

LA DOCTRINE DE L'OBJECTEUR PERSISTANT EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Olivier Barsalou

Volume 19, Number 1, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069147ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069147ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Barsalou, O. (2006). LA DOCTRINE DE L'OBJECTEUR PERSISTANT EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 19(1), 1–18. <https://doi.org/10.7202/1069147ar>

Article abstract

During the Cold War, the persistent objector doctrine has been a political response to juridical antagonisms that opposed the Western Bloc to the Soviet Bloc; the Third World to the Occident. The present study explores the foundations and the content of this proto-judicial doctrine, the exceptions regarding its application and the functions fulfilled by the latter in the international society. Tied to the classical positivistic discourse in international law, the persistent objector doctrine suffers nevertheless from important lacunas and incoherence from a juridical perspective. This situation sheds some light on the juridical uncertainties and flaws surrounding the doctrine, but nonetheless the latter remains politically effective, at least in theory.

LA DOCTRINE DE L'OBJECTEUR PERSISTANT EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

*Par Olivier Barsalou**

Au cours de la Guerre froide, la doctrine de l'objecteur persistant fut une réponse politique à certains antagonismes juridiques qui opposaient essentiellement le bloc de l'Ouest au bloc de l'Est, mais également le tiers-monde à l'Occident. La présente étude explore les fondements et le contenu de cette doctrine protojuridique, les exceptions à sa mise en œuvre et les fonctions exercées par celle-ci dans la société internationale. Rattachée au discours positiviste classique en droit international, la doctrine de l'objecteur persistant souffre cependant d'importantes lacunes et incohérences au plan de l'analyse juridique. Cette situation fait de ladite doctrine un concept juridiquement incertain, mais politiquement effectif, en théorie du moins.

During the Cold War, the persistent objector doctrine has been a political response to juridical antagonisms that opposed the Western Bloc to the Soviet Bloc; the Third World to the Occident. The present study explores the foundations and the content of this proto-juridical doctrine, the exceptions regarding its application and the functions fulfilled by the latter in the international society. Tied to the classical positivistic discourse in international law, the persistent objector doctrine suffers nevertheless from important lacunas and incoherence from a juridical perspective. This situation sheds some light on the juridical uncertainties and flaws surrounding the doctrine, but nonetheless the latter remains politically effective, at least in theory.

* Candidat à la maîtrise en droit international à l'Université du Québec à Montréal (UQAM). L'auteur tient à remercier Rémi Bachand de la Faculté de science politique et de droit de l'UQAM pour ses judicieux conseils ainsi que le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada pour son support.

*Les idées des juristes sur le caractère de la coutume
n'ont atteint ni à l'unité ni à la clarté.¹*

La théorie généralement admise en droit international attribue le statut de source formelle du droit international à la coutume internationale, laquelle est la « preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit »². La jurisprudence ainsi que plusieurs auteurs ont aussi reconnu la thèse des deux éléments constitutifs de la coutume, nommément l'élément matériel et l'*opinio juris*³. Cette analyse classique est néanmoins fortement contestée dans la doctrine. En effet, certains critiquent le caractère positif du droit international coutumier, allant jusqu'à qualifier cette source du droit international comme une « fiction » ou encore un « mythe »⁴. Pour d'autres, fondant leur réflexion sur la théorie du choix rationnel, il semble que le droit international coutumier soit exempt (ou presque) de tout pouvoir normatif⁵. D'autres soulignent l'absence de légitimité démocratique liée à la création d'une norme coutumière⁶. Finalement, certains auteurs mettent en exergue la fluidité et l'indétermination⁷ du concept de norme coutumière faisant de cette dernière une norme sans valeur et sans emprise sur la réalité⁸.

¹ Jules Basdevant, « Règles générales du droit de la paix » (1936-IV) 58 Rec. des Cours 471 à la p. 508.

² *Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, 15 C.N.U.O.I. 365, art. 38 (1(b)) (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

³ Voir notamment, Rudolf Bernhardt, « Customary International Law » dans Rudolf Bernhardt, dir., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, New York, North-Holland, 1992, 898 à la p. 899; Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986 aux pp. 59-74; Patrick Daillier et Alain Pellet (Nguyen Quoc Dinh†), *Droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002 aux pp. 321 et s.; Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Oxford University Press, 2003 aux pp. 18-22; affaire du Plateau continental de la mer du Nord (*République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas*), [1969] C.I.J. rec. 3 aux pp. 44-45.

⁴ N.C.H. Dunbar, « The Myth of Customary International Law » (1978-1980) 8 Aust. YBIL. 1 à la p. 2.

⁵ Voir à ce sujet, Jack L. Goldsmith et Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005 aux pp. 10-13. Ces auteurs affirment que la régularité du comportement étatique, dans un domaine précis, ne doit pas nécessairement être attribuée à une certaine normativité ou obligation juridique. Au contraire, ces auteurs croient plutôt que cette régularité peut être expliquée par quatre modèles : la *coïncidence d'intérêt*, le besoin de *coordination* et de *coopération* ainsi que la *coercition*.

⁶ J. Patrick Kelly, « The Twilight of Customary International Law » (2000) 40 Va. J. Int'l L. 449 à la p. 519.

⁷ Olufemi Elias (Olufemi Elias, « The Nature of the Subjective Element in Customary International Law » (1995) 44:3 I.C.L.Q. 501 à la p. 502) et Maurice Mendelson (Maurice Mendelson, « The Subjective Element in Customary International Law » (1995) 66 Brit. Y.B. Int'l L. 177 aux pp. 180-181) s'interrogent entre autres sur la nature de la volonté de l'État. En effet, est-elle un élément constitutif de la norme coutumière ou a-t-elle uniquement une portée déclaratoire permettant à l'État de reconnaître l'existence ou non d'une norme coutumière?

⁸ Georges Abi-Saab, « La coutume dans tous ses États ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté » dans Roberto Ago, dir., *Le droit international à l'heure de sa codification : études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, 53 à la p. 59. Abi-Saab affirme qu'« [e]n attendant, le processus [coutumier] lui-même reste toujours insaisissable. Car il s'agit en effet d'un *processus exogène*, autonome, d'une dynamique émanant directement du corps social, en dehors de tout cadre spécifique, qui n'est ni réglementé, centralisé, ou canalisé ».

Face à cette indétermination de la norme coutumière, certains auteurs ont lancé un appel à la modernisation de la coutume⁹, alors que d'autres ont développé une doctrine, soit celle de l'objecteur persistant¹⁰, en vue d'assurer une double protection juridique à l'État face à l'indétermination de la coutume. D'une part, la doctrine de l'objecteur persistant cristallise la prééminence de la doctrine de la souveraineté de l'État et de sa volonté dans l'ordre juridique international. D'autre part, cette doctrine crée des options de normativités pour les États, c'est-à-dire une sorte de droit international à la carte ou, pour reprendre les mots du professeur Weil, une « normativité relative »¹¹.

Dans la présente étude, nous examinerons les portées théorique et pratique de la doctrine de l'objecteur persistant. Dans un premier temps, nous tâcherons de définir brièvement le contenu de ladite doctrine. Dans un second temps, nous identifierons les exceptions à son application. Ensuite, nous chercherons à cerner les conditions de sa mise en œuvre ainsi que les objectifs poursuivis par les États l'invoquant. Enfin, nous formulerons quelques critiques à l'endroit de cette doctrine.

