Courts may digress from decisions of international courts only when the decision would imply a violation of the constitution itself. This could especially happen with regard to human rights in so-called triangular cases in which the State intervenes in a relationship between

³¹ BGBl. (Federal Gazette) 2008 II p. 713, 68 Heidelberg Journal of International Law (2008) 776; also available at Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General, available at <http://treaties.un.org>. See Christophe Eick, Die Anerkennung der obligatorischen Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs durch Deutschland, Heidelberg Journal of International Law 2008, 763; see also Andreas Zimmermann, Deutschland und die obligatorische Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs, Zeitschrift für Rechtspolitik 2006, 248.

³² *LaGrand* (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 466; *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 12.

³³ BVerfG, Order of the Second Senate of 14 October 2004, case no. 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 <317> - Görgülü; Order of the First Chamber of the Second Senate of 19 September 2006, case no. 2 BvR 2115/01 and others, BVerfGK 9, 174 - Vienna Convention on Consular Relations I; Order of the Second Chamber of the Second Senate of 8 July 2010, case no. 2 BvR 2485/07 and others, Neue Juristische Wochenschrift 2011, 207 - Vienna Convention on Consular Relations II.

³⁴ BVerfG, Order of the First Chamber of the Second Senate of 19 September 2006, case no. 2 BvR 2115/01 and others, BVerfGK 9, 174 <192 et seq.> - Vienna Convention on Consular Relations I.

³⁵ Michael Sachs, in id., Grundgesetz, 6th ed. München: Beck 2011, Art. 79 note 73 et seq.

individuals, but has never materialized and will rarely, if ever, implicate customary international law.

III. Customary Law in the Case Law of German Courts

1. The double role of the Federal Constitutional Court

As should be clear from these remarks on international law and constitutional law, the Federal Constitutional Court enjoys certain privileges in the implementation of customary international law in Germany, because it has a monopoly of qualifying rules as customary law if there is doubt as to their existence or direct effect on individuals. With regard to the identification of customary law, the Court uses the traditional doctrine of two elements, in other words, it requires (objective) practice and (subjective) *opinio juris*, taking not only the practice of the executive branch, but also of foreign courts into account.³⁶ Recently, it has extended the formula to apply to the practice of international (governmental) organizations.³⁷ It has done so, in particular, with regard to questions of sovereign immunity, but has also not shied away from contemplating the use of customary rules of human rights, rejecting, however, the existence of an international right to property of citizens against their home state (excluding the rights of aliens).³⁸ Other cases deal with the rights of aliens,³⁹ expropriations⁴⁰ as well as rules of private international law that a chamber of the Court deemed to rarely become international custom.⁴¹ One of the more controversial cases denied the application of the rule of necessity to State-investor relations,⁴² arguing that the

³⁶ See, eg. BVerfG, Order of the Second Senate of 13 December 1977, case no. 2 BvM 1/76, BVerfGE 46, 342 <364 et seq.> - Philippine Embassy.

³⁷ BVerfG, Order of the Second Senate of 5 November 2003, case no. 2 BvR 1243/03, BVerfGE 109, 13 <28> - Agent Provocateur I.

³⁸ BVerfG, Order of the Second Senate of 26 October 2004, case no. 2 BvR 955/00, BVerfGE 112, 1 <34> - Land Reform III.

³⁹ BVerfG, Order of the Second Senate of 9 July 1963, case no. 2 BvM 1/63, BVerfGE 16, 276 - Mortgage Gains Levy I; Order of the Second Senate of 14 May 1968, case no. 2 BvR 544/63, BVerfGE 23, 288 - LAG Wealth Levy.

⁴⁰ BVerfG, Order of the Second Senate of 26 October 2004, case no. 2 BvR 955/00, BVerfGE 112, 1 - Land Reform III.

⁴¹ BVerfG, Order of the Second Chamber of the Second Senate of 4 September 2008, case no. 2 BvR 1475/07, BVerfGK 14, 222 <227 et seq.> - Conflict of Laws and Customary Law.

