Document:-
A/CN.4/SR.3225

Compte rendu analytique de la 3225e séance

sujet:
<plusiers des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2014, **vol. I**

Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(http://legal.un.org/ilc/)

Copyright © Nations Unies

d'organisations ou de conférences internationales », mais à la pratique pure et simple d'une organisation internationale, sans aucun lien implicite ou exprès avec la pratique des États. Deuxièmement, étant donné qu'il ne prévoit aucune restriction, il porte à croire que toute pratique d'une organisation internationale est pertinente, alors qu'à la lecture du deuxième rapport, il est clair que telle n'est pas l'intention du Rapporteur spécial. Il conviendrait donc, là aussi, de ne pas laisser au commentaire le soin d'apporter les précisions nécessaires. Troisièmement, rien dans le deuxième rapport n'emporte la conviction en ce qui concerne la proposition énoncée au paragraphe 3 du projet de conclusion. Les affaires citées par le Rapporteur spécial n'étayent pas vraiment son propos et la doctrine est très partagée sur le point de savoir si la pratique pure et simple d'une organisation internationale est pertinente pour analyser le droit international coutumier. Quatrièmement, outre que l'Union européenne est une organisation internationale atypique, le paragraphe 44 du deuxième rapport précise que ses États membres lui ont transféré des compétences exclusives, restriction importante que ne prévoit pas le paragraphe 4 du projet de conclusion 7. Enfin, le Rapporteur spécial n'a pas examiné la question de savoir s'il doit aussi y avoir une *opinio juris* de l'organisation internationale qui aille de pair avec sa pratique. Le paragraphe 4 du projet de conclusion 7 renvoie à la pratique des organisations internationales, mais pas le projet de conclusion 11. Le Rapporteur spécial peut-il donner des exemples d'organisations internationales qui adoptent un comportement parce qu'elles s'y croient obligées par le même droit international coutumier qui s'impose aux États ? Nombre d'entre elles résisteraient probablement à cette idée : étant donné que la Commission a élaboré des projets d'article complètement distincts sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[230] et sur la responsabilité des organisations internationales[231], et que la même dichotomie existe dans d'autres domaines, comme celui des immunités, on peut douter que les organisations internationales soient des acteurs du droit international coutumier de la même manière que les États. Peut-être serait-il plus juste de considérer que ce sont des acteurs différents qui opèrent dans des domaines différents du droit coutumier. Il semble, en tout état de cause, que beaucoup estiment que la pratique d'une organisation internationale n'est pas une source indépendante de pratique pertinente pour déterminer le droit international coutumier qui s'impose aux États. Si la Commission dit autre chose, elle devra se fonder sur une analyse très détaillée et approfondie de la pratique, de la jurisprudence et de la doctrine et donner des exemples appropriés.

29. En ce qui concerne le projet de conclusion 8, M. Murphy fait observer que, s'il n'y a effectivement pas de hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique, il existe néanmoins une certaine hiérarchie dans des cas précis – à défaut, le comportement du shérif d'une petite ville des États-Unis aurait autant de poids que celui du Ministère de la justice, et la décision d'un tribunal municipal autant qu'une décision de la Cour suprême, ce qui serait d'autant plus un problème que, conformément au paragraphe 2 du projet de conclusion, il convient d'« accord[er] moins de poids à la pratique des organes de l'État dès lors qu'ils ne parlent pas d'une même voix ». Peut-être suffirait-il, pour y remédier, d'indiquer que les organes en question sont « les plus hauts organes compétents ».

30. En ce qui concerne le projet de conclusion 9, M. Murphy propose, étant donné que le terme « pratique générale » est employé tout au long du projet de conclusions, de reformuler le début du paragraphe 1 comme suit : « On entend par pratique générale une pratique répandue […] », et, par souci de cohérence, d'intituler le projet de conclusion « La pratique générale doit être répandue, représentative et constante ». Peut-être faudrait-il aussi préciser que, dans certains cas, la pratique n'est pas prise en considération – par exemple, celle qui est contraire à l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies et qui est considérée comme illégale par les États. Pour ce qui est du projet de conclusion 10, on pourrait envisager, au paragraphe 1, de remplacer « s'accompagne d'un » par « naît d'un » et ajouter « droit ou » avant « obligation ». On pourrait aussi ajouter un paragraphe 3 libellé comme suit : « Dans certains cas, un État peut s'écarter d'une pratique générale acceptée comme étant le droit parce qu'il croit qu'une nouvelle pratique sera suivie et acceptée comme étant le droit par d'autres États. Dans ces circonstances, le droit peut évoluer dans le temps. » En ce qui concerne le projet de conclusion 11, M. Murphy propose de déplacer le membre de phrase « affirme ce qui est ou n'est pas la règle de droit international coutumier », de sorte que le paragraphe 2 se lirait comme suit : « Les formes de preuves qui affirment ce qui est ou n'est pas la règle de droit international coutumier comprennent, sans s'y limiter […]. » En outre, pour refléter plus fidèlement l'analyse figurant au paragraphe 74 du deuxième rapport, le paragraphe 4 pourrait être modifié comme suit : « L'acceptation comme étant le droit par un État n'est en général pas prouvée par la seule pratique sous-jacente. »

31. En conclusion, M. Murphy est favorable au renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

La séance est levée à 13 heures.

3225e SÉANCE

Jeudi 17 juillet 2014, à 10 heures

Président : M. Kirill GEVORGIAN

Présents : M. Caflisch, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, Mme Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, Mme Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

---

[230] Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77. Voir aussi la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe.

[231] Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 38 et suiv., par. 87 et 88. Voir aussi la résolution 66/100 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011, annexe.

Organisation des travaux de la session (*suite*[*])

[Point 1 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT appelle l'attention sur le programme de travail pour les trois dernières semaines de la session. En l'absence d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter ce programme.

2. M. KITTICHAISAREE relève que peu de temps semble avoir été alloué au sujet de l'application provisoire des traités.

3. Le PRÉSIDENT souligne que le programme de travail est provisoire et pourra être modifié s'il faut davantage de temps pour débattre d'un sujet particulier. Il demande si la Commission souhaite adopter le programme de travail sur cette base.

Il en est ainsi décidé.

Détermination du droit international coutumier (*suite*) [A/CN.4/666, partie II, sect. D, A/CN.4/672]

[Point 9 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

4. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur la détermination du droit international coutumier (A/CN.4/672).

5. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, faisant référence à la proposition du Rapporteur spécial tendant à employer l'expression «acceptée comme étant le droit» de préférence à celle d'«*opinio juris*», dit que c'est davantage dans les milieux universitaires que dans la pratique que cette dernière expression avait posé des problèmes. L'expression «*opinio juris*» est fréquemment employée par la Cour internationale de Justice et d'autres tribunaux internationaux et nationaux, ainsi que par les États et dans la doctrine; elle reflète la nature souple et dynamique du droit international coutumier et évite des interprétations littérales ou erronées auxquelles la solution de remplacement proposée risque de donner lieu. Le Rapporteur spécial lui-même renvoie à l'*opinio juris* à plusieurs reprises dans son deuxième rapport. M. Vázquez-Bermúdez est donc d'accord avec ceux qui ont proposé que cette expression soit substituée à celle d'«acceptée comme étant le droit» partout où celle-ci est employée dans le projet de conclusions. Il doit rester clair que l'élément subjectif de la coutume, sous quelque forme que l'on y fasse référence, n'est pas la même chose que le consentement de l'État ou la volonté des États: c'est au contraire la conviction qu'une pratique particulière est nécessaire en vertu du droit international. Le projet de conclusion 10 explique d'une certaine façon cette distinction mais devra être légèrement modifié.

