Document:-
A/CN.4/SR.3226

Compte rendu analytique de la 3226e séance

sujet:
Détermination du droit international coutumier

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

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.

tchèque en 2004, citée au paragraphe 24 du deuxième rapport, la Cour a utilisé comme preuve de ses constatations les écrits de juristes internationaux et a examiné la question de la distinction entre droit international coutumier et courtoisie internationale[243]. Le sujet actuel devrait couvrir aussi la relation entre le droit international coutumier et les principes généraux du droit, les usages et la courtoisie internationale. Le Rapporteur spécial devrait peut-être examiner le rôle que jouent les écrits des publicistes dans la détermination des éléments de la coutume internationale. Enfin, le rôle joué par les organisations internationales et les juridictions internationales dans la formation du droit international coutumier semble être indiscutable.

5. M. Šturma recommande que tous les projets de conclusion soient renvoyés au Comité de rédaction.

6. M. HUANG souscrit aux nombreuses observations favorables faites au sujet du deuxième rapport du Rapporteur spécial et dit que les 11 projets de conclusion devraient tous être renvoyés au Comité de rédaction. Cependant, il n'est pas favorable à la pratique consistant à citer longuement des arrêts de la Cour internationale de Justice dans les déclarations faites au cours des débats en plénière, car cela donne l'impression que la Commission s'appuie trop sur de tels arrêts plutôt que sur les opinions de ses membres.

7. M. Huang est d'accord avec l'objectif du sujet, tel qu'indiqué au paragraphe 12 du deuxième rapport. La Commission devrait fonder ses travaux sur les pratiques internationales actuelles qui sont pertinentes pour les besoins pratiques de la communauté internationale. Elle devrait éviter de mener un débat purement théorique et élaborer des critères uniformes qui pourraient être utilisés par tous les publics pour identifier les éléments de la pratique dans tous les domaines du droit international coutumier.

8. Les éléments constitutifs du droit international coutumier constituent le cœur du sujet. M. Huang est d'accord avec l'approche des deux éléments adoptée par le Rapporteur spécial, qui est étayée par la pratique des États et la pratique judiciaire nationale et internationale. Le droit international coutumier peut être comparé à un être humain, la pratique générale formant le corps et l'*opinio juris*, l'âme : en d'autres termes, les deux éléments sont essentiels.

9. La pratique générale, partagée par de nombreux pays, doit être répandue et constante. Bien que la pratique menée par un État ou une organisation puisse prendre diverses formes, sans hiérarchie prédéterminée, elle doit satisfaire à certaines conditions pour servir de preuve de l'existence d'une pratique générale. Premièrement, elle doit être légale et compatible avec les lois et les procédures juridiques pertinentes. Il faut espérer que cette condition sera prise en compte dans la formulation du projet de conclusion 6.

10. Deuxièmement, toute pratique individuelle utilisée comme preuve de l'existence d'une pratique générale doit avoir un rapport avec cette pratique générale. Troisièmement lieu, une pratique doit être publique ; les pratiques secrètes ou non divulguées ne peuvent pas être considérées comme des preuves d'une pratique valide. Quatrièmement, il doit y avoir une cohérence interne : les pratiques des différents organes de l'État doivent être cohérentes. Le traitement par le Rapporteur spécial de ce point au paragraphe 50 du deuxième rapport et au paragraphe 2 du projet de conclusion 8 laisse beaucoup à désirer. Pour servir de preuve du droit international coutumier, la pratique des États doit être la pratique effective et faisant autorité de l'État concerné. M. Huang espère que tous ces aspects de la question seront traités dans le commentaire.

11. Passant à l'*opinio juris* concernant le point de savoir si une pratique générale est constitutive d'une règle de droit international coutumier, M. Huang dit que cette *opinio juris* doit être celle de plusieurs États. La preuve de cette *opinio juris* peut revêtir diverses formes, y compris l'inaction. La charge de la preuve de l'*opinio juris* incombe à la partie qui affirme qu'une pratique donnée fait partie du droit international coutumier.

12. M. Huang est en désaccord avec les membres qui ont fait valoir qu'une pratique unique ne peut pas servir de preuve à la fois d'une pratique générale et de l'*opinio juris*. Enfin, si les efforts que font certains chercheurs pour imaginer des solutions de substitution à l'approche de deux éléments a un certain mérite aux fins d'études universitaires, cette méthode ne saurait être recommandée à la Commission, qui doit continuer de fonder ses délibérations tant sur la pratique générale que sur l'*opinio juris*.