I. Émergence et contenu de la doctrine de l'objecteur persistant

Pour certains, la doctrine de l'objecteur persistant a émergé avec les profondes mutations qu'a subies la société internationale et, surtout, le droit international durant les dernières décennies¹². En effet, le processus de droit coutumier s'est accéléré et « *the ambiguity of language has replaced the ambiguity of nature or events as the central problem of international law analysis* »¹³. Nous sommes passés d'un processus inconscient et mû par le temps à un processus conscient de création normative¹⁴. À cela s'est ajoutée l'importance toujours

⁹ Isabelle R. Gunning, « Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights » (1990-1991) 31 Va. J. Int'l L. 211 à la p. 227. Cette auteure suggère que les organisations internationales ainsi que les organisations non gouvernementales deviennent des acteurs à part entière du processus de création des normes coutumières.

¹⁰ Nous faisons ici référence aux auteurs volontaristes ou consensualistes en théorie du droit international. Voir notamment International Law Association, *Committee on Formation of Customary (General) International Law (London Conference – 2000)*, en ligne : ILA. <http://www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm> à la p. 27; K. Wolfke, « Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law » (1993) 24 Neth. Y.B. Int'l L. 1 à la p. 8; Gennady Danilenko, *Law-making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993 à la p. 109; Hugh L. Thirlway, *International Customary Law and Codification*, Leyde, A.W. Sijthoff, 1972 à la p. 110; Josef L. Kunz, « The Nature of Customary International Law » (1953) 47 A.J.I.L. 662 à la p. 667. I.M. Lobo de Souza (I.M. Lobo de Souza, « The Role of State Consent in the Customary Process » (1995) 44:3 I.C.L.Q. 521 à la p. 522) et Percy Ellwood Corbett (Percy Ellwood Corbett, « The Consent of States and the Sources of the Law of Nations » (1925) 6 Brit. Y.B. Int'l L. 20 à la p. 30) reconnaissent que le consentement de l'État fonde le caractère obligatoire du droit international coutumier.

¹¹ Prosper Weil, « Vers une normativité relative en droit international? » (1982) 86 R.G.D.I.P. 5 à la p. 5.

¹² Ted L. Stein, « The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law » (1985) 26 Harv. Int'l L. J. 457 aux pp. 463-467.

¹³ *Ibid.* à la p. 464.

¹⁴ *Ibid.*

croissante des résolutions adoptées au sein d'organisations internationales à caractère universel¹⁵ offrant aux États de nouvelles occasions et de nouveaux moyens de faire connaître leurs objections face à l'émergence de nouvelles règles coutumières¹⁶. L'accélération du processus coutumier causée par la contraction du temps ainsi que les mutations qu'a subies ce même processus ont poussé les États à développer des réponses, dont la doctrine de l'objecteur persistant, visant à contrer les effets pervers de ces mutations.

La définition de la doctrine de l'objecteur persistant la plus largement reconnue par la littérature est celle qu'a produite l'American Law Institute¹⁷ (ALI) pour le compte du gouvernement américain dans le *Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of the United States* publié en 1987. L'ALI reconnaît qu'en principe, « *a dissenting state which indicates its dissent from a practice while the law is still in the process of development is not bound by that rule of law even after it matures* »¹⁸. Dans le monde francophone, la doctrine de l'objecteur persistant n'a pas fait l'objet d'études nombreuses. Nous nous permettrons donc de retenir la définition suivante : en droit international, un objecteur persistant est un « État qui prétend à l'inopposabilité à son égard du caractère obligatoire d'une coutume en cours de cristallisation »¹⁹.

La théorie encadre toutefois la mise en œuvre de cette doctrine dans la société internationale en imposant une série de conditions préalables à son application²⁰. En effet, pour invoquer la doctrine de l'objecteur persistant, les États doivent faire connaître leur objection à la norme coutumière avant la cristallisation de cette dernière²¹. Par ailleurs, l'objection doit être claire, expresse, publique et surtout, elle doit être soutenue dans le temps et dans l'espace²². Par ailleurs, la forme de l'objection importe peu; elle peut être verbale ou matérielle (actions administratives, législatives, exécutives ou judiciaires de l'État)²³. De plus, la doctrine ne s'applique pas aux normes coutumières existantes. Enfin, « *the objector must have enjoyed in the past wider rights than those now conferred on it by an emerging rule of international law* »²⁴. Il est important de souligner que la doctrine de l'objecteur persistant ne doit pas être confondue, comme le souligne l'International Law Association, avec une

¹⁵ Brock J. McClane, « How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law May a Persistent Objector Object? » (1990) 13 I.L.S.A. J. Int'l L. 1 à la p. 3.

¹⁶ Stein, *supra* note 12 à la p. 463.

¹⁷ American Law Institute (20 septembre 2006), en ligne : American Law Institute <<https://www.ali.org/>>.

¹⁸ American Law Institute, *Restatement of the Law Third: the Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, chap. 1, Saint Paul, American Institute, 1987 à la p. 26.

¹⁹ Jean Salmon, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, s.v. « objecteur persistant ».

²⁰ Voir sur ce point Maurice H. Mendelson, « The Formation of Customary International Law » (1998) 272 Rec. des Cours 155 aux pp. 240-241 [Mendelson, « Formation »].

²¹ McClane, *supra* note 15 à la p. 2.

²² International Law Association, *supra* note 10 à la p. 28.

²³ David A. Colson, « How Persistent Must the Persistent Objector Be? » (1986) 61 Wash. L. Rev. 957 aux pp. 962 et 965.

²⁴ Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligation Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 2000 à la p. 63.

situation au cours de laquelle un groupe important d'États, dans une sphère d'activité particulière, tenterait de contrecarrer le développement d'une norme coutumière. Dans ce cas, le groupe d'États en question préviendra l'avènement d'une règle coutumière. Dans la situation qui nous préoccupe, l'objecteur persistant cherche à empêcher l'opposabilité d'une règle coutumière en émergence. Ainsi, l'objecteur persistant ne pourra pas empêcher à lui seul l'émergence d'une norme coutumière²⁵.

En ce qui a trait aux modalités de mise en œuvre de la doctrine de l'objecteur persistant, les opinions doctrinales en droit international se sont montrées beaucoup plus circonspectes. Peu de règles ont été développées afin d'identifier les modalités d'application de la doctrine. Toutefois, Loschin a développé un modèle analytique pouvant être appliqué lorsque vient le temps de décider si un État peut éviter l'opposabilité d'une norme coutumière émergente²⁶. Tout d'abord, Loschin affirme que (1) l'État objecteur doit chercher à savoir s'il y a déjà un traité existant relatif au domaine dans lequel l'État cherche à éviter l'opposabilité de la règle coutumière émergente. Si c'est le cas, la doctrine de l'objecteur persistant est nulle et non avenue. Le traité s'appliquera obligatoirement²⁷. Parallèlement à cela, Loschin suggère (2) d'identifier la nature de la norme coutumière émergente. En effet, s'il s'agit d'une norme impérative du droit international, c'est-à-dire de *jus cogens*²⁸, la règle de l'objecteur persistant ne s'appliquera pas²⁹. Par la suite, Loschin suggère d'aller (3) investiguer la substance de la règle émergente, c'est-à-dire l'importance de la norme dans la société internationale, ainsi que le développement historique de la norme coutumière émergente. Loschin affirme qu'il faut (4) analyser la nature même de l'objection (sa forme, son contenu et les objectifs poursuivis par l'État) et les impacts liés à son invocation dans la société internationale³⁰. Enfin, (5) « *the fifth step is to balance the results of steps three and four, and determine whether the weight of the norms outweighs the importance of respecting sovereignty of the state and the importance of obtaining its consent to be bound by international standards* »³¹.