6. Certains membres de la Commission ont dit que, au paragraphe 1 du projet de conclusion 1, il faudrait remplacer «méthodologie» par «méthode». M. Vázquez-Bermúdez pourrait souscrire à cette proposition mais préférerait que l'on emploie «méthode» au pluriel, car il existe plus d'une méthode permettant de déterminer l'existence et la portée du droit international coutumier.

7. Un moyen de déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier consiste à procéder à une analyse exhaustive d'une pratique particulière et de l'*opinio juris* qui l'accompagne; cependant, comme le Président de la Cour internationale de Justice l'a souligné, la Cour n'a pas procédé à une telle analyse pour chaque règle réputée être coutumière dans une affaire particulière, préférant s'appuyer sur la meilleure et la plus immédiate des preuves disponibles pour déterminer si une règle coutumière existait. Parfois, la Cour a examiné la pratique directement; le plus souvent, elle a examiné des éléments tirés de la codification ou de sources subsidiaires du droit international, y compris de projets d'articles élaborés par la Commission et de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. Elle a souvent reconnu l'existence d'une règle de droit international coutumier dans la forme dans laquelle celle-ci avait été codifiée, notamment lorsqu'une règle avait acquis le statut de règle coutumière après codification. Il est exceptionnel que la Cour procède à un examen exhaustif de la pratique des États.

8. La Cour et la Commission ont chacune une influence notable sur les travaux de l'autre. La Cour influence également les autres juridictions internationales, les États et les juridictions internes, qui ne refont pas le travail effectué par la Cour pour déterminer l'existence et la portée d'une règle coutumière. Il serait utile que le Rapporteur spécial se réfère à la pratique de la Cour et à son autorité reconnue, que la Commission partage, pour déterminer les règles du droit international coutumier.

9. Le projet de conclusion 1 fait référence aux «normes impératives de droit international (*jus cogens*)», mais celui-ci devrait être qualifié de «général» tant dans le corps du texte que dans le commentaire, de sorte que ce membre de phrase se lirait «normes impératives de droit international général (*jus cogens*)». Cela permettrait de l'aligner sur le libellé de la Convention de Vienne de 1969 et indiquerait qu'une règle de *jus cogens* est d'application universelle.

10. Il ne semble pas nécessaire de faire figurer des définitions du droit international coutumier et des organisations internationales dans le projet de conclusions; si elles sont retenues, ces définitions devront être examinées dans le détail par le Comité de rédaction. M. Vázquez-Bermúdez ne voit aucune raison pour laquelle les organisations internationales, qui sont des sujets de droit international et jouissent d'une personnalité juridique distincte de celle de leurs États membres, ne pourraient pas contribuer à la formation du droit international coutumier. Si telle était l'intention qui sous-tend l'insertion du terme «avant tout» dans le projet de conclusion 5, celui-ci pourrait être retenu. Cela étant, l'objet du projet de conclusion n'est pas très clair, étant donné qu'il est intitulé «Rôle de la pratique».

11. Passant au projet de conclusion 7, M. Vázquez-Bermúdez dit qu'il est favorable à ce que les actes et l'inaction des organisations internationales soient mentionnés à titre d'exemples de pratique, mais souligne que les résolutions

[*] Reprise des débats de la 3222e séance.

des organes et des conférences des organisations internationales devraient être prises en considération dans le contexte des circonstances de leur adoption. Les explications de vote ont tendance à émaner des États qui votent contre une résolution particulière ou s'abstiennent de voter. Prendre ces déclarations comme preuve de la pratique ou *opinio juris* en ne tenant pas compte des votes risque de fausser l'analyse et de favoriser une position minoritaire. Les actes accomplis dans le cadre de ces résolutions ne devraient pas être considérés isolément des résolutions elles-mêmes. Les États sont particulièrement prudents lors de la négociation et de l'adoption de résolutions dans les instances internationales, car ils ont conscience des conséquences juridiques que ces résolutions peuvent avoir. La large représentation des États dans les organisations internationales donne lieu à une contribution tout aussi large à la pratique et à l'*opinio juris*.

12. Compte tenu du principe fondamental de l'égalité souveraine des États, le paragraphe 4 du projet de conclusion 9 devrait être supprimé. Tous les États, et pas seulement ceux qui sont particulièrement intéressés, sont concernés par le contenu, la portée, la formation et le développement du droit international général dans tous les domaines, et leur pratique devrait avoir le même poids.

13. Enfin, M. Vázquez-Bermúdez est favorable au renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

14. M. TLADI dit que le deuxième rapport et les projets de conclusion qui y figurent sont en grande partie fidèles aux objectifs que la Commission s'est fixés pour ses travaux sur le sujet, en ce qu'ils parviennent à établir un équilibre entre le normatif et le descriptif. Il approuve l'approche des « deux éléments » appliquée à la détermination du droit international coutumier, mais il lui semble parfois qu'un élément crucial du sujet a été perdu. À l'origine, le titre du sujet était la « formation » du droit international coutumier, et on l'avait modifié pour éviter les difficultés de traduction, non pour changer l'orientation des travaux sur le projet[232]. Le deuxième rapport ne mentionne la formation du droit international coutumier qu'en passant, mais M. Tladi espère que cet aspect apparaîtra davantage dans les rapports futurs, en tant qu'élément essentiel des travaux de la Commission. Il sera peut-être nécessaire de modifier le projet de conclusion 1 à cette fin. D'un autre côté, le projet de conclusion 5 indique clairement que la Commission s'attache à étudier la formation aussi bien que la détermination du droit international coutumier.

15. M. Tladi fait écho aux doutes du Rapporteur spécial concernant la nécessité de définir le « droit international coutumier », mais pour des raisons différentes : s'il peut y avoir confusion quant à la façon dont le droit international coutumier se forme et est déterminé, il n'y a guère de doute quant au sens de ce terme. Il n'est pas non plus nécessaire de définir ce qu'on entend par « organisation internationale », en l'absence de circonstance particulière exigeant que l'on indique autre chose que la définition d'un manuel ordinaire.

16. En ce qui concerne le point de savoir s'il existe des approches différentes de la détermination des règles du droit international coutumier dans différents domaines du droit international, M. Tladi s'interroge sur l'assertion, figurant au paragraphe 28 du deuxième rapport, selon laquelle tel n'est pas le cas. Les variations dans la manière dont les cours et tribunaux internationaux abordent cette question pourraient en effet indiquer qu'il existe des approches différentes, et la Commission devrait examiner en quoi et pourquoi tel pourrait être le cas, au lieu de dire simplement, comme le Rapporteur spécial, que les deux éléments sont nécessaires et que toute autre approche risque de diviser artificiellement le droit international. Comme l'a relevé M. Park, l'approche des deux éléments ne doit pas être préconisée de manière trop rigide.

