

## OPINIO JURIS CA ELEMENT AL NORMEI DE DREPT INTERNAȚIONAL CUTUMIAR

**Vitalie GAMURARI**

*Universitatea Liberă Internațională din Moldova*

La coutume c'est une source formelle du droit international général, désignant les procédés spécifiques par lesquels une obligation sociale diffuse est transformée en règle de droit clairement définie.

Un des ses éléments s'appuie sur leur conviction des sujets de droit que l'accomplissement de tels actes est obligatoire, vu que le droit l'exige: d'où le qualificatif d'élément *psychologique* ou le recours à la formule latine de l'*opinio juris sive necessitatis*.

Cutuma este cel mai vechi izvor de drept internațional, iar pentru unele ramuri de drept internațional, ca, de exemplu, dreptul internațional umanitar – multă vreme singurul. Ea a dat naștere „dreptului internațional pozitiv”, rezolvând o bună perioadă de timp multe probleme internaționale – dreptul internațional aplicabil pe timp de război, dreptul războiului maritim și multe reglementări sunt emanația cutumei. Unele cutume de drept umanitar, precum avertizarea inamicului înainte de a-l ataca, imunitatea parlamentarilor, suspendarea ostilităților ș.a. au precedat cu mii de ani norma scrisă [1, p.34].

Elementele definitorii ale cutumei sunt: practica îndelungată și repetată, acceptată de subiectele cărora li se adresează, de regulă de conduită cu forță juridică obligatorie, altfel spus – *usus* și *opinio juris*.

În prezentul articol ne-am propus scopul de a examina cel de-al doilea element al normei cutumiare internaționale – *opinio juris*. Acest element presupune că practica trebuie să fie conformă dreptului. Forma concretă a exercitării practicii sau a exprimării convingerii juridice poate fi diferită, în dependență de conținutul normei corespunzătoare – interdicerea, obligația sau dreptul de a se comporta în forma corespunzătoare.

Practica ce determină prezența interdicției, de exemplu, interdicerea de a declara că nimeni nu va fi cruțat, include nu doar prevederea că asemenea comportament este interzis, inclusiv condamnarea demonstrării unui asemenea comportament, posibil în același timp cu îndreptățiri și menționarea cauzelor înaintate de statul criticat, ci și practica reală a refuzului de la comportamentul interzis. În caz că practica în mare măsură constă în refuz de la comportamentul și acordul tacit, trebuie să fie vreo menționare că refuzul reiese din posibila reacție din partea comunității internaționale.

Practica ce prevede obligația (de exemplu, regula că bolnavii și răniții trebuie protejați) poate fi găsită, în special, în comportamentul ce corespunde acestei cerințe. Faptul că aceasta este o necesitate juridică și nu doar o amabilitate poate fi stabilit sau prin exprimarea necesității unui asemenea comportament, sau prin critica din partea altor state a lipsei unui asemenea comportament. Se poate întâmpla ca, în urma criticii din partea altor state, statul în cauză își va explica comportamentul, găsind circumstanțele atenuante în norma menționată.

Practica ce determină existența normei care permite un oarecare comportament (de exemplu, regula, conform căreia statele au dreptul să investească instanțele lor judiciare cu împuterniciri în conformitate cu principiul jurisdicției universale vis-à-vis de crimele de război) poate fi găsită în acțiunile ce recunosc dreptul statului să procedeze în așa fel, în lipsa unei cerințe față de un asemenea comportament. De regulă, aceasta se exprimă prin faptul că statele întreprind asemenea acțiuni, iar din partea altor state nu survin proteste.

În principiu, este destul de dificil de a separa elementele practicii de *opinio juris*, această separare fiind în mare măsură teoretică. Deseori, aceeași acțiune reflectă în același timp și practica, și *opinio juris*. După cum a atenționat Asociația de drept internațional, Curtea Internațională de Justiție „*de facto*, nu a declarat în mod expres că, deoarece există două elemente deosebite în dreptul cutumiar, aceeași acțiune nu le poate reprezenta pe ambele. În realitate, deseori este foarte greu, uneori chiar imposibil a separa aceste două elemente” [2, p.5]. Acest fapt este evident, în special, în cazul actelor verbale, deoarece ele sunt considerate drept practică a statelor și în același timp deseori reflectă și *opinio juris* al statului în cauză.