De son côté, David Colson a développé une typologie des situations dans lesquelles la doctrine de l'objecteur persistant pourrait être invoquée³². Selon Colson, les États devraient moduler leur objection en fonction de la qualité de la norme coutumière émergente. Ainsi, avec (1) les normes à application universelle reconnues par la majorité des États, l'objecteur persistant « *must continually make its position known to ensure that the law does not find tacit consent through a relatively short period of silence* »³³. Dans le cas (2) de normes à application universelle, mais

²⁵ International Law Association, *supra* note 10 à la p. 27.

²⁶ Lynn Loschin, « The Persistent Objector and Customary International Human Rights Law: A Proposed Analytical Framework » (1996) 2 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y 147 à la p. 163.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Voir la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 354 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) aux articles 53 et 64.

²⁹ Loschin, *supra* note 26 à la p. 163.

³⁰ *Ibid.* aux pp. 164-165.

³¹ *Ibid.* à la p. 166.

³² McClane, *supra* note 15 aux pp. 22-23, a développé une typologie semblable fondée sur la distinction entre l'usage et la pratique.

³³ Colson, *supra* note 23 à la p. 967.

contestées par un certain nombre d'États, l'objecteur persistant n'a pas à faire preuve d'agressivité dans son comportement d'objecteur puisque la norme ne se formera pas à court et à moyen termes³⁴. Ensuite, Colson aborde (3) les normes ayant pour objectif de régler les relations bilatérales. Au sujet de celles-ci, encore une fois, une démonstration agressive de l'objection n'est pas nécessaire. Au contraire, la retenue dans les manifestations de ses objections sera favorisée, car l'objectif est d'encourager la négociation³⁵. Enfin, (4) dans les situations « *where a state makes a new claim in international law which departs from customary norms and affects the interests of the international community, the legal position of other states presumably can be protected by their written and verbal objections* »³⁶.

À la lumière des conditions et modalités d'application de la doctrine de l'objecteur persistant, nous constatons que la doctrine développée par les publicistes souffre d'un manque flagrant de clarté et de précision tant au niveau de son contenu effectif que de la forme ou des modalités de sa mise en œuvre. En ce sens, nous ne pouvons pas rattacher l'épithète de règle juridique à la doctrine de l'objecteur persistant. C'est à ce titre que nous associerons la notion d'objecteur persistant non pas à une règle ou à une théorie juridique, contrairement à ce qu'affirment certains auteurs³⁷, mais bien à une doctrine politique, c'est-à-dire « une opinion émise par des hommes politiques sur des points controversés de droit international et devant servir de ligne de conduite à leur gouvernement »³⁸. L'objecteur persistant est un simple outil politique dont l'utilisation est ponctuelle, fluctuante et contingente. Elle peut être modifiée et adaptée dans le temps et l'espace. Contrairement à la théorie que nous définissons comme une « construction intellectuelle méthodique et organisée, de caractère hypothétique [...] et synthétique »³⁹ « nous permet[tant] d'établir des rapports entre les phénomènes étudiés en vue de mieux comprendre ou de mieux expliquer le sens de ces relations »⁴⁰, la doctrine de l'objecteur persistant ne satisfait pas à ces impératifs. À l'inverse, la doctrine, au sens où nous l'entendons dans cette étude, n'a pas pour objectif d'être appliquée universellement et de façon générale. Nous sommes plutôt d'avis qu'il s'agit d'une réponse politique à un fait ou à une série de faits n'ayant pas encore été qualifiés juridiquement; un outil fondé sur les rapports de puissance et de pouvoir dans les relations internationales. Cela dit, ces relations ou comportements politiques des États ne peuvent être analysés à l'extérieur d'un certain cadre juridique ou d'une certaine frontière normative encadrant ou délimitant ces

³⁴ *Ibid.* à la p. 968.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Dont Elias Olufemi, « Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law » (1991) *Denning Law Journal* 37 à la p. 37 [Olufemi, « Some Remarks »] et Mendelson, « Formation », *supra* note 20 à la p. 227.

³⁸ Salmon, *supra* note 19, s.v. « doctrine ». L'histoire contemporaine nous offre un vaste éventail de doctrines politiques. Nous pensons notamment aux doctrines Monroe, Calvo, Drago, Stimson, Truman, Acheson, Hallstein et Brejnev pour ne nommer que celles-ci.

³⁹ *Le nouveau Petit Robert*, 1993, s.v. « théorie ».

⁴⁰ Evelyne Dufault, « Théorie » dans Alex Macleod, Evelyne Dufault et Frédéric Guillaume Dufour, dir., *Relations internationales : théories et concepts*, Montréal, Athéna, 2002 à la p. 182.

comportements en constante interaction⁴¹. Le droit demeure dans ce contexte un enjeu des relations internationales en ce sens où les États cherchent à influencer sur la détermination des frontières normatives, limitées à leurs comportements politiques. Ainsi, la doctrine de l'objecteur persistant ne peut être que politique puisque du point de vue de la définition même de l'objecteur persistant, celui-ci doit manifester sa position dans un contexte où l'on fait face à un *vacuum de droit*, à une situation appelant à terme à être qualifiée juridiquement dans un domaine précis de la société internationale. En somme, l'objecteur persistant se manifeste dans une situation « ajuridique » ou « protojuridique » puisque le processus de formation de la norme coutumière est un phénomène parfois aléatoire et ne conduit donc pas forcément à la cristallisation d'une règle juridique. Relativement au statut juridique ou politique de la notion d'objecteur persistant, sir Gerald Fitzmaurice s'était interrogé en ces termes : « *whether in those circumstances the alleged rule [c'est-à-dire, la règle coutumière à laquelle s'est objecté l'objecteur persistant] would really be a rule at all* »⁴². Nous sommes plutôt de l'avis du professeur D'Amato lorsque celui-ci refuse même de qualifier de « juridique » cette « curieuse notion » qu'est l'objecteur persistant⁴³.

II. Exceptions à l'application de la doctrine de l'objecteur persistant

Il existe quelques exceptions reconnues dans la littérature quant à l'application de la doctrine de l'objecteur persistant. Tout d'abord, certains auteurs interprètent la doctrine de l'objecteur comme un outil dont l'application est limitée à la préservation des droits acquis de l'État objecteur dans un contexte où la formation d'une norme coutumière menace ces droits⁴⁴. Cette interprétation de la doctrine de l'objecteur persistant n'exempte donc pas un État de l'application d'une règle coutumière concernant un sujet n'étant pas auparavant couvert par une règle de droit international public⁴⁵.

⁴¹ Mervyn Jones, « International Law and Politics » (1955) 41 Transactions of the Grotius Society 5 à la p. 9; Jan Klabbbers, « Institutional Ambivalence by Design: Soft Organizations in International Law » (2001) 70 Nordic J. Int'l L. 403 à la p. 412.

⁴² Sir Gerald Fitzmaurice, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law » (1957-II) 92 Rec. des Cours 1 à la p. 100.

⁴³ Anthony A. D'Amato, « Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for a Change of Paradigm » (1995-1996) 25 Ga. J. Int'l & Comp. L. 47 à la p. 63 [D'Amato, « Human Rights »]. À la note de bas de page 36 de la page 63, D'Amato affirme que « *my own view is that a state cannot exempt itself from a customary rule in formation by announcing that it will not be bound by it, any more I can announce that I will not be bound by new case law in an emerging field of law in the United States on the ground that I was not one of the parties to the case and I object court's decision* ».

⁴⁴ Stein, *supra* note 12 à la p. 477.