17. Il faudrait remédier à la redondance des projets de conclusions 2 et 3, de préférence en supprimant la définition de « droit international coutumier » dans le projet de conclusion 2. Le projet de conclusion 3 devrait rendre compte de l'idée que tant la formation que la détermination du droit international coutumier suivent la même approche de base. Si le projet de conclusion 4 est jugé nécessaire, il pourrait être réuni en un seul avec le projet de conclusion 3 ou le projet de conclusion 8, bien que celui-ci ne traite pas de la notion d'acceptation comme étant le droit.

18. S'il convient avec le Rapporteur spécial que les résolutions des organes des organisations internationales peuvent servir de preuve de la pratique des États, M. Tladi souligne que ces résolutions ne devraient pas être considérées isolément : au contraire, le processus de négociation et d'adoption de ces textes devrait être analysé dans son ensemble, et l'accent mis en particulier sur les positions prises par des États individuels. Il convient également que l'inaction peut être considérée comme une pratique. Cela étant, le projet de conclusion 7 devrait refléter une nuance supplémentaire : le fait qu'un haut représentant de l'État n'ait jamais été poursuivi peut indiquer qu'il jouissait de l'immunité *ratione personae* si, et seulement si, les autorités compétentes ont envisagé de le poursuivre mais ont finalement décidé de ne pas le faire.

19. En ce qui concerne les projets de conclusions 5 et 7, M. Tladi souscrit à la proposition selon laquelle la recherche de la pratique vise principalement la pratique des États.

20. Les cas dans lesquels la pratique d'entités autres que les États est utilisée sont exceptionnels, même s'ils peuvent se produire. La conduite des organisations internationales peut refléter la pratique des États, et dans certaines circonstances, la pratique des organisations internationales elles-mêmes peut être pertinente. M. Tladi espère que ces exceptions seront couvertes dans le troisième rapport du Rapporteur spécial.

21. Pour ce qui est du projet de conclusion 8, M. Tladi partage les préoccupations exprimées au sujet du moindre poids à accorder à la pratique d'un État dès lors que ses divers organes ne parlent pas d'une même voix, car cette approche ne tient pas compte du pouvoir relatif de ces organes. L'importance des décisions de la plus haute juridiction d'un pays ne saurait être amoindrie à cause de la

[232] Voir *Annuaire… 2013*, vol. I, 3186e séance, p. 114, par. 21, et ibid., vol. II (2e partie), p. 69, par. 65 et 69.

pratique contraire d'un directeur municipal. M. Tladi partage également l'avis selon lequel la pratique des « États particulièrement intéressés » ne doit pas être interprétée comme signifiant la pratique des « États puissants » ni même des cinq membres permanents du Conseil de sécurité, car cela pourrait avoir des incidences sur le principe de l'égalité souveraine des États. La Commission devra donc peut-être définir ce que l'on entend par « États particulièrement intéressés » aux fins du paragraphe 4 du projet de conclusion 9.

22. Enfin, M. Tladi ne souscrit pas à la critique de M. Murase, pour qui l'énumération des mêmes sources pour servir de preuve de la pratique et de l'*opinio juris* revient à une double prise en considération et est incompatible avec l'approche des deux éléments. Il ne fait aucun doute qu'une résolution adoptée tous les ans sur une question particulière constitue une pratique ; si elle contient des dispositions exhortatoires, elle constitue aussi une *opinio juris*. Enfin, M. Tladi dit qu'il est favorable au renvoi du projet de conclusions au Comité de rédaction.

23. M. FORTEAU, tout en louant la rigueur intellectuelle du deuxième rapport du Rapporteur spécial, dit que le nombre de questions soulevées dans les nombreux projets de conclusion risque de provoquer l'arrêt des travaux du Comité de rédaction. Des questions encore plus complexes devant être examinées l'année suivante, il serait utile d'en savoir davantage sur ce qui est prévu, notamment en ce qui concerne la forme et le contenu des commentaires.

24. Après avoir appelé l'attention sur un problème de traduction en français de l'intitulé du projet de conclusions, M. Forteau dit que l'expression *opinio juris*, que le Rapporteur spécial a choisi d'éviter pour des raisons théoriques et conceptuelles, devrait être réintroduite parce qu'elle est largement employée par les États, dans la doctrine et dans les décisions des cours et tribunaux internationaux, et qu'elle permet de remplacer simplement la périphrase compliquée qui est proposée. Cette expression reflète aussi le fait que la formation de la coutume ne repose pas sur l'acceptation individuelle de chaque membre de la communauté internationale, mais sur une opinion généralement partagée au sein de cette communauté.

25. M. Forteau approuve l'orientation générale du projet de conclusions, et il souscrit pleinement à l'approche des deux éléments pour ce qui est de la détermination du droit international coutumier. Dans le projet de conclusion 1, il faudrait faire référence non seulement à l'existence et au contenu des règles coutumières, mais aussi à leur champ d'application, de manière à laisser le champ ouvert à l'examen de la question de l'objecteur persistant et des coutumes régionales non universelles. Il faudrait en outre parler, non pas de « méthodologie » mais de « règles », terme plus précis dans le contexte du sujet, qui porte sur les règles secondaires du droit international qui permettent de déterminer à quelles conditions et quand une règle peut être considérée comme étant de nature coutumière.

26. Pour ce qui est du projet de conclusion 5, M. Forteau ne croit pas que c'est avant tout la pratique des États qui contribue à la formation de règles du droit international coutumier. Si cela peut être vrai pour les règles concernant les relations entre États, le droit international ne se limite pas à ces relations. La pratique des organisations internationales est directement pertinente. Le projet de conclusion 5 devrait donc être supprimé ou profondément remanié.

27. Au projet de conclusion 7, le paragraphe 2 devrait faire référence aux actes législatifs, mais aussi aux actes administratifs ; le paragraphe 3 paraît prématuré, puisque le troisième rapport du Rapporteur spécial traitera la question de l'inaction. Le paragraphe 3 du projet de conclusion 11 paraît également prématuré, pour la même raison. Seuls certains types d'inaction peuvent valoir pratique. L'inaction peut être directe, comme dans le cas du respect d'une interdiction coutumière, ou indirecte, comme dans celui de l'absence d'opposition à la pratique d'autres États, ainsi qu'en témoigne l'arrêt qu'a récemment rendu le Tribunal international du droit de la mer dans l'affaire du *Navire « Virginia G »* (par. 218). Le paragraphe 4 du projet de conclusion 7 fera l'objet d'un examen plus approfondi à la lumière du troisième rapport du Rapporteur spécial, mais M. Forteau souligne que, comme les organisations internationales jouissent de la personnalité juridique, leurs pratiques sont imputables aux organisations elles-mêmes, et non à leurs membres individuels, ce que reflète de manière appropriée l'emploi du terme « pratique générale » de préférence à « pratique des États ».