13. M. HMOUD remercie le Rapporteur spécial pour son deuxième rapport bien documenté et équilibré. L'utilité du projet est claire, puisque dans de nombreux cas, le manque de clarté dans la méthode de détermination suscite des doutes sur la nature coutumière d'une règle. En conséquence, le projet en cours doit aboutir à un outil utile qui pourra aider à déterminer les éléments d'une règle de droit international coutumier et les éléments de preuve pertinents à utiliser dans le processus de détermination.

14. La définition du droit international coutumier doit être fondée sur le paragraphe 1 *b* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui offre une définition simple et suffisamment souple. Les termes « qui découlent et sont l'expression » qui figurent dans le projet de conclusion 2 mettent en évidence le fait que la pratique générale et l'acceptation comme étant le droit sont à la fois constitutives et déclaratoires des règles du droit international coutumier.

15. Il est bien établi qu'une règle de droit international coutumier englobe deux éléments distincts : l'élément objectif de la pratique et l'élément subjectif de l'acceptation du caractère obligatoire de la pratique. Le fait d'adopter une approche tenant compte d'un seul élément ne ferait ni progresser le processus par lequel se forment les règles du droit international coutumier, ni rendre la preuve plus utilisable aux fins de la détermination. De plus, il n'y a pas d'argument plausible en faveur du recours à des approches différentes selon les branches du droit, même si l'accent mis sur un élément peut dépendre des circonstances et du contexte et de la nature de la preuve disponible.

[243] *Diplomatic Privileges and Immunities of a Visiting Prince Case*, Cour suprême de la République tchèque, n° 11 Tcu 167/2004, *International Law Reports*, vol. 142 (2011), p. 186.

16. En ce qui concerne le rôle de la pratique, M. Hmoud dit que seule la pratique des États crée les règles coutumières ; la pratique des organisations internationales ne doit être consultée que pour établir l'existence d'une preuve, et non pas de la création, d'une règle. Le fait qu'un État puisse conférer certaines compétences à une organisation internationale ne signifie pas que celle-ci a ensuite agi en son nom dans la création de droit coutumier. Dans le cadre de la détermination du droit international coutumier, l'attribution d'un fait à un État n'a pas besoin de satisfaire au critère élevé établi dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

17. En ce qui concerne le projet de conclusion 7, M. Hmoud souscrit à la liste non exhaustive des sources figurant au paragraphe 2 et à l'idée que la pratique des États comprend les actes verbaux et les actes matériels, ainsi que diverses formes de communication intergouvernementale. Il pourrait être nécessaire de fournir des indications sur les types d'actes verbaux qui ont valeur de pratique. Quant à savoir si des mémorandums internes confidentiels d'agents de l'État peuvent être considérés comme une manifestation de la pratique, il semble plutôt qu'ils relèvent de la catégorie de l'élément subjectif de « l'acceptation comme étant le droit ».

18. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 fait état des « manifestations » de la pratique, bien que ce terme soit plus étroitement lié à la preuve qu'à la formation d'une règle de droit. M. Hmoud propose donc que ce paragraphe commence par « La pratique et ses manifestations sont notamment […] ». La question de l'inaction doit être traitée avec prudence, et une distinction doit être faite entre l'inaction en tant que comportement, qui est un élément objectif, et l'inaction ayant valeur d'acquiescement, qui est un élément subjectif.

19. Le paragraphe 4 du projet de conclusion 7 devrait être remanié de façon à indiquer que les actes accomplis « dans le cadre des organisations internationales » peuvent valoir pratique, afin d'indiquer clairement que ce n'est que la pratique de l'État par l'intermédiaire de l'organisation internationale, et non la pratique de l'organisation internationale elle-même, qui constitue la pratique pertinente.

20. En ce qui concerne le projet de conclusion 8, s'il n'y a pas de hiérarchie de formes ou de preuve de la pratique des États, il faudrait mettre davantage l'accent sur la pratique par un organe de l'État qui est étroitement associé au contenu de la règle coutumière. En ce qui concerne le projet de conclusion 9, il est bien établi que la pratique doit être générale, mais pas nécessairement universelle, et constante. Il convient de garder à l'esprit la fréquence ou répétition de la pratique, en sus de sa généralité et de sa constance. Par conséquent, il faudrait mettre davantage l'accent sur l'élément temporel.