⁴⁵ C.H.M. Waldock, « The Anglo-Norwegian Fisheries Case » (1951) 28 Brit. Y.B Int'l L. 114 à la p. 160.

En ce qui a trait aux normes de *jus cogens*⁴⁶, communément appelées normes impératives du droit international, il semble, à première vue, que la doctrine de l'objecteur persistant ne s'applique pas à ce type de normes puisque celui-ci « *outweighs [...] the procedural right of sovereign states to become persistent objectors to them* »⁴⁷. D'un point de vue théorique, et comme l'a démontré le professeur Koskeniemi, les normes de *jus cogens* transcendent la volonté des États⁴⁸. Par conséquent, la doctrine volontariste de l'objecteur persistant ne peut s'appliquer dans le cas des normes de *jus cogens*⁴⁹.

Toutefois, si l'on accepte la conception hétérodoxe du *jus cogens* utilisée par Michael Byers, il appert que les États peuvent déroger aux normes impératives relatives à la protection des droits humains, position que rejette D'Amato⁵⁰. Les normes de *jus cogens*, règles primaires, semblent, à première vue, impératives puisque les droits et obligations existent entre les États et les individus. Ainsi, selon le professeur Byers, les exceptions à ces règles ne peuvent pas, théoriquement, être créées par les États, mais bien par le seul consentement des individus, destinataires de ces droits. Pour Byers,

*[t]his consent is extremely unlikely to be forthcoming given the numbers of individuals or groups which are usually involved. Yet because it is at least conceivable that these individuals or groups could consent to the creation of exceptions, and because such exceptions would then appear to be valid, these rules are in fact derogable and should therefore not be referred to as jus cogens rules.*⁵¹

Si l'on accepte la thèse de Byers sur la nature des normes de *jus cogens*, on constate que la doctrine de l'objecteur persistant pourrait être invoquée par un État voulant refuser l'opposabilité de la norme impérative sous prétexte que sa population refuse ladite norme. Ainsi, octroyer le statut de règle juridique à la doctrine de l'objecteur persistant laisse place à de profonds changements dans la normativité internationale et, à ce titre, les exceptions identifiées sont quelque peu illusoire, selon

⁴⁶ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 354, (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) aux articles 53 et 64, *supra* note 28.

⁴⁷ Anthea Elizabeth Roberts, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation » (2001) 95 A.J.I.L. 757 à la p. 765.

⁴⁸ Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 à la p. 324.

⁴⁹ *Rapport n° 62/02, Fond, Affaire 12.285 (Michael Domingues c. États-Unis d'Amérique)*, (22 octobre 2002), au para. 48, en ligne : Commission interaméricaine des droits de l'Homme <http://www.cidh.org/annualrep/2002eng/USA.12285.htm#_ftn1>; Daillier et Pellet, *supra* note 3 à la p. 233.

⁵⁰ D'Amato affirme que « *[t]hese "Human Rights", as well as others, may be found in multilateral conventions, but their effect spreads to nonparty states through the customary process of treaty generation international law* ». Voir, Anthony A. D'Amato, « The Concept of Human Rights in International Law » (1982) 82 Colum. L. Rev. 1110 à la p. 1147.

⁵¹ Michael Byers, « Conceptualising the Relationship Between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules » (1997) 66 Nordic J. Int'l L. 211 à la p. 235.

Byers. Certains semblent néanmoins reconnaître, contrairement à Byers, l'inopposabilité de la doctrine de l'objecteur persistant à une norme de *jus cogens*⁵².

III. Fonctions de la doctrine de l'objecteur persistant

Comme nous l'avons démontré précédemment, la doctrine de l'objecteur persistant est un outil politique permettant aux États d'atteindre, dans certains cas, des objectifs juridiques comme l'inopposabilité d'une règle coutumière en émergence. En plus d'éviter l'inopposabilité d'une règle coutumière, la doctrine de l'objecteur persistant remplit diverses fonctions. Tout d'abord, d'un point de vue théorique, elle assure la sauvegarde de la notion de consentement comme fondement du caractère obligatoire du droit international⁵³. En effet, il est traditionnellement admis que le droit international est issu du consentement des États. Évoluant dans un système juridique horizontal sans pouvoir législatif supérieur, les États sont à la fois les auteurs et les principaux destinataires des règles du droit international. Ce dédoublement fonctionnel est un palliatif imparfait à la carence institutionnelle de la société internationale⁵⁴. Par ailleurs, la doctrine de l'objecteur persistant contribue, paradoxalement, à assurer la prévisibilité du droit international. Le processus de création des normes coutumières est un processus amorphe et atone. En d'autres termes, tant que la règle n'est pas formellement identifiée par les membres de la société internationale, nul ne peut identifier le moment de cristallisation de la norme coutumière. Effectivement, l'existence de la norme coutumière est toujours confirmée de façon *ex post*. La doctrine de l'objecteur persistant assure aux États une sécurité face à l'imprévisibilité du droit international et à la possibilité qu'ils se retrouvent liés par une règle coutumière sans avertissement⁵⁵. De cette prévisibilité accrue des règles de droit international découle une autre fonction importante de la doctrine de l'objecteur persistant, soit celle de l'adaptation. Ainsi, la doctrine permet à l'État objecteur de prendre un peu plus de temps pour s'adapter à la nouvelle règle coutumière ou au nouveau régime juridique émergent⁵⁶. Cette situation favorise la réduction des frictions et des querelles pouvant survenir entre les États dans leurs rapports, tout en les autorisant à protéger leurs intérêts sans utiliser la confrontation directe⁵⁷. Par ailleurs, comme le soulignait Stein, la société internationale traverse une importante période de mutation au cours de laquelle le processus coutumier se transforme⁵⁸. Cette situation est notamment illustrée par le développement de la

⁵² Ragazzi, *supra* note 24 à la p. 70 (pour les références doctrinales appuyant cette affirmation, voir la note de bas de page 96 à la p. 67).

⁵³ Holning Lau, « Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law » (2005-2006) 6 *Chi. J. Int'l L.* 495 à la p. 499.

⁵⁴ Daillier et Pellet, *supra* note 3 à la p. 90. L'expression « dédoublement fonctionnel » est du juriste et internationaliste français Georges Scelle (1878-1961).

⁵⁵ Lau, *supra* note 53 à la p. 499.

⁵⁶ Mendelson, « Formation », *supra* note 20 à la p. 240.

⁵⁷ Colson, *supra* note 23 à la p. 964.

⁵⁸ Ted L. Stein, *supra* note 12 à la p. 464.

« coutume sauvage »⁵⁹. Les tribunaux internationaux l'ont par ailleurs constatée dans plusieurs décisions⁶⁰. Dans un contexte où le temps et l'espace juridique se contractent et se désynchronisent, l'État trouve dans la doctrine de l'objecteur persistant une protection supplémentaire face à l'éventuelle opposabilité à son égard de la « nouvelle coutume ». Enfin, la doctrine de l'objecteur persistant adoucit la menace de la « force du droit » qui pèse sur un État satisfait avec le *statu quo*⁶¹. Il constitue une protection pour tous les États face au caractère parfois législatif du droit international.