28. Plutôt que d'accorder moins de poids à la pratique des États dont les organes ne parlent pas d'une même voix, comme il est proposé au projet de conclusion 8, il faudrait plutôt s'efforcer d'établir la constance d'une pratique particulière. La nécessité de tenir compte de toute pratique connue de l'État, qui est énoncée au paragraphe 2 du projet de conclusion 8, soulève deux difficultés : comment la Commission peut-elle contribuer à rendre la pratique des États plus accessible aux praticiens, et qu'entend-on par « connue » au sens juridique ? Est-il réaliste d'attendre des juges, en particulier dans les tribunaux internes, qu'ils partent à la recherche de toute la pratique connue de l'État en ce qui concerne une règle particulière, ou doivent-ils se fier aux éléments de preuve présentés par les parties à une affaire ? M. Forteau dit qu'il s'interroge à propos de l'emploi même du terme « preuve » dans le cadre de la détermination du droit international coutumier, et il propose que les projets de conclusions 4, 8 et 11 fassent plutôt référence à des « moyens » ou à des « modes » d'établissement de la pratique et de l'*opinio juris*. Selon le principe *jura novit curia*, c'est au juge, et non aux parties, qu'il appartient de déterminer le droit.

29. Dans le projet de conclusion 9, il faudrait aligner la manière dont les paragraphes 2 et 3 se réfèrent au degré de généralité et de constance que doit présenter une pratique aux fins d'établir une règle de droit international coutumier. Le paragraphe 4 semble aller trop loin dans l'interprétation des décisions de la Cour internationale de Justice concernant la pratique des États particulièrement intéressés ; il risque d'être source d'inégalités entre les États. M. Forteau approuve le principe énoncé au paragraphe 4 du projet de conclusion 11, parce qu'un même document peut tout à fait permettre d'établir à la fois une pratique et une *opinio juris*.

30. Enfin, M. Forteau recommande que le projet de conclusions soit renvoyé au Comité de rédaction.

31. M. CANDIOTI, faisant référence à la remarque de M. Forteau pour qui il serait préférable de parler de « règles » plutôt que de « méthodologie » dans le projet de conclusion 1, rappelle que l'objectif initial des travaux sur le sujet est de produire un guide destiné aux praticiens[233] et non d'élaborer des règles secondaires permettant de déterminer l'existence du droit international coutumier.

32. M. MURASE, se référant aux observations faites par M. Forteau et M. Tladi, dit qu'en ce qui le concerne, il n'a pas compris que le Rapporteur spécial avait pour intention d'examiner le contenu de l'*opinio juris*.

33. M. PETRIČ dit que l'économie générale et la formulation des projets de conclusion lui semblent acceptables et que les 11 textes devraient être renvoyés au Comité de rédaction. Les projets de conclusion étant censés être utiles aux praticiens, ils devraient être aussi explicites que possible, même si certains d'entre eux risquent de sembler aller de soi à des experts en droit international.

34. En ce qui concerne le projet de conclusion 1, M. Petrič convient avec M. Park qu'il faudrait remplacer le terme « méthodologie » par un terme plus approprié.

35. S'agissant du projet de conclusion 2, M. Petrič souscrit à la proposition du Rapporteur spécial tendant à adopter une définition du droit international coutumier fondée sur le libellé du Statut de la Cour internationale de Justice. Étant donné que le Statut est l'un des instruments juridiques internationaux les plus largement acceptés, la Commission ne devrait pas s'écarter notablement de sa lettre et de son esprit, en particulier de l'Article 38.

36. On ne voit pas bien pourquoi le Rapporteur spécial, lorsqu'il se réfère au droit international coutumier, ne parle que de « règles ». Il est bien connu que certains principes établis dans des traités internationaux, qui ne lient que les parties entre elles, peuvent ensuite être généralement acceptés par des non-parties à un traité particulier et, par voie de conséquence, faire partie du droit international coutumier. Il serait utile que le Rapporteur spécial précise le raisonnement qui sous-tend sa décision et insère également une explication correspondante dans le commentaire.

37. Il convient d'indiquer clairement que, sauf lorsqu'il est codifié, le droit international coutumier est un droit non écrit, et il faudrait également envisager les conséquences de ce fait s'agissant de sa détermination et de son interprétation.

38. En ce qui concerne le projet de conclusion 3, il serait utile, dans le commentaire ou dans le corps du texte, d'indiquer qui est responsable de la détermination de l'existence d'une règle de droit international coutumier. Dans le contexte d'un litige, ce sera probablement un tribunal, un arbitre ou un organe d'une organisation internationale. La question, cependant, est de savoir si les États eux-mêmes sont libres de déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier en affirmant qu'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit.

39. En ce qui concerne le projet de conclusion 5, M. Petrič partage les préoccupations exprimées par les orateurs qui l'ont précédé au sujet de l'expression « avant tout ». Si cette expression doit être retenue, il faudra expliquer clairement quel type de pratique, autre que la pratique des États, contribue à la création de règles du droit international coutumier : à défaut, « avant tout » pourrait être compris comme indiquant qu'il y a une hiérarchie de la pratique entre les différents contributeurs au droit international coutumier. En outre, l'emploi de ce terme n'est pas logique au regard du projet de conclusion 6, qui ne vise que la pratique des États.

40. Au paragraphe 40 du deuxième rapport, le Rapporteur spécial cite une liste non exhaustive des principales formes de pratique, y compris la « jurisprudence internationale et interne ». Or, dans le projet de conclusion 7, il n'est fait nulle mention des décisions de tribunaux internationaux ; compte tenu des futurs utilisateurs du projet de conclusions, il pourrait être utile d'expliquer la raison de cette omission.

41. En outre, alors que la liste non exhaustive des types de pratique de l'État figurant au paragraphe 41 du deuxième rapport comprend la catégorie des actes et correspondance diplomatiques, elle ne mentionne pas l'acte de reconnaissance, même si la reconnaissance d'une coutume, d'une situation ou d'une demande est un acte diplomatique important qui produit des effets juridiques. Il n'y a de surcroît aucune mention des démarches. Il serait utile que ces omissions soient expliquées.

42. Le paragraphe 3 du projet de conclusion 7, qui traite de l'inaction, devrait être expliqué en détail dans le commentaire, ou même faire l'objet d'un projet de conclusion distinct.

43. Le paragraphe 1 du projet de conclusion 8, qui dispose qu'il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique, est contredit par le paragraphe 2, qui porte à croire que la pratique d'un organe de l'État peut avoir plus de poids que celle d'un autre.

44. En ce qui concerne le projet de conclusion 9, M. Petrič convient que la pratique doit être générale et répandue. Il souscrit également à l'avis exprimé au paragraphe 53 du deuxième rapport par le Rapporteur spécial, selon qui la pratique à laquelle se livrent un nombre relativement réduit d'États peut créer une règle en l'absence de toute pratique contraire. Cependant, la question se pose de savoir si, en l'absence d'opposition d'un autre État, la pratique d'un seul État suffit à la création d'une règle coutumière. Si cette question est largement hypothétique, il y a dans ce domaine une affaire célèbre, celle du comportement juridique des États-Unis à la suite de leur atterrissage sur la Lune, qui a conduit à l'affirmation du statut juridique de la Lune et des autres corps célestes, considérés comme *res communis omnium*.