21. Il y a de nombreuses preuves résultant des déclarations et des décisions des tribunaux qui montrent qu'il faut accorder le poids nécessaire à la pratique des États particulièrement intéressés. Cette proposition n'est pas contraire aux principes de la généralité de la pratique ou de l'égalité des États, à condition que la pratique soit acceptée par la communauté des États dans son ensemble. La citation à la note de bas de page dont l'appel se trouve à la fin du paragraphe 54, selon laquelle les « grandes puissances » (*major powers*) seraient souvent « "particulièrement intéressées" par une pratique » (*"specially affected" by a practice*), semble indiquer que la participation des grandes puissances est essentielle à la formation des règles du droit international coutumier, ce qui est inquiétant. Fort heureusement, cette idée n'a pas été reprise dans le projet de conclusions, et il faut espérer qu'elle ne trouvera pas à se glisser dans les commentaires.

22. L'expression « acceptation comme étant le droit » est l'expression appropriée et, contrairement à « *opinio juris* », elle a une signification précise. Cette acceptation est ce qui distingue la coutume de l'usage et des actes discrétionnaires des États. Si le projet de conclusions doit servir de guide utile aux praticiens, il devrait mieux expliquer comment faire la différence entre la pratique qui est acceptée comme étant contraignante et d'autres formes de l'usage des États. La preuve de l'acceptation, telle que décrite dans le projet de conclusion 11, formera à l'évidence la base factuelle pour le faire. Comme cette preuve vaut également preuve de la pratique elle-même, il faudra trouver une méthode permettant de déterminer si la preuve est pertinente comme preuve de la pratique ou de l'acceptation, ainsi que de déduire l'élément subjectif.

23. M. NOLTE remercie le Rapporteur spécial pour son excellent deuxième rapport, qui va dans la bonne direction. Le rapport et le débat s'y rapportant soulèvent cependant tant de questions fondamentales de droit international qu'il faudrait normalement plusieurs années pour répondre à toutes, dans toute leur complexité. Il semble impossible que la Commission parvienne à exprimer une position motivée au sujet de toutes les questions soulevées dans le laps de temps dont elle dispose.

24. En ce qui concerne le projet de conclusion 1, M. Nolte n'est pas satisfait des termes « méthodologie » et « méthode », car le sujet porte sur bien plus qu'une méthode : il a trait aux règles secondaires concernant la formation et la détermination du droit international coutumier. M. Nolte propose donc que le projet de conclusion 1 soit reformulé pour se lire comme suit :

> « Le présent projet de conclusions porte sur les éléments du droit international coutumier et les facteurs qui doivent être pris en compte pour déterminer l'existence et le contenu de ces règles. »

25. Il ne suffit pas de traiter des autres sources du droit international par l'intermédiaire d'une clause « sans préjudice ». Cela est vrai, en particulier, des principes généraux du droit, car ils peuvent être pertinents pour déterminer le contenu de règles particulières du droit international coutumier, et vice versa. C'est pourquoi M. Nolte propose que l'on ajoute un nouveau projet de conclusion, ou un paragraphe, fondé sur le paragraphe 3 *c* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, qui se lirait comme suit :

> « Lors de la détermination des règles du droit international coutumier, il faut prendre en compte les principes généraux du droit international. »

26. En ce qui concerne le projet de conclusion 2, M. Nolte convient que le droit international coutumier est composé de deux éléments, mais il pense qu'il serait sage d'ajouter l'expression «*opinio juris*» entre parenthèses après l'expression «acceptée comme étant le droit», pour montrer que cette dernière expression signifie une attitude positive commune des parties prenantes du système juridique international. Il ne croit pas que la Commission devrait tenter de définir l'expression «organisation internationale» à la session en cours.

27. Les projets de conclusion devraient être formulés d'une manière qui ne porte pas à croire que la pratique générale doit d'abord exister puis être acceptée comme étant le droit. Pour que cela soit clair, le projet de conclusion 3 pourrait être libellé de manière à dire qu'il est nécessaire de déterminer «s'il existe une pratique générale et si cette pratique est acceptée comme étant le droit». M. Nolte note avec satisfaction que le Rapporteur spécial est ouvert à l'idée que l'approche des deux éléments puisse être appliquée différemment dans différents domaines, puisque les types de règles peuvent varier en fonction des différentes formes d'éléments de preuve, dont l'existence peut varier considérablement en fonction de la nature de la règle.

28. La mention des «circonstances de l'espèce» n'ajoute presque rien au projet de conclusion 4, qui devrait souligner que l'appréciation de la preuve doit tenir compte du contexte factuel et de considérations normatives.