⁴² BVerfG, Order of the Second Senate of 8 May 2007, case no. 2 BvM 1-5/03 and others, BVerfGE 118, 124 <139> - Argentinian Bond Loans, distinguishing between the inapplicability in State-investor relations from the applicability in arbitration under ICSID.

finding of a rule of general international law required clear evidence which was absent in the case in question.⁴³

In international humanitarian law, the Court has denied the existence of direct private claims against violations of the laws of war for World War II.⁴⁴ For current affairs, a further case is awaiting decision. International criminal law has also played a role; thus, the Court has confirmed that German courts have universal jurisdiction regarding a Serb refugee found in Germany accused of having committed genocide in his home country.⁴⁵ The Court has recognized the existence of *jus cogens* early on, in 1965, that is before the Vienna Convention was adopted, and has confirmed this finding recently.⁴⁶

Thus, the Court has taken its role as arbiter of the existence of customary rules and their effect in the domestic legal order very seriously indeed. Its methodology was rather traditional, however, only reluctantly recognizing the relevance of practice of other actors than the executive branch. Recently, however, it has adopted a more modern approach, including the practice of foreign courts or international organizations in its analysis of international custom.

2. The role of “ordinary” German courts

While the Constitutional Court has a privilege in determining whether a rule whose nature is doubtful qualifies as customary international law, it has no monopoly over *the application* of customary law. It regularly leaves the application of identified rules of customary international law to lower Courts, which is why it has “no absolute monopoly on international law”⁴⁷. Those courts enjoy broad latitude

⁴³ BVerfG, Order of the Second Senate of 8 May 2007, case no. 2 BvM 1-5/03 and others, BVerfGE 118, 124 <135> - Argentinian Bond Loans. According to the Dissenting Opinion of Justice Lübke-Wolff, the rule of necessity can be established as part of both customary international law and general principles, BVerfGE 118, 124 <156>.

⁴⁴ BVerfG, Order of the Second Senate of 13 May 1996, case no. 2 BvL 33/93, BVerfGE 94, 315 - Forced Labourers.

⁴⁵ BVerfG, Order of the Fourth Chamber of the Second Senate of 12 December 2000, case no. 2 BvR 1290/99, Neue Juristische Wochenschrift 2001, 1848 - Genocide Convention.

⁴⁶ BVerfG, Order of the Second Senate of 7 April 1965, case no. 2 BvR 227/64, BVerfGE 18, 441 <448 et seq.> - Mortgage Gains Levy II; see also Order of the Second Senate of 26 October 2004, case no. 2 BvR 955/00, BVerfGE 112, 1 <27 et seq.> - Land Reform III, extending that recognition.

⁴⁷ BVerfG, Nichtannahmebeschluss of the Second Chamber of the Second Senate of 12 October 2011, case no. 2 BvR 2984/09 and others, NJW 2012, 29; Eckart Klein, Die

as long as they do not encounter doubts with regard to the rule as such, distinct from its application to a specific case. For instance, criminal courts regularly apply rules concerning sovereign immunity.

As demonstrated above, ordinary courts have less latitude when the existence of a norm of general international law is in doubt. However, it is still possible for ordinary courts to simply deny any doubts regarding the existence *vel non* of a specific rule. For example, the Federal Administrative Court (BVerwG) has dealt in length with the question of whether there are doubts regarding the existence of a norm of customary international law according to which states are under an international obligation to provide parking lots on public streets for embassy cars before holding that such a rule did not exist.⁴⁸

Further examples for general rules of international law in the jurisprudence of ordinary courts are the prohibition of torture⁴⁹, the prohibition of racial discrimination, the prohibition of genocide, the prohibition of arbitrary killings, and perhaps the prohibition of religious discrimination.⁵⁰ According to decisions of the Federal Administrative Court (Bundesverwaltungsgericht) in the past, the Universal Declaration of Human Rights as such does not belong to the general rules of international law.⁵¹ In 2009 the Federal Administrative Court decided that the General Agreement on Trade and Services did not contain general rules of international law.⁵²

Völkerrechtsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts - Bemerkungen zu Art. 100 Abs. 2 GG -, in Hans-Wolfgang Arndt u.a., *Völkerrecht und deutsches Recht*, Festschrift für Walter Rudolf zum 70. Geburtstag, 2001, p. 293 (296).

⁴⁸ BVerwG, Judgment of Seventh Senate of 22 January 1971, case no. VII C 42.70, BVerwGE 37, 116.