În caz că practica statelor este destul de „intensă”, ea deseori conține *opinio juris* și, ca rezultat, dispare necesitatea de a demonstra prezența *opinio juris*. *Opinio juris* are însă un rol important în unele situații, atunci

când practica nu este uniformă și apare necesitatea de a stabili dacă poate fi ea privită ca practică ce a contribuit la crearea cutumei. Aceasta are loc deseori când statele nu întreprind acțiuni sau nu reacționează la ceva, însă cauza rămâne neclară. Drept exemplu de asemenea situație putem aduce analiza efectuată de Curtea Permanentă Internațională de Justiție în *cazul Lotus*, când Franța nu era de acord cu dreptul Turciei de a cerceta cauza accidentului ce avusese loc în marea liberă [5]. Franța insista că lipsa cazurilor de urmărire penală de acest gen este un argument al interzicerii unei asemenea urmăriri, în conformitate cu dreptul internațional cutumiar, excepție constituind dreptul statului de pavilion, la bordul căruia a avut loc acțiunea ilegală. Curtea, însă, nu a acceptat acest argument, deoarece nu era clară cauza abținerii altor state de la urmărirea penală – sau că ele considerau că nu aveau acest drept sau că erau de părere că aplicarea jurisdicției statului de pavilion era mai binevenită. Curtea a decis că nu există probe „ce ar demonstra că există obligația de a se abține de la acțiune” [5].

O altă situație asemănătoare a fost examinată de Curtea Internațională de Justiție în cazurile cu privire la platoul continental al Mării Nordului, când Danemarca și Țările de Jos insistau că există o normă cutumiară ce impune delimitarea platoului continental în baza principiului *echidistanței*, *inter alia* argumentul fiind – că așa au procedat mai multe state [8, p.42]. Curtea a constatat că argumentarea acțiunilor acestor state a fost ipotetică, de aceea nu putem concluziona că aceste state considerau că aplică o normă de drept internațional cutumiar [8, p.43-44, §76-77]. Altfel spus, statele care au delimitat platoul său continental conform principiului echidistanței acționau în baza acestui principiu, însă nimic nu demonstrează că ele se considerau legate de el. În principiu, anume în asemenea cazuri, când practica poate fi tratată în mod diferit – Curtea Internațională de Justiție și predecesorul său, Curtea Permanentă Internațională de Justiție, încercau să determine dacă pot ele să stabilească prezența separată a *opinio juris*, care ar demonstra că practica tratată în mod diferit *de facto* este luată în considerație la crearea dreptului internațional cutumiar [4, p. liii].

În acel domeniu al dreptului internațional, când multe norme necesită refuz de la un comportament oarecare, cazurile de inacțiune reprezintă o problemă deosebită la determinarea *opinio juris*, deoarece este necesar să demonstrăm că refuzul nu a fost ocazional, ci se bazează pe o inacțiune legitimă. Atunci când o asemenea cerință de refuz de la un oarecare comportament poate fi găsit în declarații și documente, necesitatea juridică, de regulă, poate fi demonstrată. Mai mult, cazuri de asemenea abținere pot avea loc și după ce comportamentul corespunzător a trezit dispute, ceea ce este la fel o demonstrație că abținerea nu a fost ocazională, deși nu este simplu să ajungi la concluzia că ea a avut loc din cauza conștientizării obligației juridice.

Să examinăm situații similare din dreptul internațional umanitar. Un exemplu al prezenței acestei probleme poate servi refuzul de la un comportament corespunzător în timpul unui conflict armat noninternațional, când regula expresă de a se abține de la un asemenea comportament poate fi găsită doar în dreptul convențional, aplicabil conflictelor armate internaționale. Drept exemplu poate servi cazul când se abțin de la aplicarea unor arme pe timp de conflict armat noninternațional, dacă interzicerea utilizării acestor arme a fost prevăzută printr-un tratat semnat anterior, atunci când normele ce se referă la conflictele armate noninternaționale nu au fost încă elaborate. Refuzul de la asemenea aplicare a armelor sau de la comportamentul interzis puțin probabil că va duce la un comentariu din partea altor state ce nu sunt antrenate în mod direct. Procesul de înaintare a acțiunilor sau a contractărilor nu duce la o claritate, dacă este vorba despre conflictele armate noninternaționale, deoarece, în cazul unui conflict armat internațional, două sau mai multe state sunt nemijlocit antrenate prin comportamentul reciproc, iar în cazul unui conflict armat noninternațional sunt atinse, în mod direct, interesele doar ale unui stat.