29. En ce qui concerne le projet de conclusion 5, la pratique des États contribue avant tout, mais non exclusivement, à la formation du droit international coutumier. Le mot «formation» rend mieux compte que le mot «création» du processus par lequel naît le droit coutumier.

30. M. Nolte doute que, dans le projet de conclusion 6, la référence implicite aux articles sur la responsabilité de l'État soit appropriée, parce que le but premier de ces articles était de déterminer et d'attribuer la responsabilité pour des faits internationalement illicites. On peut aussi douter qu'il soit nécessaire d'ajouter que le comportement en question se produise «dans l'exercice d'une fonction exécutive, législative, judiciaire ou autre». Si cette précision est jugée utile, M. Nolte propose que l'on ajoute les mots «fonction publique» après «ou autre». Au paragraphe 1 du projet de conclusion 7, il faudrait remplacer le mot «verbaux» par «relevant de la communication», parce que la communication non verbale joue également un rôle dans ce contexte. Au paragraphe 2, il faudrait insérer une référence générique aux formes internes de comportement. Les formes de pratique énumérées au paragraphe 3 n'ayant pas été suffisamment explorées, il serait prudent de ne pas les faire figurer dans le texte jusqu'à ce que les questions sous-jacentes aient été traitées dans le troisième rapport du Rapporteur spécial.

31. Passant au projet de conclusion 8, M. Nolte convient que la pratique doit être univoque et constante, même si cela signifie qu'il est parfois difficile de cerner la position des États démocratiques qui peuvent parler d'un grand nombre de voix. Pris isolément, le projet de conclusion 9 risque d'être interprété à tort comme signifiant que la pratique à elle seule peut établir une règle du droit international coutumier. Le paragraphe 1 devrait donc commencer par dire «La pratique pertinente, en tant qu'élément d'une règle de droit international coutumier, doit être générale». Il faudrait ajouter l'expression «*opinio juris*» à la fin du paragraphe 1 du projet de conclusion 10 pour souligner le caractère indispensable de l'élément subjectif du droit international coutumier. Il serait également judicieux de refléter dans le projet de conclusion les explications que le Rapporteur spécial a données au sujet de la nécessité de couvrir l'élément subjectif du droit international coutumier.

32. Dans l'ensemble, M. Nolte souscrit au projet de conclusion 11, même s'il n'est pas certain que des notes internes et autres communications internes doivent être reconnues comme des preuves de l'*opinio juris*. La pertinence de l'inaction ne devrait pas être traitée avant que le Rapporteur spécial n'ait soumis son troisième rapport.

33. En conclusion, M. Nolte dit que le Comité de rédaction devrait prendre le temps nécessaire pour assimiler et évaluer les projets de conclusion proposés.

34. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ remercie le Rapporteur spécial d'avoir soumis un deuxième rapport aussi intéressant. Elle se limitera à faire des observations sur les projets de conclusion figurant dans le deuxième rapport. Tout d'abord, elle estime que la teneur du paragraphe 1 du projet de conclusion 1 est appropriée au regard des fins énoncées au paragraphe 12 du deuxième rapport. Si elle souscrit à la teneur générale du paragraphe 2, elle relève qu'il sera difficile d'éviter de traiter des principes généraux du droit et de la façon de les discerner lorsque l'on examinera la méthode permettant de déterminer l'existence et le contenu des règles internationales coutumières.

35. En ce qui concerne le projet de conclusion 2, Mme Escobar Hernández ne croit pas que la Commission doive s'attacher à définir le droit international coutumier ni ce qu'est une organisation internationale, car il s'agit de catégories suffisamment claires et connues. En ce qui concerne la définition de l'«organisation internationale», elle estime que le fait de définir celle-ci comme «une organisation intergouvernementale» est une approximation réductrice qui ne convient pas. En outre, le Rapporteur spécial n'explique pas suffisamment pourquoi il s'est écarté de la définition de l'organisation internationale telle qu'elle figure dans les articles sur la responsabilité des organisations internationales[244]. De plus, si le Rapporteur spécial souhaite définir la notion d'«organisation internationale», Mme Escobar Hernández demande pourquoi il n'a pas défini l'«État», compte tenu de l'importance qu'il attache à la pratique des États dans le cadre du sujet. En résumé, les définitions figurant dans le projet de conclusion sont inutiles et potentiellement dangereuses.

36. Mme Escobar Hernández soutient l'approche des «deux éléments» retenue par le Rapporteur spécial telle que reflétée dans le projet de conclusion 3. Il faut maintenir un équilibre entre ces deux éléments tout au long du projet de conclusions. Toutefois, l'expression «acceptée comme

[244] 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.