⁴⁹ OVG Rheinland-Pfalz, Judgment of the Eighth Senate of 13 July 2004, case no. 8 A 10216/04, NuR 2004, 744; OLG München, Order of the First Senate of Criminal Law of 10 July 1995, case no. Ausl. 120/94 (48/94), InfAuslR 1995, 382.

⁵⁰ OVG Rheinland-Pfalz, Judgment of the Eighth Senate of 13 July 2004, case no. 8 A 10216/04, NuR 2004, 744.

⁵¹ BVerwG, Judgment of the Second Senate of 29 June 1957, case no. II C 105.56, BVerwGE 5, 153, 160; BVerwG, Order of the Second Senate of 26 March 1975, case no. II C 11.74, BVerwGE 47, 365 (377); BVerwG, Judgment of the Ninth Senate of 22 March 1994, case no. 9 C 443/93, DVBl. 1994, 930 - Deportation; for a critique see Ondolf Rojahn, in: Rudolf Dolzer/Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 140th update June 2009, Article 25 para. 43.

⁵² BVerwG, Judgment of the Eight Senate of 22 April 2009, case no. 8 C 2/09, BVerwGE 133, 385.

IV. Conclusion: The contribution of German courts to customary international law

There is little doubt that the Federal Constitutional Court has accepted its role as not only a passive applier, but also as a contributor to the development and implementation of customary international law. Nevertheless, as far as the doctrine of sources is concerned, the Court is not actively promoting new rules of international law. This role, it hardly needs to be emphasized here in Paris, is, in the famous expression of Georges Scelle, one of “*dédoublement fonctionnel*” of the domestic judge,⁵³ being adjudicator both of domestic law but also of international law. Such a role has been explicitly recognized by the Federal Constitutional Court⁵⁴ based on the mandates contained in Articles 25 and 100 § 2 of the Grundgesetz.

The application of many rules of customary international law depends on States and their courts. Domestic courts are thus very relevant actors for the development and implementation of customary law. The doctrine disregards this aspect at its peril.

⁵³ BVerfG, Order of the Second Senate of 26 October 2004, case no. 2 BvR 955/00, BVerfGE 112, 1 <25> - Land Reform III; Order of the Second Senate of 14 October 2004, case no. 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 <328> - Görgülü; cf, famously, Georges Scelle, *Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel*, in: Walter Schätzel/Hans-Jürgen Schlochauer, *Wehberg-FS*, 1956, p. 324.

⁵⁴ BVerfG, Order of the Second Senate of 10 June 1997, case no. 2 BvR 1516/96, BVerfGE 96, 68 <77 et seq.> - GDR Ambassador; see also Order of the Second Senate of 5 November 2003, case no. 2 BvR 1243/03, BVerfGE 109, 13 <23 et seq.> - Agent Provocateur I.

M. Bernard STIRN
Président de Section
Conseil d'Etat (France)

La définition de la coutume internationale en droit public français correspond à la définition généralement admise, à partir des deux éléments : d'une part, la pratique générale et cohérente des Etats, d'autre part, l'*opinio juris* qui reconnaît cette pratique comme résultant d'une obligation juridique.

Du fait tant de la codification entreprise sous l'égide de la Cour internationale de justice que du développement des conventions internationales, la coutume occupe en droit international une place qui se réduit. Les deux domaines où elle demeure significative sont le droit de la mer et celui des immunités de juridiction et d'exécution des Etats. Aussi son invocation en droit français est-elle peu fréquente. La jurisprudence n'est constituée que de quelques décisions, souvent espacées de plusieurs années.

Dans le contexte général de liens plus étroits entre droit international et droit interne et d'autorité accrue des normes internationales, le statut de la coutume internationale en droit public français s'est toutefois précisé et renforcé. Trois constats peuvent être faits à cet égard :

- 1/ Le cadre constitutionnel demeure discret en ce qui concerne la coutume internationale.
- 2/ La coutume internationale produit néanmoins des effets dans l'ordre juridique interne.
- 3/ Mais sa place dans la hiérarchie des normes n'est pas aussi assurée que celle des traités.