45. S'il est pour l'essentiel d'accord avec le projet de conclusion 10, M. Petrič n'est pas certain que l'expression « s'accompagne d'un sentiment d'obligation juridique » soit appropriée. Selon lui, il doit y avoir davantage qu'un simple « sentiment » que la pratique en question est perçue comme une obligation légale. Les mots « conscience » ou « compréhension » pourraient être des substituts appropriés.

[233] *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 70, par. 160.

46. M. Petrič souscrit dans l'ensemble au projet de conclusion 11, relatif à la preuve de l'acceptation comme étant le droit, mais il propose que le Rapporteur spécial envisage de prêter une certaine attention dans le commentaire à la question de ce que l'on appelle l'opinion publique professionnelle, autrement dit l'avis des experts et des organismes tels que l'Association de droit international, en tant qu'élément contribuant à la notoriété de ce qui est accepté comme étant le droit.

47. M. KITTICHAISAREE dit que, étant donné qu'il est convaincu que le processus de détermination doit être pratique et réaliste, il prend note avec satisfaction du projet de conclusion 4, qui dispose qu'il faut tenir compte du contexte, notamment des circonstances de l'espèce. À cet égard, la Commission pourrait s'interroger sur la nécessité de suivre ce que le Président de la Cour internationale de Justice a recensé comme étant les quatre méthodes spécifiques qui ont joué un rôle important dans l'appréciation, par la Cour, des preuves du droit international coutumier, selon les circonstances de l'espèce. Ces méthodes sont la référence aux traités multilatéraux et à leurs travaux préparatoires, la référence aux résolutions de l'Organisation des Nations Unies et autres documents non contraignants rédigés dans des termes normatifs, l'analyse de l'applicabilité d'une règle aux circonstances de l'espèce par voie de déduction, et le recours à l'analogie.

48. Dans un monde qui compte près de 200 États et divers autres acteurs internationaux, c'est à raison que le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 et le paragraphe 2 du projet de conclusion 11 visent toutes les formes possibles de preuves de la pratique et de l'acceptation comme étant le droit, respectivement. Les principales difficultés, cependant, consistent à savoir comment établir qu'une pratique particulière s'accompagne d'un « sentiment d'obligation juridique », comme le prévoit le paragraphe 1 du projet de conclusion 10, et comment identifier les situations dans lesquelles la double prise en considération est autorisée par le paragraphe 4 du projet de conclusion 11.

49. En ce qui concerne l'assertion du Rapporteur spécial qui dit, au paragraphe 27 de son deuxième rapport, que la Déclaration de Londres de l'Association de droit international sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général[234] tend à minimiser le rôle de l'élément subjectif dans la détermination du droit international coutumier, M. Kittichaisaree fait valoir que cette déclaration doit être considérée dans son contexte. L'Association a à juste titre fait une distinction entre les différentes étapes de la vie d'une règle coutumière et a conclu qu'il n'était pas toujours nécessaire d'établir l'existence de l'élément subjectif du droit international coutumier séparément de l'existence de l'élément objectif[235]. En outre, le « paradoxe » ou « raisonnement circulaire » mentionné au paragraphe 66 du deuxième rapport a été résolu par l'Association, qui a déclaré qu'une fois qu'une règle coutumière serait établie, les États croiraient naturellement à son existence, mais que cela ne prouvait pas nécessairement que l'élément subjectif devait être présent lors de la formation de la règle[236].

50. En ce qui concerne l'application de l'approche des deux éléments dans les différentes branches du droit international, dont il est question au paragraphe 28, M. Kittichaisaree dit que le projet de conclusion 4 énonce correctement le fait que la détermination d'une règle particulière du droit international coutumier dans un domaine quelconque doit être effectuée en tenant compte de son contexte, notamment des circonstances de l'espèce.

51. Le paragraphe 62 du deuxième rapport énonce la notion selon laquelle lorsqu'un État agit conformément à son obligation conventionnelle, cet acte ne démontre généralement pas l'existence d'une *opinio juris*. Dans ce contexte, il faut surmonter la difficulté que crée le fait qu'à mesure que le nombre de parties à un traité augmente, il devient plus difficile d'apprécier l'état du droit coutumier hors du droit conventionnel : dans le cas des traités largement ratifiés, seuls quelques États créent des règles de droit coutumier. En effet, dans certains cas, notamment ceux des quatre Conventions de Genève de 1949, il est pratiquement impossible d'apprécier l'état du droit coutumier hors du droit conventionnel, car il n'y a pratiquement pas d'États en dehors de ce régime conventionnel. Afin de clarifier la relation entre droit coutumier et droit conventionnel, la Commission devrait examiner la classification des manières dont un traité peut interagir avec le droit coutumier faite en 1978 par le juge Jiménez de Aréchaga, Président de la Cour internationale de Justice. Selon ce juge, un traité peut avoir un effet déclaratoire en portant codification du droit existant, avoir un effet cristallisant en portant codification d'une règle émergente, et avoir un effet générateur et représenter une preuve constitutive de l'acceptation comme étant le droit, ce qui contribuerait à la formation du droit coutumier[237].

52. Au paragraphe 66 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial soutient que l'élément subjectif du droit international coutumier a suscité davantage de difficultés en théorie qu'en pratique. Étant donné que l'arrêt le plus récent rendu par un tribunal international qu'il cite à l'appui de cette affirmation remonte à 1970, M. Kittichaisaree se demande si des règles du droit international coutumier se sont formées plus récemment sur la base des critères établis en 1969 par la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*. Dans l'affirmative, le Rapporteur spécial devrait expliquer comment ces règles ont été reconnues et quels facteurs ont contribué à ce qu'elles le soient en tant que telles.

53. Il est indiqué au paragraphe 70 du deuxième rapport que certaines pratiques peuvent en elles-mêmes rapporter la preuve de l'*opinio juris* ou servir à la fois à fonder la pratique nécessaire et à la faire accepter comme étant le droit. Toutefois, au paragraphe 74, il est dit que le même comportement ne devrait pas servir dans un cas à prouver

[234] London Statement of principles applicable to the formation of general customary international law, voir *supra* la note 223.

[235] Voir le paragraphe *b* 4 du commentaire de la partie I de la Déclaration de Londres.

[236] Voir le paragraphe 10 *b* de l'introduction de la Déclaration de Londres.

[237] E. Jiménez de Aréchaga, « International Law in the Past Third of a Century », dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978-I*, vol. 159, p. 9 et suiv., à la page 14.

à la fois la pratique et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit. Ces deux paragraphes étant contradictoires, des explications supplémentaires sont nécessaires pour clarifier la règle énoncée au paragraphe 4 du projet de conclusion 11. M. Kittichaisaree propose, pour surmonter cette contradiction, que l'on indique que la pratique constante des États peut prouver l'acceptation comme étant le droit, et vice versa.

54. Le terme « organisation internationale » qui figure à l'alinéa *b* du projet de conclusion 2 doit s'entendre comme recouvrant des entités internationales telles que l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), prédécesseur de l'OMC. Deuxièmement, le projet de conclusion 4 devrait préciser quelles circonstances sont importantes dans le cadre de l'appréciation de la preuve d'une pratique générale. Troisièmement, le Rapporteur spécial pourrait traiter de l'évaluation du consensus dans le contexte des résolutions des organes délibérants des organisations ou des conférences internationales. Bien que cette question soit abordée au paragraphe 76 *g* du deuxième rapport, aucune conclusion n'est proposée en ce qui concerne les résolutions adoptées par consensus.