étant le droit» risque de faire naître des incertitudes quant au point de savoir si l'un des éléments doit exister, ou bien les deux, et il faudrait donc la remplacer par les mots «et l'*opinio juris* associée», puisque ce sont les termes habituellement employés par les États, les tribunaux nationaux et internationaux et les auteurs autorisés. L'accent mis sur les deux éléments de la pratique et l'*opinio juris*, qui sont, en effet, parfois difficiles à séparer, n'est pas le même tout au long du deuxième rapport. La relation entre les deux pourrait avoir d'importantes incidences pratiques et mérite donc qu'on y prête une plus grande attention.

37. Dans le projet de conclusion 5, Mme Escobar Hernández n'a aucun problème avec les mots «avant tout», étant donné que la pratique de l'État est la source principale, mais pas la seule source, de la «pratique générale». L'action ou l'inaction des organisations internationales est également pertinente pour la formation et la détermination de la coutume. Le Rapporteur spécial ayant indiqué qu'il traiterait de la pratique des organisations internationales dans son troisième rapport, la Commission devrait examiner cette question à la session suivante, après quoi le Comité de rédaction devra peut-être réviser certains des projets de conclusion proposés dans le deuxième rapport.

38. Mme Escobar Hernández convient que la simple référence à «l'inaction» dans le projet de conclusion 7 n'est pas appropriée. L'inaction en elle-même ne peut pas être considérée automatiquement comme une pratique pertinente. Elle doit être appréciée à la lumière des circonstances et en particulier au regard de la question de savoir si l'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que l'État agisse. En outre, à ce sujet, le débat que la Commission mène parallèlement sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités pourrait bien fournir quelques indications.

39. L'emploi du terme «hiérarchie» dans le projet de conclusion 8 pose des problèmes majeurs. Tout d'abord, les actes et omissions à l'étude sont très divers et ne se prêtent pas à un classement. Deuxièmement, il importe de tenir dûment compte de la nature et du rang de l'organe de l'État qui commet un acte donné ou s'en abstient : un acte du ministère des affaires étrangères n'est pas comparable à l'action d'un maire local, ni une décision d'un tribunal d'instance à un arrêt de la Cour suprême. En outre, les circonstances particulières qui donnent lieu à une pratique ou une coutume doivent être prises en compte dans l'appréciation de la valeur d'une forme donnée de pratique ou d'un acte donné. Contrairement à ce que sous-entend le paragraphe 50 du deuxième rapport, la relation des organes infra-étatiques aux organes de l'État – par exemple dans un État fédéral – est fondée sur leurs compétences respectives et n'est pas comparable à la relation entre les tribunaux supérieurs et inférieurs, qui est strictement hiérarchique.

40. Mme Escobar Hernández n'est pas entièrement convaincue que, lorsque les organes de l'État ne parlent pas d'une même voix, il faille accorder moins de poids à leur pratique. S'il est vrai que cette pratique ne peut pas avoir la même importance qu'une pratique uniforme, la complexité de la structure d'un État, par exemple, et l'incidence de la séparation des pouvoirs, doivent être prises en compte. Le défaut d'unanimité peut aussi être une preuve de la non-existence de la coutume, ce qui fait également partie du processus de détermination des règles de droit coutumier.

41. En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet de conclusion 9, Mme Escobar Hernández considère que le terme «suffisamment» est à la fois superflu et problématique. En effet, il introduit un élément subjectif en exigeant que l'on apprécie si une pratique est assez répandue et représentative pour être considérée comme générale. Il serait donc préférable de le supprimer. Le paragraphe 1 devrait plutôt indiquer qu'il est nécessaire que la pratique soit continue et uniforme.

42. En ce qui concerne le paragraphe 4 du projet de conclusion 9, Mme Escobar Hernández ne conteste pas le fait que la pratique des États particulièrement intéressés doive être prise en compte et revête même une signification particulière. Toutefois, cette pratique ne saurait être le critère déterminant – et certainement pas le seul – pour établir l'existence de la pratique générale, et encore moins celle de l'*opinio juris*. Accorder un poids crucial à la pratique des États intéressés pourrait leur permettre d'imposer leurs intérêts, en tant que groupe, aux autres. Sans nécessairement poser de problème au sein des régions ou dans les relations bilatérales, cela pourrait entrer en conflit avec le principe de l'égalité souveraine lorsqu'il s'agit d'établir la pratique générale.