1/ Le cadre constitutionnel

Norme suprême dans l'ordre juridique interne, la constitution détermine la place du droit international dans le droit interne. A la différence de celles de certains Etats, notamment l'Allemagne, la constitution française ne mentionne pas expressément la coutume internationale. Deux dispositions seulement donnent le cadre général :

- le quatorzième alinéa du Préambule de la constitution du 27 octobre 1946 aux termes duquel « *la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international* » ;
- l'article 55 de la Constitution qui confère aux traités et accords internationaux, régulièrement ratifiés et publiés, et sous réserve de réciprocité, une « autorité supérieure à celle des lois ».

On constate que ces dispositions ne mentionnent pas la coutume. Celle-ci peut néanmoins être regardée comme incluse dans les règles du droit public international, auxquelles le Préambule se réfère. En tout cas, seuls les traités et accords dûment ratifiés et publiés se voient reconnaître, dans l'ordre juridique interne, une autorité supérieure à celle des lois.

2/ Les effets de la coutume internationale en droit public interne

Peu encline, de façon générale, à consacrer la coutume, la jurisprudence du Conseil d'Etat est longtemps demeurée réservée à l'égard des normes internationales. Du fait de cette double retenue, à l'égard de la coutume et à l'égard du droit international, la coutume internationale est d'abord restée à l'écart du contentieux administratif. Juge de droit interne français, le juge administratif ne s'en saisissait pas. C'est ce qu'affirme encore la décision de la section du contentieux du Conseil d'Etat, du 22 novembre 1957, *Myrtoon Steamship et Cie*, aux conclusions du président Heumann : une contestation relative à l'angarie, réquisition de navires étrangers en cas de guerre, se rattache « *tout à la fois à la conduite de la guerre et aux rapports internationaux de l'Etat français avec les autres puissances* » et échappe « *à ce double titre* » à la compétence du Conseil d'Etat, statuant au contentieux.

Cette jurisprudence a considérablement évolué.

Après une première ouverture qui résulte implicitement d'une décision de section du 18 avril 1986, *Société les Mines de potasse d'Alsace*, une décision de section du 23 octobre 1987, *Société Nachfolger Navigation Company*, tranche un contentieux relatif à la responsabilité de l'Etat du fait la destruction d'une épave en haute mer au regard des règles du droit coutumier international.

Le tournant est définitivement acquis par la décision d'assemblée du 6 juin 1997, *Aquarone*. Saisi d'un litige relatif à l'imposition en France de la pension de retraite versée à l'ancien greffier de la Cour internationale de justice, de nationalité australienne mais qui était venu s'établir dans le Vaucluse, le Conseil d'Etat se prononce au regard notamment de la coutume internationale.

Cette jurisprudence est appliquée par la décision *Mme Saleh*, rendue en section le 14 octobre 2011, à propos de l'immunité d'exécution des Etats : le Conseil d'Etat juge qu' « *il résulte d'une règle coutumière du droit public international que les Etats bénéficient par principe de l'immunité d'exécution pour les actes qu'ils accomplissent à l'étranger* » et que « *cette immunité fait obstacle à la saisie de leurs biens, à l'exception de ceux qui ne se rattachent pas à l'exercice d'une mission de souveraineté* ».

La coutume internationale produit donc pleinement des effets dans le droit interne. Son autorité y est toutefois différente de celle des traités.

3/ La place de la coutume internationale dans la hiérarchie des normes

En droit international, la coutume a la même autorité que les traités.

En droit interne, il en va différemment. En affirmant que les traités et accords ont une autorité supérieure à celle des lois, l'article 55 de la Constitution a certes ouvert la voie au « contrôle de conventionnalité », qui conduit tous les juges à écarter l'application d'une loi incompatible avec les stipulations d'un traité ou d'un accord, même lorsque la loi est postérieure à ce traité ou à cet accord. Le Conseil constitutionnel a souligné la différence entre ce contrôle, qui appartient au juge administratif et au juge judiciaire, du contrôle de conformité des lois à la Constitution, qu'il est le seul à exercer. En particulier, sa décision du 12 mai 2010, *Jeux en ligne*, distingue

expressément « *le contrôle de conformité des lois à la constitution, qui incombe au Conseil constitutionnel, et le contrôle de leur compatibilité avec les engagements internationaux ou européens de la France, qui incombe aux juridictions administratives et judiciaires* ».