Constatăm că tribunalele și instanțele internaționale uneori ajung la concluzia că norma de drept internațional cutumiar există, dacă această normă este binevenită pentru procesul de menținere a păcii și a securității sau pentru protejarea personalității, cu condiția că nu există un *opinio juris* contrar. Drept exemplu pot servi hotărârile Tribunalului Internațional Militar de la Nürnberg, care a constatat că Convențiile de la Haga din 1907 au devenit drept cutumiar [7, p.253-254; art.119] și hotărârea Curții Internaționale de Justiție în cazul *Nicaragua* (1986), care a stabilit că norma privind neamestecul în afacerile interne și externe ale altui stat reprezintă o parte a dreptului internațional cutumiar [9, p.106-110, §202-209]. Însă, în cazul demonstrării exprese a prezenței unui *opinio juris* contrar din partea mai multor state, inclusiv a celor ce au „interese speciale”, în conformitate cu precedentul internațional, constatăm că prezența unei norme de drept internațional cutumiar nu a fost demonstrată. Această opinie poate fi găsită, de exemplu, în Avizul consultativ al Curții Internaționale de Justiție, în cazul cu privire la legalitatea utilizării armei nucleare de către un stat într-un

conflict armat, din 08.07.1996 [10], și în hotărârea arbitrală în cazul *Texaco versus Libya*, privind posibilitatea modificării legii ce se referă la compensare pentru expropriere [6, p.27-31]. (Referitor la opiniile vis-à-vis de Avizul sus-menționat *a se vedea* „Revue Internationale de la Croix-Rouge, 1997, n.823. Numéro spécial: l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice concernant la licéité de l'arme nucléaire et le droit international humanitaire” [11].)

Acest aspect al aprecierii dreptului cutumiar are o importanță deosebită, în special pentru dreptul internațional umanitar, luându-se în considerație că acest drept tinde de a reglementa comportamentul în scopuri umanitare. În unele cazuri este imposibil a determina prezența normei de drept internațional cutumiar, în pofida faptului că există o practică expresă a majorității ce apare drept argument în favoarea normei; în plus, o asemenea normă este binevenită.

Tratatele la fel pot fi aplicate ca probe la determinarea prezenței dreptului internațional cutumiar, deoarece constituie criteriu al faptului în ce mod statele privesc unele norme de drept internațional. De aceea, ratificarea, implementarea și interpretarea tratatului, inclusiv rezervele și declarațiile privind interpretarea, făcute după ratificare, au fost incluse în studiul „Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules” (Cambridge University Press, 2005), efectuat de CICR. Este evident că, în cazurile privind platoul continental al Mării Nordului, Curtea Internațională de Justiție a constatat că nivelul de ratificare a tratatului trebuie luat în considerație la aprecierea dreptului internațional cutumiar. În cazul dat, Curtea a stabilit că „numărul ratificărilor și aderărilor la moment (39), deși este esențial, nu poate fi considerat suficient”, în special în contextul în care practica din afara regimului tratatului era neuniformă [8, p.42, §73]. Și invers, în cazul *Nicaragua*, Curtea, la aprecierea caracterului cutumiar al normei privind neamestecul în afacerile interne, s-a referit mai mult la faptul că Carta ONU a fost ratificată de majoritatea statelor lumii, iar rezoluțiile corespunzătoare ale Adunării Generale a ONU sunt acceptate pe scară largă, în special prin Rezoluția nr.2625 (XXV) referitoare la relațiile amicale între statele membre, care a fost adoptată, fără a fi votată [9, p.99-100, §188]. În unele cazuri, prevederile unui sau altui tratat pot reflecta dreptul cutumiar, deși tratatul încă nu a intrat în vigoare, cu condiția că există o practică analogică suficientă, inclusiv practica statelor ce au interese speciale, de aceea este puțin probabil ca normele corespunzătoare să se ciocnească de o rezistență serioasă [8, p.33, §34].

În practică, elaborarea normelor convenționale contribuie la concentrarea opiniei publice mondiale și, bineînțeles, influențează comportamentul ulterior și *opinio juris* a statelor. Acest fapt a fost recunoscut de Curtea Internațională de Justiție în speța cu privire la platoul continental: „Nu necesită demonstrare acel fapt că normele de drept internațional cutumiar trebuie căutate, în primul rând, în practica existentă și în *opinio juris* a statelor, în pofida faptului că multiple convenții au un rol important la fixarea sau determinarea normelor” [8, p.47].

În așa fel, Curtea a recunoscut că tratatele pot participa la codificarea dreptului internațional cutumiar existent, dar pot constitui în același timp și bază pentru evoluția unor noi cutume, bazate pe normele ce se conțin în aceste tratate. Curtea chiar a declarat că „este posibil ca o participare foarte largă și reprezentativă la convenție să fie suficientă ea însăși, cu condiția că printre participanții la convenție sunt și statele ce au interese speciale” [8, p.48].