55. Quatrièmement, bien que l'inaction puisse être considérée comme une preuve de la pratique des États, en particulier lorsqu'elle est qualifiée d'acquiescement, il n'en est pas toujours ainsi. Le silence en l'absence d'obligation de parler n'implique pas nécessairement le consentement. Étant donné que la manière dont les affaires internationales sont menées diffère d'une région à l'autre, l'inaction ne saurait être interprétée de manière uniforme. Le commentaire devrait apporter des précisions sur le moment où l'inaction peut être interprétée comme étant un acquiescement. La Commission doit élaborer des critères pour répondre à des questions fondamentales ayant trait, par exemple, au degré d'inaction nécessaire, à la relation entre l'action et l'inaction et au rôle de l'objecteur persistant dans ce contexte.

56. Enfin, en ce qui concerne le poids à accorder à la pratique de l'État lorsque ses organes ne parlent pas d'une même voix, il est nécessaire d'examiner quels organes sont habilités par la loi et/ou la Constitution à s'exprimer sur une question particulière et si la position de l'organe doit être considérée comme représentant la pratique de l'État pour l'État en question.

57. En conclusion, M. Kittichaisaree recommande que les projets de conclusion soient renvoyés au Comité de rédaction.

58. M. HASSOUNA dit qu'il souscrit à l'approche des « deux éléments » et qu'il approuve la formulation minutieuse des projets de conclusions 2 et 3. À l'instar du Rapporteur spécial, il rejette l'opinion selon laquelle la détermination du droit international coutumier peut varier en fonction de la branche spécifique du droit international ; accepter ce point de vue risquerait de créer des divisions artificielles au sein du droit international dans son ensemble. Le commentaire devrait néanmoins indiquer que le poids respectif à accorder à chacun des deux éléments peut varier selon la branche du droit international en question.

59. En ce qui concerne le projet de conclusion 4, il serait utile que le Rapporteur spécial précise le sens des termes « notamment des circonstances de l'espèce », qui semblent être subsumés sous l'expression « il faut tenir compte du contexte ». La formule « il faut tenir compte » est trop prescriptive et pourrait être remplacée par « il convient de prendre dûment en considération ».

60. En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet de conclusion 7, on peut se demander si des actes verbaux constituent une pratique. Les déclarations écrites ou orales qui sont attribuables aux États jouent indéniablement un rôle essentiel dans le processus coutumier car elles sont la preuve de l'existence d'une pratique ainsi que de son acceptation comme étant le droit. Cependant, de telles assertions ne constituent pas, en elles-mêmes, une pratique. Les normes coutumières sont fondées sur ce que les États font, pas sur ce qu'ils déclarent, même si leurs déclarations sont indispensables pour être informé de leur comportement et le comprendre.

61. L'argument du Rapporteur spécial, selon qui on peut considérer que le fait d'exclure les déclarations écrites et orales de la pratique « encourage l'affrontement et même dans certains cas l'usage de la force », semble exagéré. La doctrine citée à la note dont l'appel se trouve au paragraphe 37 du deuxième rapport après les mots « l'usage de la force » à l'appui de cet argument est inexacte. Elle néglige le fait que l'inaction est aussi une forme de pratique et que le droit international coutumier n'émerge pas de la seule pratique mais requiert la preuve de l'acceptation de la pratique comme étant le droit, ce qui n'est de toute évidence pas le cas dans les exemples donnés dans l'article cité.

62. Afin d'éviter des différences entre le libellé du projet de conclusion 11, qui concerne l'*opinio juris*, et celui du projet de conclusion 7, qui concerne la pratique, M. Hassouna propose d'aligner le texte du second sur celui du premier. En conséquence, les paragraphes 1 et 2, respectivement, du projet de conclusion 7 devraient commencer comme suit : « La preuve de la pratique peut prendre diverses formes » et « Les formes de preuves comprennent, sans s'y limiter ». Une telle approche reflète le point de vue selon lequel les déclarations en tant qu'« actions verbales » ne sont pas, en elles-mêmes, constitutives de normes coutumières, même si elles sont nécessaires pour donner sens à la pratique des États et en rapporter la preuve.

63. Pour ce qui est du paragraphe 4 du projet de conclusion 7, M. Hassouna convient que les résolutions des organes d'organisations internationales tels que l'Assemblée générale des Nations Unies pourraient démontrer que les États s'engagent dans une pratique donnée et l'acceptent comme étant le droit. Cependant, une démonstration à cet effet exige des précisions détaillées sur la procédure de vote et le contexte dans lequel les résolutions ont été adoptées. Lorsque le Rapporteur spécial traitera plus en détail de la pratique des organisations internationales dans son troisième rapport, il faudra examiner plusieurs questions complexes : dans quelle mesure l'hypothèse selon laquelle la pratique des organisations internationales peut être assimilée à celle des États est-elle compatible avec le statut juridique des organisations internationales en tant que sujets distincts du droit international ? Comment

apprécier l'importance de la pratique des organisations internationales, compte tenu de leur grande diversité ? Si les actes des organisations internationales valent pratique, dans quelle mesure la conduite d'autres acteurs non étatiques pourrait-elle jouer un rôle similaire ?

64. Alors que le projet de conclusion 8 indique à juste titre qu'il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique, la conclusion du Rapporteur spécial, selon qui les actes verbaux sont une forme de pratique, contredit cette disposition. Le Rapporteur spécial souligne dans son deuxième rapport que les mots ne peuvent pas toujours être pris pour argent comptant et que les déclarations abstraites ne peuvent en soi être génératrices de règles de droit international coutumier, ce qui suppose que les actes concrets l'emportent sur les déclarations qui sont en contradiction avec eux. D'autres points soulevés par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport montrent qu'il est nécessaire de revoir et de redéfinir la notion de hiérarchie, notamment sa recommandation tendant à donner plus de poids à la pratique des organes intergouvernementaux des organisations internationales que de leurs secrétariats, ou sa proposition selon laquelle, lorsque les organes d'un État ne parlent pas d'une même voix, celui qui est habilité à agir dans le domaine des affaires extérieures devrait être considéré comme représentant l'État dans sa pratique.

65. Bien que le projet de conclusion 9 soit conforme à la jurisprudence nationale et internationale relative à la généralité de la pratique, évaluer si une pratique est « suffisamment générale et constante » ou si un État est « particulièrement intéressé » posera des difficultés à ceux qui sont appelés à déterminer les règles coutumières. En conséquence, il serait utile que les praticiens aient accès à autant d'exemples de jurisprudence que possible. Les nombreux exemples cités dans les notes du deuxième rapport gagneraient à faire l'objet d'une analyse plus détaillée dans le commentaire du projet de conclusion. Compte tenu de la règle énoncée au paragraphe 3, et comme l'a confirmé la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, M. Hassouna propose que le commentaire du projet de conclusion fasse état des assertions concernant la création spontanée de règles coutumières, ou ce que la doctrine qualifie souvent de « coutume instantanée », et en donne quelques exemples.