Mais l'article 55 de la Constitution ne concerne que les traités et accords. Il ne mentionne pas la coutume internationale. Aussi le Conseil d'Etat juge-t-il, depuis l'arrêt *Aquarone*, que « *ni cet article ni aucune autre disposition de valeur constitutionnelle ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes* ». De même, la décision *Mme Saleh*, précise-t-elle, pour appliquer la règle coutumière d'immunité d'exécution des Etats, que cette règle n'est écartée, en droit interne, par aucune disposition législative.

Devant le juge administratif, la coutume internationale s'impose aux actes administratifs, réglementaires comme individuels. En revanche, elle ne prévaut pas sur la loi, qui peut en écarter l'application, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la question de savoir si la loi est ou non plus récente que la coutume. Pour le juge administratif, la coutume internationale n'est pas une référence dans l'exercice du contrôle de conventionnalité de la loi.

Pourrait-elle, dans ces conditions, être invoquée devant le juge constitutionnel, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité ? La question demeure ouverte.

Le Conseil constitutionnel s'est à plusieurs reprises référé à la règle coutumière « *pacta sunt servanda* », qu'il a mentionnée dans ses deux décisions du 9 avril et du 2 septembre 1992, relatives au traité de Maastricht, ainsi que dans ses décisions du 20 juillet 1993 relative au code de la nationalité, du 22 janvier 1999 sur le statut de la Cour pénale internationale, enfin du 2 août 2012 relative au traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire. Particulièrement explicite, cette dernière décision indique qu'après l'entrée en vigueur du traité, la France devra l'appliquer de bonne foi en application de la règle « *pacta sunt servanda* ».

D'autres règles non écrites du droit international ont été évoquées par le Conseil constitutionnel, comme le droit des peuples à disposer

d'eux-mêmes (décision du 30 décembre 1975 relative à la loi sur les conséquences de l'autodétermination des îles des Comores), les effets des nationalisations hors du territoire national (décision du 11 février 1982 sur la loi de nationalisation), certaines règles du droit de la mer (décision du 28 avril 1985 sur la loi relative à la création du registre international français).

Cette jurisprudence du Conseil constitutionnel confirme que le droit international coutumier produit des effets en droit interne. Sans définir précisément sa place dans la hiérarchie des normes, au regard notamment des missions qui incombent au juge constitutionnel, elle montre que l'Etat a l'obligation de la respecter et qu'à tout le moins, la loi doit être interprétée de manière à satisfaire à cette obligation. Par une telle approche fondée sur la conciliation, la coutume internationale s'inscrit dans le cadre d'ensemble qui, de manière générale, s'applique aux liens entre droit interne et droit international.

APPENDIX / ANNEXE

**Statement by Sir Michael WOOD before
the International Law Commission at its
64th Session**

(Geneva, 7 May – 1 June and 2 July – 3 August 2012)

Mr. Chairman,

1. I should like to thank all the Members of the Commission who took part, last week, in our first debate on the new topic 'Formation and evidence of customary international law'. I found the debate very helpful, and have taken careful note of all that was said. The various suggestions will be reflected in due course in my reports.
2. Mr. Chairman, overall the Members of the Commission who spoke welcomed the topic; it was referred to as 'important and topical'. The preliminary views expressed by Members by and large confirm the main thrust of my preliminary Note. They drew attention, among other things, to the importance of customary international law within the constitutional order and the domestic law of many States. As Mr. Tladi said, domestic judges 'at all levels, whether schooled in international law or not, have to apply it.' That word - 'schooled' - reminds us of how important it is that public international law should form part of the core curriculum at law schools, something that is not always the case. And it reminds us of the need for public international law to be part of continuing legal education, for lawyers and judges alike. At the same time, I also take Mr. McRae's point that the reaction of the broader international law community is important for the standing of our work. Not that we can hope to satisfy everyone, especially not all those at universities who, no doubt quite rightly, live on disputation.
3. The first speaker in the debate, Professor Murase, had 'some serious doubts about [the] topic' and suggested that it was

‘impractical, if not impossible, to consider ... the whole of customary international law even on a very abstract level.’ He was, and I quote, ‘quite critical of this issue as a result of [his] participation on the ILA Committee on the “Formation of Customary International Law”” between 1985 and 2000’. In his view, we are, and again I quote, ‘doomed to fail, because, at the end of the day, we will end up either stating the obvious or stating the ambiguous.’