43. En conclusion, Mme Escobar Hernández souligne que, en espagnol du moins, l'emploi de certaines expressions telles qu'«actes matériels et verbaux» (*actos físicos […] verbales*) et «comportement […] "sur le terrain"» (*conducta […] "sobre el terreno"*) peut être discutable. Cependant, il est préférable que ces questions soient débattues au sein du Comité de rédaction.

44. M. WISNUMURTI, se référant à l'alinéa *a* du projet de conclusion 2, dit qu'une définition de travail du droit international coutumier est nécessaire pour clarifier le contexte général du projet de conclusions. Il convient avec M. Park qu'«*opinio juris*», qui est l'expression la plus couramment employée, devrait être ajouté entre parenthèses après les mots «acceptée comme étant le droit».

45. Dans le projet de conclusion 4, les mots «contexte» et «circonstances de l'espèce» ne sont pas clairs et pourraient donner lieu à des interprétations divergentes, ce qui réduit leur utilité pour les responsables de l'appréciation de la preuve qu'une pratique générale peut être acceptée comme étant le droit.

46. Dans le projet de conclusion 6, les mots «ou autre» élargissent inutilement la portée du projet de conclusions et risquent d'être source de confusion. On ne sait pas, par exemple, s'ils se rapportent au comportement des organes *de facto* d'un État, mentionné au paragraphe 34 du deuxième rapport.

47. Au paragraphe 3 du projet de conclusion 7, la notion d'inaction doit être clarifiée. M. Wisnumurti n'est pas convaincu que le fait de lui appliquer le paragraphe 2 du projet de conclusion 9 des travaux menés par la Commission sur le sujet des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, *mutatis*

mutandis, comme l'a proposé M. Murphy, résoudrait le problème. Ce paragraphe traite de l'effet du silence sur l'applicabilité d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure, alors que le paragraphe 3 du projet de conclusion 7 du sujet à l'examen porte sur l'interprétation de l'inaction ou du silence dans le contexte d'un comportement qui constituerait la pratique de l'État.

48. Les arguments apportés dans le deuxième rapport pour étayer le paragraphe 4 du projet de conclusion 7 sur le rôle des organisations internationales manquent de clarté. Tel est le cas, par exemple, du paragraphe 44. Assimiler un acte d'une organisation internationale telle que l'Union européenne à celui d'un État revient à trop simplifier la situation. Si les actes des organisations internationales doivent être retenus comme une forme de pratique, la Commission devra étudier les structures complexes et les mandats de diverses organisations internationales, ce qui pourrait poser des difficultés.

49. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 8 peut être considéré comme contredisant le paragraphe 1 et a un caractère trop prescriptif. L'élément de souplesse et l'appréciation de la preuve de la pratique au cas par cas devraient être reflétés dans le paragraphe 2. M. Wisnumurti appuie la proposition tendant à réunir en un seul le projet de conclusion 8 et le projet de conclusion 4.

50. Le projet de conclusion 9 pourrait être rédigé en termes plus efficaces, notamment en ce qui concerne les adjectifs « générale », « répandue », « représentative » « universelle » et « constante », qui sont employés de diverses manières pour définir les conditions requises pour établir une règle de droit international coutumier. Comme d'autres membres, M. Wisnumurti a des réserves, s'agissant du paragraphe 4, au sujet de la nécessité de prendre dûment en considération la pratique des États particulièrement intéressés, en particulier au regard du principe de l'égalité souveraine des États.

51. Au paragraphe 1 du projet de conclusion 10, le membre de phrase « la pratique en question s'accompagne d'un sentiment d'obligation juridique » ne semble pas préciser suffisamment le sens d'« acceptée comme étant le droit » ou *opinio juris*. M. Wisnumurti propose donc de remplacer ce membre de phrase par « la pratique en question doit être acceptée comme étant une obligation juridique ».

52. Les observations que M. Wisnumurti a faites au sujet du projet de conclusion 7 valent aussi pour le projet de conclusion 11, qui en est très proche. Le libellé des deux textes gagnerait cependant à être harmonisé.

53. Sous réserve de ces observations, M. Wisnumurti est favorable au renvoi de l'ensemble des 11 projets de conclusion au Comité de rédaction.