Antérieure à la Guerre froide, la doctrine de l'objecteur persistant s'est néanmoins affirmée dans la littérature traitant du conflit Est-Ouest. Pour certains, elle fut utilisée comme un outil de défense des intérêts idéologiques des acteurs de cette période. Pour les États socialistes et du tiers-monde, la doctrine de l'objecteur persistant leur permettait de refuser de se lier à certaines normes coutumières⁶², c'est-à-dire aux normes « considérée[s] comme telle[s] par la volonté des États pouvant imposer leur point de vue »⁶³. Dans le cas plus précis des nouveaux États issus de la décolonisation, la doctrine de l'objecteur persistant ne s'applique pas. « *A state can "opt out" of a rule of customary law by dissenting before the rule becomes well established, but not afterwards* »⁶⁴. Toutefois, comme le souligne Akehurst, « *politically, however, it may be difficult to persuade new states to accept that they are bound against their will by customs created by old states, if the new states outnumber the old* »⁶⁵. Pour pallier cette déficience dans l'application de la doctrine de l'objecteur persistant, Akehurst suggère à ces nouveaux États de s'unir afin de modifier la règle coutumière en usant de la force de la majorité⁶⁶.

À l'opposé, cette doctrine de l'objecteur persistant constitue un outil pour les États puissants⁶⁷, dont les États-Unis, leur permettant de s'affranchir de la tyrannie de

⁵⁹ René-Jean Dupuy, « Coutume sage et coutume sauvage » dans Charles Rousseau et Suzanne Bastid, *Mélanges offerts à Charles Rousseau : la communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974 aux pp. 75 et s. Bin Cheng pousse cette reconceptualisation du processus coutumier en développant l'idée de coutume instantanée dans le cadre des Nations unies. Voir Bin Cheng, « United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law? » (1965) 5 *Indian Journal of International Law* 23.

⁶⁰ Voir notamment les affaires suivantes : *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)* (*Nicaragua c. États-Unis*), [1986] C.I.J. rec. 14 à la p. 100; *Texaco-Calasiatic c. Gouvernement libyen* (1977), 104 J.D.I. 319 aux pp. 376-377. Dans la sentence *Aminoil c. Koweït*, (1982), 109 J.D.I. 869 à la p. 893, l'arbitre Paul Reuter effectue une analyse des conditions d'acceptation des quelques résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies sans toutefois parvenir aux conclusions de l'arbitre Dupuy dans l'affaire *Texaco-Calasiatic c. Gouvernement libyen*.

⁶¹ Jonathan I. Charney, « The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law » (1985) 56 *Brit. Y.B. Int'l L.* 1 à la p. 22 [Charney, « Persistent Objector »].

⁶² Stein, *supra* note 12 à la p. 468.

⁶³ Brigitte Stern, « La coutume au cœur du droit international : quelques réflexions » dans Daniel Bardonnnet, dir., *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, 479 à la p. 498.

⁶⁴ Michael Akehurst, « Custom as a Source of International Law » (1974-1975) 47 *Brit. Y.B. Int'l L.* 1 à la p. 28.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Pour une discussion sur l'impact de la « puissance » et du « pouvoir » des États sur le processus

la majorité et de protéger leurs intérêts nationaux⁶⁸ face à une modification rapide de la normativité⁶⁹. « *In fact, as a persistent objector a big power which fears to be overwhelmed by an assault of Lilliputian forces can at least pretend that, by going it alone, it is simply making use of its rights rather than violating generally applicable rules of international law* »⁷⁰. Enfin, la doctrine de l'objecteur persistant, combinée avec d'autres éléments relevant du fait (puissances militaire, politique, économique, culturelle, etc.), permet aux États puissants d'influer sur le contenu de nouvelles normes en leur allouant le temps nécessaire pour créer des alliances, renverser les fronts de la stratégie normative ou tout simplement, pour négocier une modification du régime juridique émergent⁷¹. En résumé, la doctrine de l'objecteur persistant est un outil politique de protection des intérêts juridiques des États.

IV. Critique de la doctrine de l'objecteur persistant

Le concept d'objecteur persistant, tel que développé par les publicistes, souffre d'importantes lacunes tant au plan théorique qu'au plan pratique. De même, on peut questionner sa réelle effectivité dans la société internationale.

Postulant l'effacement de la souveraineté de l'État au sens classique du terme⁷², il nous est difficile de reconnaître le caractère paradigmatique de la thèse volontariste en théorie du droit international. De plus, cette théorie est ouvertement contestée depuis plusieurs décennies tant par la doctrine⁷³ que par la jurisprudence internationale⁷⁴. En effet, si l'on rejette la thèse volontariste en théorie du droit

coutumier, voir Michael Byers, « Custom, Power, and the Power of Rules: Customary International Law from an Interdisciplinary Perspective » (1995-1996) 17 Mich. J. Int'l L. 109 à la p. 179. Byers affirme que « *the customary process and certain fundamental, structural principles of international law act to qualify the self-interested application of power by frequently unequal states* ».

⁶⁸ Stein, *supra* note 12 à la p. 475.

⁶⁹ Nous faisons référence, entre autres, aux changements survenus dans le domaine du droit de la mer et des compensations pour expropriation en cas de nationalisation. Dans ce dernier cas, « *while these states [les États occidentaux] have argued that the prompt, adequate and effective compensation standard was, and continues to be, the applicable rule of law, much of the rest of the world utilizes less generous standards even in cases involving nationals of the objecting states* » dans Charney, « Persistent Objector », *supra* note 61 à la p. 14. Voir aussi les décisions rendues dans les affaires *Texaco-Caliasiatc c. Gouvernement libyen* et *Aminoil c. Koweït*, *supra* note 59.

⁷⁰ Christian Tomuschat, « Obligations Arising for States Without or Against their Will » (1993-IV) 241 Rec. des Cours 195 à la p. 289.

⁷¹ Pierre-Marie Dupuy, « À propos de l'opposabilité de la coutume générale : enquête brève sur l'objecteur persistant » dans Michel Virally et Georges Abi-Saab, dir., *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991 à la p. 271.

⁷² Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

⁷³ Voir sur ce point Jianming Shen, « The Basis of International Law: Why Nations Observe » (1998-1999) 17 Dick. J. Int'l L. 287 et Oscar Schachter, « Towards a Theory of International Obligation » (1967-1968) 8 Va. J. Int'l L. 300 à la p. 301.

⁷⁴ Malgré l'*obiter dictum* de l'affaire du *Lotus (France c. Turquie)* (1927), C.P.J.I. (sér. A) n° 10 à la p. 18, faisant l'apologie de la thèse volontariste, la jurisprudence n'a pas appliqué systématiquement la doctrine. Voir les décisions citées à la note 56 ainsi que la décision rendue par le Tribunal arbitral dans l'affaire relative à l'*Utilisation des eaux du Lac Lanoux (France c. Espagne)* (1957), 12 R.S.A. 285,

international, la doctrine, considérée juridiquement, tombe⁷⁵. Par ailleurs, il est important de rappeler que la théorie du droit international foisonne d'approches expliquant le caractère obligatoire du droit international et dans le cas qui nous concerne, de la coutume internationale⁷⁶. De plus, le développement des organes juridictionnels internationaux tend à estomper l'importance de la volonté de l'État⁷⁷.