4. One preliminary answer to the thought that we might be stating the obvious was given on Friday by Mr. Gevorgian: what is obvious for us is not necessarily obvious for everyone. A clear and straightforward set of conclusions relating to this topic by the Commission might well be an important reference for the vast range of lawyers, many of them not experienced in international law, who find themselves confronted by issues of customary international law.
5. As for ambiguity, Mr. Murase’s point seemed to be that we would not find it possible to reach conclusions that could apply across the whole field of customary international law, including the 95 per cent which, in his view, had not been covered by the International Court of Justice: at least, we could not do so without a lot of saving clauses. That seems to challenge the unity of the law. In any event, saving clauses are not necessarily a bad thing. Indeed, they can sometimes be very useful, not least in the Commission’s work. I think I counted 17 saving clauses in the Articles on State Responsibility, which is one of the most cited of the Commission’s texts.
6. As I said last Tuesday, I am fully aware of the inherent difficulty of the topic, and the need to approach it with a degree of caution. It has been referred to in our debate as ‘challenging’, ‘daunting’, ‘so interesting and so difficult’, ‘a Herculean task’. I can assure colleagues that I too hope that the Commission will not be ‘over-ambitious’. I will work towards an outcome that is useful, practical, and hopefully well-received. There appears to be a widespread view that

such outcome is needed and, provided it is well done, will be welcomed.

7. It was not, of course, the aim under this topic to ‘consider the whole of customary international law’, or indeed any of it, in the sense of considering the substance of the law. We are chiefly concerned with what last Tuesday I termed secondary rules, though perhaps a better term might be systemic rules, concerning the identification of customary international law.
8. Professor Murase also suggested that we needed to look at possible ‘intended [or ‘target’] audiences’. I must confess that I do not entirely understand the relevance for our work of his differentiation between subjective, ‘inter-subjective’ and objective ‘perspectives’. That seems to me to come close to a denial of law. If law is to have any meaning, the accepted method for identifying it must be the same for all. A shared, general understanding is precisely what we might hope to achieve. In his description of the approach of the International Court of Justice in one case, Mr. Murase suggested that ‘the Court was primarily concerned with the customary status of the relevant rule as asserted by the parties’. This is a view of the judicial function that I must confess I do not recognise; courts do not feel bound to determine the existence of a rule of customary international law based solely on the arguments advanced by one or even both of the parties who appear before it. Rather, courts have a theory as to what customary international law is and how it is formed, which is brought to the bench regardless of what the parties say. Interestingly, Judge Abraham, at paragraph 22 of his Separate Opinion in the recent *Belgium v. Senegal* case, also seems to have rejected the ‘inter-subjective’ perspective. Judge Abraham said, and this is my rough translation:

‘Since it is a matter of rules which, if they exist, have a universal scope, it is obvious that it is not sufficient that the two parties present before the Court are in agreement on their existence and, if so, their scope, for the Court to register this agreement and apply the supposed rules in question. It is

always for the Court to say what the law is and to do so, as necessary, *ex officio*....’

[‘S’agissant de règles qui, si elles existaient, auraient une portée universelle, il tombe sous le sens qu’il ne suffit pas que les deux parties présentes devant la Cour soient d’accord sur leur existence et, le cas échéant, sur leur portée, pour que la Cour enregistre cet accord et fasse application des prétendues règles en cause. C’est toujours à la Cour de dire ce qu’est le droit et de le faire, au besoin, d’office’]

9. Mr.Chairman, I shall now try to indicate the main points I take from the debate for the future direction of our work. First, there seems to be broad agreement that the ultimate outcome of the Commission’s work on this topic should be practical. The aim is to provide guidance for anyone, and particularly those not expert in the field of public international law, faced with the task of determining whether or not a rule of customary international law exists. It seems to be widely accepted that it is not our task to seek to resolve theoretical disputes about the basis of customary law and the various theoretical approaches to be found in the literature to its formation and identification. As Mr. Hmoud said, practice is the cornerstone of the topic, not theory. At the same time, I take the point made by Mr. McRae and others that our eventual practical outcome must be grounded in detailed and thorough study, including of the theoretical underpinnings of the subject, if it is to be accepted as to some degree authoritative. My point was simply that we should not be diverted down theoretical byways. That is why I believe that at least initially the main focus should be to ascertain what courts and tribunals, as well as States, actually do in practice. In this connection, I fully agree with Mr. Petrič, Mr. Kamto and others who rightly stressed the need to have regard to practice of States from all of the principal legal systems of the world and from all regions.
10. Next, it seems to be agreed that the outcome of the Commission’s work on this topic should be a set of propositions, conclusions or guidelines – the actual term to be used is perhaps not so important and can be decided later.