66. En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet de conclusion 10, M. Hassouna propose que la formule « s'accompagne d'un sentiment d'obligation juridique » soit remplacée par « découle d'un sentiment d'obligation juridique ».

67. Le libellé actuel du paragraphe 4 du projet de conclusion 11 doit être clarifié puisque, par analogie avec l'opinion reflétée dans le paragraphe 1 du projet de conclusion 7, selon lequel cette pratique comprend des actes verbaux, le paragraphe 4 pourrait être interprété comme supposant que des déclarations abstraites peuvent être suffisantes pour apporter la preuve des deux éléments nécessaires à la formation du droit international coutumier. Pourtant, comme il est reconnu dans le deuxième rapport, de telles déclarations ne peuvent en soi être génératrices de règles de droit.

68. En ce qui concerne le programme de travail futur de la Commission, M. Hassouna accueille avec satisfaction la proposition du Rapporteur spécial, au paragraphe 83 de son deuxième rapport, tendant à ce que le projet de conclusions soit assorti d'indications quant aux sources à interroger pour établir la pratique et l'*opinio juris*. La Commission pourrait compléter la demande d'informations qu'elle a soumise aux États en 2013[238] en leur demandant des renseignements sur les recueils et autres publications internes susceptibles de contenir des preuves de la pratique et de l'*opinio juris*. Elle pourrait aussi renouveler sa demande initiale d'informations sur la pratique des États pertinente pour la formation du droit international coutumier[239], compte tenu du nombre limité de réponses écrites qu'elle a reçues sur ce sujet majeur – neuf seulement au moment de la rédaction du deuxième rapport. Un tel défaut de réponses pose un problème majeur pour les travaux de la Commission, car la formation du droit international coutumier relève principalement des États et leur pratique devrait être déterminante.

69. M. Hassouna recommande le renvoi des 11 projets de conclusion au Comité de rédaction.

70. M. KAMTO dit que l'avènement d'une règle de droit international coutumier est un processus complexe pas toujours aisément saisissable et que l'on a même pu qualifier de « mystérieux ». Au paragraphe 12 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial indique que « le processus coutumier est souple par définition », ce qui pose la question de savoir si l'on gagnerait à rigidifier ce processus, et, dans l'affirmative, quels paramètres permettraient de décider qu'un tel objectif est atteint. La détermination du droit international coutumier est à la fois un processus et un résultat, et M. Kamto souscrit à l'approche des « deux éléments » proposée par le Rapporteur spécial. La question cruciale est de savoir comment déterminer l'instant critique où une pratique devient une règle opposable du droit international coutumier. Les participants au processus ne peuvent pas répondre à cette question, puisque, comme le montre la pratique, ils sont rarement d'accord sur le moment précis où une règle de droit coutumier qui s'impose à eux a été créée. Au contraire, l'invocation par l'État A d'une règle de droit international coutumier à l'égard de l'État B a tendance à susciter des controverses et des doutes quant à l'adhésion de l'État B à la « trouvaille » normative de l'État A.

71. Ce que la doctrine semble avoir perdu de vue dans la détermination d'une règle de droit international coutumier, c'est l'intervention d'un tiers, le juge ou le codificateur. Le pouvoir de dévoilement, voire de création, d'une règle coutumière par le juge est très réel ; celui-ci peut non seulement énoncer une telle norme, mais aussi refuser d'ériger une pratique en une règle de droit international coutumier.

72. Le libellé des arrêts de la Cour internationale de Justice amène à se demander si le juge fait valoir dans tous les cas l'approche fondée sur les « deux éléments », en particulier dans les affaires touchant au droit international humanitaire. Par exemple, au paragraphe 79 de son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour déclare que les

[238] Voir *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 16, par. 26.

[239] Voir *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 13, par. 29.

règles fondamentales du droit international humanitaire « s'imposent d'ailleurs à tous les États […] parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier ». Il y a clairement une détermination prétorienne d'une règle de droit coutumier, sans que l'on puisse dire avec certitude qu'elle s'est appuyée sur une approche dualiste. D'où la nécessité, comme le Rapporteur spécial le fait observer au paragraphe 30 de son deuxième rapport, de faire preuve de prudence et de mesure – y compris dans la rédaction du projet de conclusions.

73. En ce qui concerne les aspects de fond du deuxième rapport, M. Kamto tient à souligner, premièrement, que les explications et les justifications apportées par le Rapporteur spécial sont quelque peu laconiques et n'étayent pas suffisamment ses projets de conclusion. Au paragraphe 14, par exemple, le Rapporteur spécial indique simplement que les travaux sur le sujet sont sans préjudice des questions relatives au *jus cogens*, qui pourront faire l'objet d'un sujet distinct, sans préciser qui traitera ce sujet ni dans quel cadre il sera examiné.

74. Deuxièmement, au paragraphe 18 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial indique qu'une définition large du terme « organisation internationale » semble souhaitable. Toutefois, c'est le contraire qu'il propose à l'alinéa *b* du projet de conclusion 2, où il entend par « organisation internationale » une « organisation intergouvernementale », définition qui est relativement restrictive si on la compare à celle figurant dans les articles sur la responsabilité des organisations internationales[240].

75. Troisièmement, aux paragraphes 37 et 38 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial affirme que les actes verbaux peuvent être considérés comme une manifestation de la pratique – idée qui est bien mieux étayée par la doctrine que par la jurisprudence. Ce point suscite trois questions : faut-il que l'acte verbal soit transcrit sur un support physique pour être pris en compte comme élément de la pratique ? L'acte verbal doit-il être répété pour être considéré comme une forme de pratique ? Peut-on vraiment déterminer une pratique générale lorsqu'elle est seulement verbale ?

76. Quatrièmement, le Rapporteur spécial écrit au paragraphe 41 *b* de son deuxième rapport que les actes du pouvoir exécutif peuvent être les « thèses défendues par l'État devant des juridictions […] internationales ». Ces thèses doivent toutefois être envisagées avec prudence. Les arguments développés par un État dans ses écritures comme dans ses plaidoiries orales répondent aux nécessités propres du contentieux international en question, l'objectif de chaque partie étant de faire valoir des arguments pour gagner l'affaire. De plus, un gouvernement peut ne même pas être au courant des arguments formulés par ses propres conseils. Il n'est pas rare que les conseils se contredisent d'une affaire à l'autre, ou que ce qu'ils défendent soit opposé à ce qu'ils ont écrit par ailleurs dans leurs publications.

77. Cinquièmement, au paragraphe 55 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial écrit que, pour qu'il y ait règle de droit international coutumier, il faut qu'il y ait pratique constante. Il ne dit pas, cependant, que la pratique doit aussi être uniforme. En effet, au paragraphe 57 de son deuxième rapport, il affirme qu'il n'est pas nécessaire que la pratique soit parfaitement uniforme, citant le paragraphe 186 de l'arrêt rendu en 1986 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*. Or le passage cité ne paraît pas pertinent pour illustrer l'abandon de l'exigence de l'uniformité de la pratique dans la formation du droit international coutumier. La Cour dit simplement, entre autres, qu'il ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique – ce qui n'invalide nullement l'exigence que la pratique soit uniforme. En effet, le passage cité suppose que le processus coutumier a atteint un stade où une règle existe déjà. Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, telle que citée par le Rapporteur spécial lui-même, pour que la règle coutumière existe, il faut précisément une pratique constante et uniforme. Il n'y a donc pas de base jurisprudentielle claire pour ne pas employer le terme « uniforme ».