Asociația de drept internațional a generalizat acest drept, bazat pe precedent, declarând că tratatul multilateral poate, în așa fel, să coopereze cu norma cutumiară, prin intermediul a patru metode diferite:

- ✓ el poate mărturisi despre cutuma existentă;
- ✓ poate contribui la elaborarea unei noi cutume, prin intermediul practicii statelor sau să servească drept model pentru adoptarea tratatului;
- ✓ prin intermediul tratatului poate avea loc așa-numita „cristalizare” a cutumei în procesul de apariție;
- ✓ însuși tratatul poate da un imbold apariției unei noi cutume, în caz că norma existentă are un caracter normativ fundamental și este acceptată pe larg de state, în scopul de a crea o obligație juridică generală nouă [4, p.lvii].

Într-adevăr, după cum susțin autorii studiului sus-menționat „Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules”, nu putem constata existența oricărei forme de asemenea corelație, în lipsa examinării exemplurilor în fiecare caz concret [4, p.lvii].

Acest studiu rezultă din faptul că ratificarea largă constituie doar un indice și ea trebuie apreciată luându-se în considerație alte elemente ale practicii, în special practica statelor ce nu sunt parte la tratatul dat. Practica statelor ce nu sunt parte la tratat este considerată drept exemplu pozitiv de o mare importanță. Însă, practica opusă a acestor state este considerată drept un exemplu negativ. Compararea practicii statelor ce sunt parte la tratat și a celor ce nu sunt parte la el are o importanță majoră.

Studiul dat nu se limitează însă la practica statelor ce nu sunt parte la tratatele corespunzătoare, care fac parte din dreptul internațional umanitar [12]. Limitarea studiului doar la practica a treizeci și ceva de state, care nu au ratificat, de exemplu, Protocoalele adiționale din 1977, nu va corespunde cerinței, în conformitate cu care dreptul internațional cutumiar trebuie să se bazeze pe o practică largă și reprezentativă. De aceea, la determinarea existenței dreptului cutumiar s-a luat în considerație acel fapt că la momentul efectuării studiului Protocolul adițional I a fost ratificat de 162 de state, iar Protocolul adițional II – de 157 de state. În mod analogic, la aprecierea dreptului cutumiar se ia în considerație și faptul că Convențiile de la Geneva din 1949 au fost ratificate de 192 de state. La moment, părți la Convențiile de la Geneva sunt 194 de state; la Protocolul I – 166 de state și la Protocolul II – 162 de state [13].

Cele mai importante hotărâri judiciare privind caracterul cutumiar al prevederilor dreptului umanitar nu se referă la comentariile ce enumera normele care sunt considerate cutumiare. Acestea se referă, în special, la concluziile Tribunalului Militar de la Nürnberg, potrivit cărora Regulamentul de la Haga din 1907 „constituie în mod expres un pas înainte în comparație cu dreptul internațional existent la momentul adoptării Regulamentului, ... însă către 1939 aceste norme, enumerate în Convenție, au fost recunoscute de toate popoarele civilizate și erau privite ca o interpretare a conținutului legilor și a obiceiurilor de război” [7, p.253-254; art.119-125]. Aceasta se referă și la *cazul Nicaragua*, în care Curtea Internațională de Justiție a constatat că articolul 3, comun celor patru Convenții de la Geneva, reflectă „considerații elementare de umanism”, constituind un „standard minim”, aplicabil tuturor conflictelor armate [9, p.114, §218]. Aceeași poziție este susținută de Curtea Internațională de Justiție și în Avizul consultativ cu privire la legalitatea utilizării armei nucleare de către un stat într-un conflict armat, din 08.07.1996 [10]. Trebuie la fel să menționăm că, în raport cu Statutul Curții Penale Internaționale, Philippe Kirsch, Președintele CPI, a declarat: „Toți au căzut de acord cu faptul că noțiunile de infracțiuni în Statutul CPI trebuiau să reflecte dreptul internațional cutumiar, și nu să ducă la crearea de norme noi” [14].

Încercăm să presupunem că practica statelor poate influența și practica Consiliului de Securitate al ONU, în special la reglementarea diferitelor situații de criză și reacția Consiliului de Securitate în formă de rezoluții speciale, ce ar permite intervenții în scopuri umanitare sau de alt gen. Atenționăm că crearea normei cutumiare internaționale începe, de regulă, cu acceptarea unei practici sau declarații a unui stat sau grup de state. În lipsa unui protest din partea altor state, acest fapt poate fi înțeles ca o acceptare tacită a poziției acestui stat sau grup de state. Iată de ce studierea practicii, în special a rezoluțiilor Consiliului de Securitate al ONU, în noile condiții capătă o importanță primordială [3, p.14].