Plus spécifiquement et d'un point de vue théorique, nous croyons que la doctrine de l'objecteur persistant souffre, en elle-même et dans ses rapports avec la théorie volontariste, de graves lacunes conceptuelles et d'un flagrant manque de cohérence. En effet, si le consentement de l'État est requis pour qu'une règle de droit international coutumier lui soit opposable et que celui-ci n'a pas acquiescé à la règle, alors la norme devient automatiquement inopposable à l'État. Dans cette perspective, la doctrine de l'objecteur persistant n'est d'aucune utilité⁷⁸. Par ailleurs, elle est complètement inutile dans un système de consentement tacite reconnaissant le silence comme la manifestation d'une volonté passive⁷⁹. Ce type d'approche nie, en partie, la volonté réelle ou matérielle de l'État et s'introduit dans les failles conceptuelles de la doctrine de l'objecteur persistant en interprétant, par exemple, les silences entre les manifestations de l'objection comme une modification de la position effective de l'État objecteur sur la question disputée. De plus, comme le souligne Kelsen, si l'on admet que la volonté de l'État est un élément constitutif de la norme coutumière, alors le droit coutumier « ne peut prendre naissance que par une erreur des sujets constituant la coutume »⁸⁰ et partant, cette conception de la coutume exclut toute possibilité à l'objecteur de se faire connaître. En outre, si l'on reconnaît que la volonté de l'État est déclarative de l'existence de la norme coutumière, c'est-à-dire que les États agissent conformément ou sont liés à une norme juridique préexistante et indépendante de leur pratique⁸¹, la thèse de l'objecteur persistant ne peut pas être admise puisque les États sont juridiquement liés à une norme à laquelle ils n'ont pas consenti. En somme, que la volonté de l'État soit déclarative ou constitutive de la coutume, la doctrine de l'objecteur persistant ne peut, théoriquement, être valable.

dans laquelle l'arbitre rend un jugement en équité (principe d'utilisation équitable et raisonnable) concernant le partage des eaux.

⁷⁵ Anthony A. D'Amato, *The Concept of Customary International Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971 aux pp. 252-254 et 258-262.

⁷⁶ Voir Stein, *supra* note 12 à la p. 475.

⁷⁷ Lau, *supra* note 53 à la p. 502.

⁷⁸ Robert Kolb, « Selected Problems in the Theory of Customary International Law » (2003) 50 *Nethl. Int'l L. Rev.* 119 à la p. 144.

⁷⁹ Sur ce point, voir entre autres Gionata Piero Buzzini, « Abstention, silence et droit international général » (2005) 88:2 *R.D.I.* 342 ainsi que Jacques Bentz, « Le silence comme manifestation de volonté en droit international public » (1963) 67 *R.G.D.I.P.* 44.

⁸⁰ Hans Kelsen, « Théorie du droit international coutumier » dans Charles Leben, dir., *Hans Kelsen : écrits français de droit international*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, 61 à la p. 72. De son côté, Lazare Kopelmanas, tout comme Kelsen, rejette la notion d'*opinio juris* comme élément de la coutume internationale. « *The formation of custom does not depend on the presence in the minds of the parties of an opinio juris, but that on the contrary the content of the customary rule often plays the principal part* » dans Lazare Kopelmanas, « Custom as a Means of the Creation of International Law » (1937) 18 *Brit. Y.B. Int'l L.* 127 à la p. 151.

⁸¹ Grigory I. Tunkin, « Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law » (1961) 49 *Cal. L. Rev.* 419 à la p. 424.

« Thus, the doctrine attests to the fact that custom is no longer considered a voluntary phenomenon, but is seen, rather, as intrinsically legislative »⁸². Nous constatons, à la lumière de ces brefs développements, que les fondements volontaristes de la doctrine de l'objecteur persistant sont extrêmement ténus pour ne pas dire inexistant du point de vue théorique. Toutefois, du point de vue de la rhétorique et des relations internationales, la doctrine de l'objecteur persistant semble, à première vue et selon la littérature sur le sujet, conserver son importance.

Sous cette pertinence apparente et discursive, la doctrine de l'objecteur persistant, malgré ce qu'affirme le professeur Mendelson⁸³, se fonde sur une pratique étatique et une reconnaissance jurisprudentielle rares et obscures⁸⁴. La jurisprudence généralement citée à l'appui de la thèse soutenant l'existence de la « règle » de l'objecteur persistant n'est pas convaincante⁸⁵. La Cour internationale de justice (CIJ) a identifié implicitement la doctrine à deux reprises dans ses décisions. Elle apparaît une première fois dans l'affaire du *Droit d'asile* de 1950. Dans cette décision la CIJ devait déterminer si la Colombie avait le pouvoir de qualifier le crime dont était accusé Haya de la Torre au Pérou, soit celui d'avoir dirigé une rébellion militaire. La Cour devait aussi statuer sur l'obligation, en vertu du droit international, du Pérou d'assurer l'inviolabilité de la personne de la Torre, car celui-ci avait demandé l'asile diplomatique à l'ambassade colombienne à Lima. Dans cette affaire, la CIJ a reconnu qu'

[à] supposer que cette coutume existât entre certains États seulement de l'Amérique latine, elle ne pourrait pas être opposée au Pérou qui, loin d'y avoir adhéré par son attitude, l'a au contraire répudiée en s'abstenant de

⁸² Kolb, *supra* note 78 à la p. 144.

⁸³ Mendelson affirme que la rhétorique diplomatique voile la réalité des protestations puisque l'opposition et la protestation ne sont pas des outils diplomatiques. « *It is much more attractive for a state to be able to say: "No general rule has emerged, (inter alia) because my opposition (and that of like-minded states) has prevented its doing so", than to say "I concede that a general rule has emerged, but I am not bound because of my persistent objection"* » dans Mendelson, « Formation », *supra* note 20 à la p. 234.

⁸⁴ Ben Chigara, *Legitimacy Deficit in Custom: A Deconstructionist Critique*, Aldershot, Ashgate, 2001 aux pp. 236-237; Stein, *supra* note 12 à la p. 477; Mendelson, « Formation », *ibid.* à la p. 238. Il est ironique de constater que lors du cours du professeur Mendelson à l'Académie de droit international de La Haye en 1998, ce dernier affirmait que « *however, research under my supervision by Ms Susan Hulton of University College London is nearing completion, and will show quite a wealth of State practice in support of persistent objector rule* » [Nos italiques] (p. 238). Deux ans plus tard, alors qu'il était *Chairman* du Committee on Formation of Customary (General) International Law de la Conférence de 2000 de l'International Law Association, Mendelson n'a pas été en mesure d'identifier les nouvelles pratiques ainsi que les nouvelles décisions promises dans son cours de l'Académie de droit international de La Haye. Il s'est borné à citer de nouveau les décisions identifiées lors de son cours à La Haye en 1998.

⁸⁵ *Michael Domingues c. États-Unis d'Amérique*, *supra* note 49 au para. 48; Résolution n° 3/87, affaire n° 9647 (*Jay Pinkerton et James Terry Roach c. États-Unis d'Amérique*), [1987], dans Commission interaméricaine des droits de l'Homme, rapport annuel, 1986-1987, OES/Ser.L/VII/71, doc. 9, rev. 1.; *Lauritzen et al. c. Government of Chile*, [1956] 23 I.L.R. 708; affaire des *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, [1951] C.I.J. rec. 116; affaire du *Droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, [1950] C.I.J. rec. 266. Les décisions suivantes ont été identifiées par le professeur Mendelson, « Formation », voir *supra* note 20 aux pp. 228-233 : affaire *Fischbach et Friedrich (Allemagne c. Venezuela)*, [1910] 10 R.S.A. 388; affaire *Antelope*, [1825] 10 Wheaton 66; *Le Louis, Forest*, [1817] 2 Dods.

ratifier les Conventions de Montevideo de 1933 et 1939, les premières qui aient inclus une règle concernant la qualification du délit en matière d'asile diplomatique.⁸⁶

Dans une seconde décision, rendue en 1951 dans l'affaire des *Pêcheries*, la CIJ devait déterminer si les lignes de délimitation de la zone de pêche norvégienne fixées par le décret royal de 1935 étaient valides en droit international. Dans cette affaire, le Royaume-Uni a cherché à faire reconnaître l'opposabilité de la règle des dix milles en matière de délimitation des eaux territoriales. La CIJ, sur ce point, a affirmé qu'

[e]n conséquence, la règle des dix milles n'a pas acquis l'autorité d'une règle générale de droit international. De toute manière, la règle des dix milles apparaît comme inopposable à la Norvège, celle-ci s'étant toujours élevée contre toute tentative de l'appliquer à la côte norvégienne.⁸⁷

Deux caractéristiques communes à ces deux décisions peuvent être identifiées. Tout d'abord, dans les deux cas, la CIJ a pris soin de ne pas nommer explicitement la doctrine de l'objecteur persistant. Aussi, il est intéressant de souligner qu'il s'agit dans les deux cas d'*obiter dicta*⁸⁸ et que la solution identifiée par la CIJ permettant l'introduction de la doctrine de l'objecteur persistant dans la décision est posée à titre hypothétique.