For now, I shall refer to ‘conclusions’, which I think is quite neutral. As I said in my introduction last Tuesday, the Commission will not be drafting a ‘Vienna Convention on Customary International Law’. It would not be appropriate to seek to be unduly prescriptive. As many speakers emphasised, it is a central characteristic of customary international law, one of its strengths, that its formation is a flexible process. I do not, however, agree with the position expressed by one member that “[a]mbiguity is part of the essence, and probably the *raison d’être*, of customary international law.” That seems to be a statement about the substance of the law, as much as about the process of identification. I cannot agree that ambiguity in the rules of international law is an inherently good quality. That is not the way to assure the rule of law in international affairs. Flexibility in the process of formation of customary law should not lead to ambiguity in the substance of the law.

11. It was pointed out in the debate that approaches to customary international law may change over time, with changes in international society, and therefore we should be careful not to freeze the process. That may be true, but at the same time, as was also said in the debate, our objective is to explain the current process; in Mr. Murphy’s words, it is ‘to help to clarify the current rules on formation and evidence of international law, not to advance new rules’.
12. On the scope of the topic, there seems to be general agreement with what is said at paragraphs 20 to 22 of the preliminary Note, subject to a proper understanding of what is meant by the terms ‘formation’ and ‘evidence’ a matter to which I shall return in a moment.
13. There was a general welcome for an effort to develop a uniform terminology, with a lexicon or glossary of terms in the various UN languages.
14. There were divided views on whether we should open what Mr. Park referred to as the Pandora’s box of *jus cogens*. Most speakers seemed to think that we should not address *jus cogens* head on, explaining why not, though we might

need to refer to it in relation to particular aspects of the project. But some were of a different view. This is something we can always come back to as the topic progresses.

15. Mr. Chairman, in the course of the debate we heard a large number of suggestions for what might be covered under the topic. I shall not seek to list them comprehensively, but they include:

- The need to study the origins of article 38.1 (b) of the Statute of the International Court of Justice (or rather the corresponding provision of the Statute of the Permanent Court of International Justice), and how it has been understood by the courts;
- the relationship between custom and treaty, including the impact of widely ratified though not universal treaties; in this connection article 38 of the Vienna Convention on the Law of Treaties is particularly relevant;
- the relationship between custom and general principles of law;
- the distinction between customary international law and general international law;
- the question of regional custom;
- the effect of resolutions of international organizations;
- more generally, the role of the practice of subjects of international law other than States, in particular international organizations such as the European Union;
- the relationship between 'soft law' and custom;
- the extent to which approaches may differ in different areas of the law. Mr. Hmoud pointed to the inconsistency between what I say in this regard in paragraph 22 and footnote 16 of the Note, though he was too polite to call it that. Let us just say that for now I have an open mind with regard to this;
- the importance, or not, to be accorded to inconsistent practice;
- the relevance of acquiescence, silence and acts of omission;
- the concepts of 'specially affected States' and 'persistent objector'.