54. M. NIEHAUS dit que, à mesure que ses travaux progresseront, la Commission pourrait bien décider que le projet de conclusion 2 est inutile. Cela étant, il est enclin à le conserver, et en particulier à l'aligner autant que possible sur la définition du droit international coutumier énoncée dans le Statut de la Cour internationale de Justice. En outre, d'autres définitions terminologiques seront probablement nécessaires. S'agissant du projet de conclusion 4, M. Niehaus propose que le Comité de rédaction trouve une formulation plus complète et plus claire qui rendrait justice au contenu des paragraphes 29 et 30 du deuxième rapport.

55. Le titre du projet de conclusion 5, « Rôle de la pratique », n'est pas très clair, du moins en espagnol (*Función de la práctica*). Afin de ne pas réduire l'importance de la pratique des organisations internationales dans la formation du droit international coutumier, M. Niehaus dit que, plutôt que de dire que « c'est avant tout la pratique des États » qui contribue à ce processus, il pourrait être préférable de dire simplement que c'est la pratique des sujets de droit international qui contribue à la création du droit international coutumier.

56. Dans le projet de conclusion 6, l'expression « ou autre » est trop générale et ne reflète donc pas correctement la teneur du paragraphe 34 du deuxième rapport. Dans une certaine mesure, M. Niehaus partage l'avis de M. Murphy, selon qui le projet de conclusion 6 est trop large et devrait être plus restrictif. On pourrait parvenir à ce résultat en employant l'expression « comportement autorisé » par un État, par exemple. En outre, M. Niehaus fait observer que « Pratique pertinente » serait un titre plus approprié que « Attribution de comportement ».

57. Dans le paragraphe 2 du projet de conclusion 7, il serait beaucoup plus clair de dire « [l]a pratique prend la forme » au lieu de « [l]a pratique se manifeste ». Pour ce qui est du paragraphe 3, M. Niehaus est lui aussi d'avis qu'il faut préciser davantage le sens de l'« inaction ». Quel serait le niveau minimum d'inaction ? Le silence est-il en soi constitutif d'inaction ou seulement lorsque les circonstances exigent une action ?

58. Au paragraphe 1 du projet de conclusion 10, M. Niehaus convient qu'il faudrait faire référence à la légalité en sus du « sentiment d'obligation juridique ».

59. Mme JACOBSSON dit que, comme d'autres membres, elle estime que les travaux futurs de la Commission sur le droit international coutumier devraient traiter les questions de savoir qui prend part à l'appréciation de la preuve d'une règle de droit coutumier et à qui incombe la charge de la preuve. La réponse à ces questions n'est pas difficile lorsque cette appréciation est le fait d'une cour ou d'un tribunal, mais, quand il s'agit d'un État, les choses deviennent plus complexes. Lorsqu'il s'efforce de déterminer une règle de droit coutumier, l'État peut essayer d'évaluer si une telle règle existe vraiment, ou il peut vouloir contribuer à établir solidement une règle émergente.

60. Une règle de droit coutumier n'a pas un statut binaire. Les États n'ont pas non plus tous besoin de convenir de son existence ni des paramètres exacts de son contenu. Il y a aussi un élément temporel à prendre en compte : dans certaines situations, l'incertitude peut disparaître du jour au lendemain. Cela s'est produit avec l'interdiction de l'utilisation d'armes chimiques en réaction à une attaque aux armes chimiques – l'option dite de réciprocité. Jusqu'à l'époque de l'attaque aux armes chimiques en Syrie, en août 2013, il subsistait un petit élément d'incertitude ; après cette attaque, cependant, les États ont indiqué clairement qu'ils estimaient que,

conformément au droit, il n'y a pas de situations dans lesquelles des armes chimiques peuvent être utilisées, même en réaction à une attaque aux armes chimiques.

61. En ce qui concerne le projet de conclusion 2, Mme Jacobsson n'est pas convaincue que la définition du terme « droit international coutumier » soit nécessaire. Le texte indique que la définition proposée est aux fins du projet de conclusions, ce qui montre clairement qu'il pourrait exister un autre « droit international coutumier » défini différemment. Cependant, cela peut prêter à confusion, étant donné que l'objectif de la Commission est de traiter de la détermination du droit international coutumier dans toutes les situations, et non pas de le définir à un moment donné et à des fins données. Toute décision sur le maintien de la définition devra traiter la question de savoir s'il convient de s'écarter ou non du libellé du paragraphe 1 *b* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. L'argument le plus important en faveur de cette définition est qu'il s'agit d'une formulation bien établie et bien reconnue. Mme Jacobsson voit aussi l'intérêt qu'il y aurait à faire référence à l'*opinio juris*.