Récemment, la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) dans l'affaire *Michael Domingues c. États-Unis d'Amérique* s'est penchée sur la doctrine de l'objecteur persistant. Dans cette affaire, la CIADH cherchait à savoir si, en vertu du droit international, les États-Unis étaient tenus de ne pas exécuter les individus âgés de moins de dix-huit ans. La Commission a reconnu le caractère obligatoire, c'est-à-dire le statut de norme de *jus cogens*, de l'interdiction d'exécuter des individus âgés de moins de dix-huit ans. Partant, l'argumentaire américain fondé sur le statut d'objecteur persistant des États-Unis dans cette situation a été rejeté au motif que la doctrine de l'objecteur persistant ne peut s'imposer à une norme de *jus cogens*⁸⁹. Dans cette affaire, la CIADH a affirmé que

*once established, a norm of international customary law binds all states with the exception of only those states that have persistently rejected the practice prior to its becoming law. While a certain practice does not require universal acceptance to become a norm of customary international law, a norm which has been accepted by the majority of states has no binding effect upon a state which has persistently rejected the practice upon which the norm is based.*⁹⁰

⁸⁶ Affaire du *Droit d'asile*, *ibid.* aux pp. 277-278.

⁸⁷ Affaire des *Pêcheries*, *supra* note 85 à la p. 131.

⁸⁸ Charney, « Persistent Objector », *supra* note 61 à la p. 9.

⁸⁹ Daillier et Pellet, *supra* note 3 à la p. 333.

⁹⁰ *Michael Domingues c. États-Unis d'Amérique*, *supra* note 49 au para. 48. La CIADH, à l'appui de son affirmation, cite les références suivantes : « [s]ee e.g. Anglo-Norwegian Fisheries Case, ICJ Reports

Malgré le rejet de la doctrine de l'objecteur persistant par la CIADH, la reconnaissance de celle-ci dans la jurisprudence compromet, selon certains, l'ensemble des systèmes universels et régionaux de protection des droits de la personne⁹¹ ainsi que le caractère universel des droits de la personne⁹². Ce problème est d'autant plus important que peu de normes ont le statut de *jus cogens* dans la société internationale et que celles dotées de ce statut font l'objet de vives critiques⁹³. Par conséquent, un État objecteur pourrait éventuellement faire valoir ce statut afin de se délier de ses obligations en matière des droits de la personne⁹⁴.

Au sujet de la pratique, il est intéressant de noter que certaines fonctions de la doctrine de l'objecteur ne sont pas avérées. Par exemple, l'argument affirmant que l'invocation du statut d'objecteur persistant permettait aux États socialistes d'éviter l'opposabilité d'une règle coutumière émergente n'est pas tout à fait juste puisque ceux-ci ne semblent n'avoir jamais invoqué la doctrine⁹⁵.

Par ailleurs, il est important de souligner les faiblesses politiques de ladite doctrine. D'abord, elle ne peut éviter l'opposabilité de la norme coutumière à un État⁹⁶. « *The persistent objector does not immunise the persistent objector from the pressure that other states may impose upon it to conform* »⁹⁷. À ce titre, le professeur Charney souligne plusieurs exemples attestant de la réalité de cette affirmation⁹⁸. De plus, en s'avouant minoritaire, l'objecteur persistant voit la dynamique légitimante se transposer dans le camp majoritaire. En fait, la doctrine de l'objecteur persistant ne protège pas les États face à l'opinion internationale⁹⁹. Les États dissidents ne maintiennent pas longtemps leur position¹⁰⁰. Aussi, comme le souligne le professeur Dupuy, en voulant éviter l'opposabilité de la norme coutumière émergente, l'objecteur persistant risque, *a contrario*, d'attirer l'attention sur la norme elle-même et de hâter sa consécration par la société internationale. Partant, l'objecteur persistant

(1951), p. 131 (*recognizing the principle that a state may contract out of a custom in the process of formation*) ».

⁹¹ Lau, *supra* note 53 aux pp. 501-502.

⁹² Sur le caractère universel des droits de la personne, voir Jonathan I. Charney, « Universal International Law » (1993) 86 A.J.I.L. 529 à la p. 543 [Charney, « Universal »].

⁹³ Prosper Weil, « Le droit international en quête de son identité » (1992) 237 Rec. des Cours 9 à la p. 269.

⁹⁴ Pour pallier ce problème ainsi que les difficultés théoriques et pratiques liées à la doctrine portant sur la coutume internationale, Simma et Alston suggèrent de considérer les droits de la personne sous l'angle des principes généraux de droit et des principes généraux du droit international. À ce sujet, voir Bruno Simma et Philip Alston, « The Source of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles » (1988-1989) 12 Aust. Y.B. Int'l L. 82 à la p. 102.

⁹⁵ Stein, *supra* note 12 à la p. 461.

⁹⁶ Pierre-Marie Dupuy, *supra* note 71 à la p. 270.

⁹⁷ Chigara, *supra* note 84 à la p. 232.

⁹⁸ Dont l'objection du Japon et des États-Unis à la coutume cristallisant l'élargissement de la mer territoriale de trois à douze milles, l'objection des États-Unis à la modification des règles liées aux compensations pour expropriation ou à l'abolition de l'apartheid en Afrique du Sud. Voir Charney, « Persistent Objector », *supra* note 61 aux pp. 11-15.

⁹⁹ *Ibid.* à la p. 15.

¹⁰⁰ Akehurst, *supra* note 64 à la p. 27.

ne constitue pas une réponse adéquate aux mutations de la coutume identifiées par Weil, lequel affirme que depuis quelques années, la pratique exigée pour la formation de la coutume est de moins en moins générale et le caractère obligatoire de la règle coutumière est formé de façon de plus en plus générale¹⁰¹. « Tant et si bien qu'un nombre toujours croissant de règles coutumières risque de s'imposer à un nombre toujours croissant d'États, serait-ce même contre leur volonté expressément manifestée »¹⁰².

Également, la dissidence normative et l'isolement sont intenable à long terme, car les coûts d'opportunité liés à cette situation sont trop importants pour les États objecteurs¹⁰³. À l'opposé, les difficultés pratiques liées au respect des droits des États objecteurs risquent de contraindre les États dissidents à modifier leurs positions et de briser le régime juridique établi. Celui-ci peut aussi se briser d'une autre façon. L'existence d'États objecteurs risque de provoquer des situations où des *free riders*, c'est-à-dire des États n'ayant aucune incitation à coopérer juridiquement avec d'autres États, profiteront des externalités positives (environnement sain, retombées économiques, etc.), créées par le régime juridique en question, sans y contribuer. Cette situation risque de se produire régulièrement dans le futur avec le développement des normes interstitielles¹⁰⁴ en droit international telles que le développement durable, le principe de précaution ou le principe d'utilisation équitable ou raisonnable des cours d'eau internationaux.