16. A number of colleagues commented on the title of the topic, 'Formation and evidence of customary international law', and in particular the use of the two words 'formation' and 'evidence', including the translation of 'evidence' into other languages. Whatever the words used, it seems to me that the topic should cover both the method for identifying the existence of a rule of customary international law (for example, State practice plus *opinio juris sive necessitatis*) as well as the types of information that can be used as the raw material in conducting an analysis of customary international law and where it is that such information may be found. Getting the title right so that it reflects as clearly as we can what we have in mind under this topic is important. We shall need to bear in mind the issues raised as we proceed. As I understand it, it was suggested by Professor Forteau and others that the main issue to be addressed under the topic was the method to be followed for the identification of existing rules of customary international law. That is indeed my view, and it may be that 'identification' would have been a better word to use in the title of the topic also in English. In any event, I am happy that this word will be used in at least the French and Russian versions of the title. We can adjust the English version at a later stage, if it seems helpful to do so. For the time being, I agree with those who think that the inclusion of 'formation' is useful. Determining whether or not an alleged emerging rule exists may well involve a consideration of the modalities of the formation of customary rules in international law. As some speakers said, the two aspects cannot be entirely separated; in Mr Wisnamurti's words they are 'closely related'.
17. Mr. Hassouna suggested that we might wish to reappraise the Commission's 1950 report on ways and means of making the evidence of customary international law more readily available. That report was prepared at the very outset of the Commission's work, in implementation of the mandate in article 24 of our Statute. That report has stood the test of time, and is still the basis for important on-going activities.

18. Ms. Escobar Hernández asked two specific questions. The first concerned paragraph 16 of the preliminary Note, where I say that it could be useful to discuss briefly customary international law ‘as law’. I apologize for the elliptical nature of this remark. What I had in mind was the need to respond, albeit briefly, to those whom Mr. McRae referred to as ‘naysayers’, that is those who seem to deny the binding force of customary international law. Mr. Nolte also alluded to this in his remarks. The second question related to paragraph 18 of the Note, with its reference to ‘codification efforts by non-governmental organizations’. Again, I apologize for the obscurity of the language. What I had in mind here was, first, the International Law Association, and then any other collective efforts of a non-governmental nature, including the ICRC and the *Institut de droit international*. There are clearly lessons that we could learn from private bodies, always however bearing in mind that our particular position, as an UN organ, gives us a special authority and role.
19. Many colleagues emphasised the importance of drawing on writings from as wide a range of authors as possible, and in the various languages. I fully share this view, and will do my very best. I look forward to assistance from Members of the Commission, such as the offer made by Professor Nolte, and perhaps also from those organizations with whom we have a close relationship, such as the Asian-African Legal Consultative Organization, the African Union’s Commission on International Law, the Council of Europe’s Committee of Legal Advisers in Public International Law, and the Inter-American Juridical Committee.
20. There was broad agreement on the proposed plan of work for the quinquennium, though it was acknowledged to be ambitious and will need to be approached flexibly. As Mr. Kamto said, it is purely indicative and subject to adjustment. I certainly take the point that the projected reports for 2014 and 2015 may in the event prove over ambitious, though I do think it is important that we approach State practice and *opinio juris* at the same time, given the interconnections between them. And we should certainly bear in mind what

Ms Escobar Hernández said about the importance of ensuring that States have an opportunity to comment on the complete set of conclusions or guidelines before we finally adopt them.

21. Mr. Chairman, and notwithstanding Mr. McRae's doubts on Friday, I do think it would be useful for the Commission now to ask States for certain information about their practice that we could not otherwise readily obtain. A number of speakers made the entirely valid point that we should not rely exclusively on the pronouncements of international courts and tribunals, but that we should pay particular attention to State practice including the practice of all organs of the State. I have taken due note of the comments of Ms. Jacobsson and Mr. Gervorgian on the language in footnote 14 of my preliminary Note. As a result I suggest that the request to States be simplified along the lines of:

“The Commission requests States for information on their State practice relating to the formation of customary international law and the types of evidence suitable for establishing such law in a given situation. Such practice might include (a) official statements before legislatures, courts and international organizations; and (b) decisions of national, regional and sub-regional courts.”

We can consider the precise formulation, and indeed the timing, of any such request later this week when we come to consider Chapter III of our annual report to the General Assembly. My own preference would be to ask for this information now; the sooner we receive it the better.

22. Finally, Mr. Chairman, I hope that the Commission will be ready to mandate the Secretariat to prepare, if possible in time for our next session, a memorandum identifying elements in the previous work of the Commission that could be particularly relevant to this topic. I have discussed this with the Secretariat, and I understand that they would be able and willing to do this.

23. Mr. Chairman, in conclusion, let me once again thank the Members of the Commission for their interest in this topic and for their very useful contributions to this debate. As I said at the outset, I shall study all that has been said very carefully as I come to prepare my first report.

24. I thank you, Mr. Chairman.