Importanța normelor cutumiare face actuală problema privind asigurarea reglementării funcționării lor, deoarece procesul de creare și de aplicare a normelor cutumiare este reglementat de însăși cutuma. Evident, ar fi fost binevenită codificarea normelor în cauză, însă această teamă, spre regret, nu figurează în Programul de lucru al Comisiei de drept internațional a ONU [15]. Soluția poate fi aplicarea prin analogie a dreptului codificat al tratatelor internaționale. Convențiile de la Viena cu privire la dreptul tratatelor au fixat nu doar regulile ce reflectă specificul tratatelor, ci și regulile comune tuturor normelor de drept internațional. Nimic de mirare, deoarece și normele convenționale și cele cutumiare posedă aceeași natură juridică și sunt aplicate în baza acelorași principii. De aceea, luând ca bază Convențiile de la Viena, vom încerca să formulăm regulile principale de funcționare a normelor cutumiare.

Orice stat posedă dreptul suveran de a participa la procesul de creare a normelor cutumiare. Capacitatea organizațiilor internaționale de a crea norme cutumiare este determinată de actul constitutiv sau de practica realizării acestor norme.

Se consideră că persoana cu funcție de răspundere sau organul de stat reprezintă statul sau organizația internațională în scopul creării sau adoptării normelor cutumiare, în cazul în care aceasta rezultă din legislația statului sau din actele organizației, precum și din practica realizării acestor norme.

Norma cutumiară de drept internațional este adoptată de majoritatea statelor care reprezintă principalele forme de civilizație și principalele sisteme de drept, altfel spus – de întreaga comunitate internațională.

Normele regionale și locale sunt adoptate cu acordul tuturor statelor sau organizațiilor cointeresate.

Acordul subiectului privind caracterul obligatoriu pentru el al normei de drept internațional general poate fi exprimat prin acceptarea expresă sau mutuală (lipsa protestului). Acordul în raport cu o normă cutumiară regională sau locală trebuie să fie exprimat în mod expres.

Întru argumentarea neîndeplinirii unei norme cutumiare cu caracter general, subiectele nu pot face trimitere la prevederea dreptului național. Norma cutumiară nu are caracter obligatoriu pentru subiectul care a recunoscut-o, în raport cu orice acțiune sau faptă, anterioară recunoașterii ei.

Norma cutumiară trebuie interpretată cu bună-credință, în lumina obiectului și scopului ei, în conformitate cu toate argumentele ce se referă la conținut, în spiritul principiilor și scopurilor de bază ale Cartei ONU.

#### Referințe:

1. Cloșcă I., Suceavă I. Dreptul internațional umanitar. - București: Șansa, 1992.
2. Haggemacher P. La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour Internationale // Revue générale de droit international public. - 1986. - Vol.90.
3. Gamurari V. Practica statelor (*usus*) ca element al normei de drept internațional cutumiar // Legea și Viața. - Septembrie 2006. - P.11-14.
4. Хенкергс Ж.-М. и Досвальд-Бек Л. Обычное международное гуманитарное право. Нормы. МККК, 2006.
5. Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale. SERIE A – № 10. Le 7 septembre 1927. Recueils des arrêts. Affaire de «Lotus». [http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie\\_A/A\\_10/30\\_Lotus\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf)
6. Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Libyan Arab Republic, Arbitral Award, 19 January 1977, §80-91, reprinted in International Legal Materials. - 1978. - Vol.17.
7. International Military Tribunal at Nuremberg, Case of the Major War Criminals, Judgement, 1 October 1946, Official Documents. Vol.I. [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7\\_1\\_1950.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf)
8. ICJ, North Sea Continental Shelf cases, Judgement, 20 February 1969, ICJ Reports, 1969. <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/csummaries/ccsommair690220.htm>
9. ICJ, Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States*), Merits, Judgement, 27 June 1986. ICJ Reports, 1986. [http://www.icj-cij.org/cijwww/ccases/cnus/cnus\\_cjudgment/cnus\\_cjudgment\\_19860627.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/ccases/cnus/cnus_cjudgment/cnus_cjudgment_19860627.pdf)
10. <http://www.icj-cij.org/cijwww/ccases/canw/canwframe.htm>
11. [http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/section\\_review\\_1997\\_316?OpenDocument](http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/section_review_1997_316?OpenDocument)
12. [http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/section\\_ihl\\_customary\\_humanitarian\\_law](http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/section_ihl_customary_humanitarian_law)
13. <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/genevaconventions>
14. [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-861-p9/\\$File/irrc\\_861\\_Kirsh.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-861-p9/$File/irrc_861_Kirsh.pdf)
15. <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>

Prezentat la 26.01.2007