Finalement, du point de vue des rapports de force dans la société internationale, la doctrine de l'objecteur persistant permet aux États puissants ou concernés directement par l'émergence de la norme coutumière de contrecarrer le développement de la norme coutumière¹⁰⁵. En somme, la théorie du droit international coutumier tend à obscurcir les rapports de forces entre les États¹⁰⁶ ou à masquer les

¹⁰¹ Sur ce point, voir René-Jean Dupuy, *supra* note 59 aux pp. 75 et s. et Bin Cheng, « Custom: The Future of General State Practice in a Divided World » dans Ronald St. John MacDonald et Douglas M. Johnston, *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, 513 à la p. 531. Cheng affirme même que « [the] international customary law has in reality only one constitutive element, the *opinio juris* ».

¹⁰² Prosper Weil, *supra* note 11 à la p. 35.

¹⁰³ Lewis H. Haney, « Opportunity Cost » (1912) 2:3 *American Economic Review* 590 à la p. 591. Le concept de coût d'opportunité est défini comme suit : « *the costs are largely, if not entirely, relative sacrifices and are determined by the alternatives or opportunities which are open* ». Dans la perspective des régimes en théorie des relations internationales, la participation de l'État à un régime juridique, dans le cas présent, accroît ses gains absolus et relatifs, en favorisant l'échange d'information entre les États, aux dépens des pertes que celui-ci pourrait subir avec sa participation au régime en question. Sur ce point, voir Stephen Haggard et Beth A. Simmons, « Theories of International Regimes » (1987) 41:3 *International Organization* 491.

¹⁰⁴ Sur le concept de normes interstitielles, voir Vaughan Lowe, « The Politics of Law-Making: Are the Methods and Character of Norm Creation Changing? » dans Michael Byers, *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 207 à la p. 212.

¹⁰⁵ Charney, « Universal », *supra* note 92 à la p. 540.

¹⁰⁶ Oscar Schachter affirme que « [the] international law doctrine on customary law tends to obscure the problems [relating to law and power] by its emphasis on the consent of all states, whether explicitly or by implication, and by its postulate of formal equality of states » dans Oscar Schachter, « New Custom: Power, *Opinio Juris* and Contrary Practice » dans Jerzy Makarczyk, dir., *Theory of International Law*

intérêts pratiques et idéologiques des États¹⁰⁷. Pour Fidler, « *liberal international theory holds firmly to the persistent objector rule in order to give liberal states an option to stand by liberal principles against non-liberal initiatives* »¹⁰⁸.

* * *

En résumé, nous avons tenté de démontrer que la doctrine de l'objecteur persistant, généralement associée à la théorie volontariste en droit international, souffre de profondes carences théoriques. Par ailleurs, la doctrine n'est que faiblement soutenue par une pratique étatique ainsi que par une jurisprudence internationale rare et ambiguë. Enfin, nous avons également analysé brièvement les différents impacts négatifs qu'a la doctrine de l'objecteur persistant sur l'organisation de la société internationale et les rapports entre États¹⁰⁹.

Pour conclure, nous avons constaté que la doctrine de l'objecteur persistant s'est développée au cours des dernières décennies dans un contexte caractérisé par la compression du temps et de l'espace dans le cadre du processus de création normatif en droit international. En fait, la doctrine constitue un rempart politique face au caractère indéterminé et amorphe du droit international coutumier. Toutefois, les faiblesses et incohérences tant structurelles que substantielles de la doctrine font de cette dernière une notion éminemment paradoxale. En effet, selon la théorie,

at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 531 à la p. 536. De son côté, Benedetto Conforti affirme que « [l]a notion de *persistent objector* est enfin contraire à l'idée même d'un droit international général et commun à tous les États, idée qui [...] nous semble désormais ressentie dans le cadre de la communauté internationale » dans Benedetto Conforti, « Cours général de droit international public » (1988) 212 Rec. des Cours 10 à la p. 76.

¹⁰⁷ Charney, « Universal », *supra* note 92 à la p. 540.

¹⁰⁸ David P. Fidler, « Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law » (1996) 39 *German Yearbook of International Law* 198 à la p. 242. Danilenko avait identifié ce conflit idéologique dans le cadre de la Guerre froide entre les deux blocs. Voir Gennady M. Danilenko, « The Theory of International Customary Law » (1989) 31 *German Yearbook of International Law* 9 à la p. 42.

¹⁰⁹ Il est intéressant de noter que peu d'ouvrages ou d'articles ont spécifiquement été consacrés à la doctrine de l'objecteur persistant en droit international public. Les plus âpres débats sur la question eurent lieu dans le contexte de la Guerre froide et plus précisément, dans les années 1980, avec la recrudescence des tensions Est-Ouest. La littérature de cette période sur la question analyse la doctrine de l'objecteur persistant essentiellement en termes de relations de puissance et de pouvoir dans le cadre de la confrontation Est-Ouest (voir notamment Stein, *supra* note 12, Charney, « Persistent Objector », *supra* note 61, Colson, *supra* note 23 et ALI, *supra* note 18). Après la fin du conflit Est-Ouest, le débat sur la doctrine de l'objecteur persistant s'est quelque peu transformé. En effet, à partir de 1991, d'importantes critiques de la doctrine sont publiées (voir notamment Pierre-Marie Dupuy, *supra* note 71, et Olufemi, « Some Remarks », *supra* note 37) et il y a eu un recentrage du débat autour de la question des rapports entre l'universalisme des droits de la personne et la doctrine de l'objecteur persistant et de l'impact négatif que celui-ci peut avoir sur celui-là (voir notamment Charney, « Universal », *supra* note 92, D'Amato, « Human Rights », *supra* note 43, Loschin, *supra* note 26 et Lau, *supra* note 53). Enfin, il est important de souligner que les débats sur la question de l'objecteur persistant sont demeurés, à la lumière des ouvrages et articles doctrinaux consultés, concentrés essentiellement dans le monde anglo-saxon et plus spécifiquement aux États-Unis.

l'objecteur persistant a pour objectif premier d'assurer la prévisibilité du droit international pour les États. Or, la mise en œuvre même de la doctrine de l'objecteur persistant par les États contribue à rendre le droit international encore plus instable et imprévisible en créant des régimes normatifs pluriels et relatifs.

En somme, cette doctrine illustre bien les tensions dialectiques entre l'apologie et l'utopie qui traversent et structurent le droit international¹¹⁰ où le droit cherche un ancrage dans la réalité par le biais du politique, tout en cherchant à se distancier de celui-ci afin de conserver sa vraie nature¹¹¹. Bref, « la contestation d'une règle coutumière par un seul État, plutôt que par un groupe d'États, doit être considérée comme insignifiante »¹¹² d'un point de vue théorique. Toutefois, du point de vue pratique, la réalité est tout autre.

¹¹⁰ Koskenniemi, *supra* note 48. Voir aussi Iain Scobbie, « Towards the Elimination of International Law: Some Radical Scepticism about Sceptical Radicalism » (1990) 61 *Brit. Y.B. Int'l L.* 339 à la p. 341.

¹¹¹ David Kennedy, « When Renewal Repeats: Thinking against the Box » (1999-2000) 32 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 335 à la p. 355.

¹¹² Benedetto Conforti, *supra* note 106 à la p. 74.