78. En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet de conclusion 1, M. Kamto souscrit aux observations de M. Candioti qui est opposé à la substitution du terme « méthodologie » par le terme « règles ». Cela changerait totalement la nature des travaux de la Commission sur le sujet ; ceux-ci n'ont pas pour objectif de codifier des règles secondaires strictes en matière de détermination des règles coutumières, mais plutôt de guider les praticiens et les chercheurs pour les aider à comprendre comment se forme la coutume. Une solution plus radicale consisterait à supprimer ce paragraphe, ou à en faire mention dans le commentaire du projet de conclusion.

79. S'appuyant sur son observation selon laquelle la doctrine des « deux éléments » n'est pas toujours appliquée lorsqu'une juridiction internationale déclare qu'une règle de droit international coutumier existe, M. Kamto propose que le paragraphe 2 du projet de conclusion 1 soit reformulé comme suit : « Les présents projets de conclusion sont sans préjudice d'autres modes de détermination d'une règle de droit international coutumier ainsi que des méthodes concernant d'autres sources du droit international et les questions relatives aux normes impératives de droit international (*jus cogens*). »

80. En ce qui concerne l'alinéa *a* du projet de conclusion 2, l'emploi de la formule « qui découlent et sont l'expression d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » n'est ni expliqué ni justifié par l'analyse qui précède le projet de conclusion. L'emploi des deux expressions « découlent » et « sont l'expression » est source de confusion ; M. Kamto est donc favorable au maintien de la première uniquement. Une solution plus radicale consisterait à supprimer cet alinéa.

81. Dans le projet de conclusion 5, les membres de phrase « signifie que c'est avant tout la pratique » et « à la création ou à l'expression de règles » sont ambigus ; le second donne l'impression que, dans certains cas, une règle coutumière est créée, alors que dans d'autres elle est exprimée, laissant sous-entendre qu'elle préexiste.

[240] Résolution 66/100 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 38 et suiv., par. 87 et 88.

M. Kamto propose donc un libellé plus simple, qui se lirait comme suit : « L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément du droit coutumier signifie qu'une telle pratique contribue à la formation de règles de droit international coutumier. »

82. Au paragraphe 2 du projet de conclusion 8, la seconde phrase porte à croire que, même si l'on doit accorder moins de poids à la pratique contradictoire d'un État donné, un certain poids lui sera néanmoins accordé. Cela pose la question de savoir laquelle des différentes tendances de cette pratique sera choisie comme élément de preuve. Dans la situation hypothétique où le chef de l'État et le parlement ont des positions opposées, mais où tous deux ont compétence sur des questions données, il sera difficile de décider s'il convient de favoriser la pratique de l'un ou de l'autre pour déterminer l'existence d'une règle coutumière. C'est pourquoi M. Kamto propose que la seconde phrase soit remaniée comme suit : « Il ne sera pas tenu compte de la pratique contradictoire des organes de l'État. »

83. M. Kamto propose de remplacer le titre actuel du projet de conclusion 9 par le titre « La pratique générale doit être constante et uniforme », qui correspond à la jurisprudence constante de la Cour internationale de Justice en la matière. Au paragraphe 1, il serait préférable de remplacer « forcément » par « nécessairement ». Le paragraphe 2 n'est pas nécessaire dans la mesure où il reprend, en moins bien, l'intitulé du projet de conclusion. Il faudrait soit le supprimer, soit le remplacer par une formulation qui expliquerait ce que l'on entend par « pratique constante et uniforme ».

84. Enfin, pour ce qui est du paragraphe 4 du projet de conclusion 9, M. Kamto partage les préoccupations exprimées au sujet des termes « la pratique des États particulièrement intéressés ». À la lecture du paragraphe 54 du deuxième rapport, il apparaît que, en dehors des arrêts rendus dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la référence à la notion d'État particulièrement intéressé n'est contenue que dans des opinions individuelles ou dissidentes ou dans les travaux de quelques auteurs. Selon M. Kamto, l'acceptation de cette notion porterait atteinte au principe de l'égalité souveraine des États. Si la Commission décide de maintenir la référence à cette notion, il est indispensable que le Rapporteur spécial l'explique de façon détaillée et complète dans le commentaire du paragraphe 4.

85. Enfin, M. Kamto dit qu'il est favorable au renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

La séance est levée à 13 heures.

3226e SÉANCE

Jeudi 17 juillet 2014, à 15 heures

Président : M. Kirill GEVORGIAN

Présents : M. Caflisch, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, Mme Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, Mme Jacobsson, M. Kamto, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Niehaus, M. Nolte, M. Park, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Détermination du droit international coutumier (*suite*) [A/CN.4/666, partie II, sect. D, A/CN.4/672]

[Point 9 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. ŠTURMA dit que le deuxième rapport (A/CN.4/672) bien documenté du Rapporteur spécial sera utile non seulement à la Commission et aux États membres, mais aussi aux étudiants en droit. Le terme « méthodes », plutôt que « méthodologie », serait le plus approprié pour décrire le processus de détermination de l'existence et du contenu des règles du droit international coutumier, puisque le résultat attendu de l'examen du sujet prendra la forme de méthodes ou de lignes directrices destinées aux praticiens.

2. Le libellé de la définition figurant dans le projet de conclusion 2 justifie l'approche des deux éléments décrite au chapitre III du deuxième rapport et reflétée dans le projet de conclusion 3 et les projets suivants. La pratique générale et l'*opinio juris* ont tous deux un rôle à jouer, même si l'accent mis sur l'un ou l'autre élément varie selon les branches du droit international.

3. Tel que le comprend M. Šturma, le projet de conclusion 5 n'exclut pas la pratique des organisations internationales. M. Šturma peut accepter le projet de conclusion 6, étant entendu que celui-ci vise les organes de l'État et d'autres entités au sens des articles 4 et 5 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[241], mais pas tous les cas de conduite attribuable à un État aux fins de la responsabilité. Il souscrit à l'approche adoptée dans le projet de conclusion 9. L'élément temporel pourrait cependant mériter une conclusion distincte, parce que l'affirmation selon laquelle « [i]l n'est prescrit aucune durée précise » peut être correcte ou non, selon les circonstances. La distinction établie par René-Jean Dupuy entre « la coutume sauvage » et « la coutume sage » est fondée, en ce qu'elle clarifie la relation réciproque entre la pratique et l'expression de l'*opinio juris* à la lumière des différentes circonstances et des déclarations faites par les États à des conférences internationales et dans les organisations internationales[242].

4. M. Šturma est favorable au large éventail de formes de pratique visées au projet de conclusion 7 et à l'absence de hiérarchie prédéterminée de ces formes. Il est à noter que, dans la décision prise par la Cour suprême de la République

---

[241] Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001, annexe. Le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs sont reproduits dans *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77.

[242] R.-J. Dupuy, « Coutume sage et coutume sauvage », dans *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 75 à 87.