62. Mme Jacobsson doute que l'on ait besoin d'une définition du terme « organisation internationale » plus large que celle énoncée dans les articles sur la responsabilité des organisations internationales. La perception de ce qui constitue une organisation internationale pourrait changer à l'avenir, même si la définition proposée peut sembler acceptable aujourd'hui.

63. Le projet de conclusion 4 tel qu'il est libellé ne donnera pas d'orientations claires aux praticiens. On gagnerait à faire figurer des exemples de « circonstances de l'espèce » dans le projet de conclusion lui-même, plutôt que dans le commentaire.

64. Passant au projet de conclusion 5, Mme Jacobsson dit que le droit international coutumier peut être créé simultanément par des organisations internationales et des États : dans certains cas, il peut même être difficile de les séparer en fonction de leur participation. Une décision juridiquement contraignante sur des sanctions et des mesures de coercition prises par l'Union européenne, par exemple, est le plus souvent précédée par de longues consultations sur ce que les États à titre individuel sont ou ne sont pas habilités à faire en vertu du droit international. Comme la compétence – souvent la compétence exclusive – de l'Union européenne s'est élargie, il est devenu difficile de distinguer l'expression d'un droit international coutumier de l'Union européenne de celle de ses États membres à titre individuel. La pratique d'une organisation internationale telle que l'Union européenne ne peut donc pas être décrite uniquement comme le point de vue de cette organisation sur le droit international coutumier ; elle peut aussi être équivalente à la pratique des États.

65. Le projet de conclusion 6 doit être lu à la lumière du projet de conclusion 8, en particulier parce qu'aucune distinction n'est faite entre les différentes institutions de l'État et leur place dans la hiérarchie nationale.

66. Mme Jacobsson note avec une satisfaction particulière que les actes verbaux ont été inclus dans le projet de conclusion 7. Si ces actes n'y figuraient pas, seule la pratique des États ayant le pouvoir économique et politique d'agir physiquement serait prise en compte en tant que pratique des États. Étant donné que l'inaction peut être interprétée à tort comme un consentement – ce qui est l'une des raisons pour lesquelles il faudra traiter de l'« inaction » avec un soin particulier –, les actes verbaux peuvent apporter une contribution essentielle à la formation d'une règle de droit coutumier ou valoir *estoppel* en ce qui la concerne.

67. Il faut faire preuve de prudence avant de reconnaître toute « correspondance » entre les États – qui comprendrait, par exemple, des documents non officiels – comme une forme de pratique d'un État. Il en va de même pour les « publications officielles ». Il importe d'avoir conscience du statut de ces documents au regard du droit interne.

68. Le projet de conclusion 9 semble supposer l'existence d'une entité capable d'établir une règle de droit international coutumier et d'apprécier la pratique des États. Si un tribunal peut être en mesure de le faire, cela ne signifie pas pour autant que son appréciation est correcte. Le gouvernement peut prendre une position différente sur une question de droit international. Les tribunaux sont liés par leur propre juridiction et la réglementation, et il faut donc être prudent lorsque l'on se fonde sur la jurisprudence nationale pour tenter de définir le processus de formation du droit international coutumier.

69. Mme Jacobsson convient avec M. Caflisch que le mot « répandue », au paragraphe 1, devrait être supprimé, notamment parce qu'il n'a aucune fonction normative, mais aussi parce qu'il semble écarter la pratique régionale comme étant moins pertinente. En ce qui concerne le paragraphe 4, la pratique des États particulièrement intéressés est à l'évidence importante, mais les conclusions de la Commission devraient tenir compte du fait qu'il n'est pas facile d'identifier ces États.

70. S'agissant du paragraphe 2 du projet de conclusion 11, Mme Jacobsson n'a aucun problème avec la liste non exhaustive des formes de preuve, mais elle craint que le libellé ne soit pas clair pour des lecteurs qui n'auront pas à l'esprit l'analyse générale faite par le Rapporteur spécial. Par exemple, qu'entend-on par « les décisions touchant les résolutions des organes d'organisations internationales et de conférences internationales » ou « les publications officielles dans les domaines du droit international » ? Chaque publication de ce type ne saurait être interprétée comme une déclaration du gouvernement. Le rapport d'une commission gouvernementale, par exemple, est publié par le gouvernement, mais ne reflète pas nécessairement le point de vue de celui-ci. De même, l'avis d'un parlement sur ce qu'il considère comme une règle de droit international contraignant ne peut pas nécessairement être attribué à l'État, et le gouvernement pourrait bien sûr adopter une position différente.

71. Enfin, Mme Jacobsson dit qu'elle soutient le programme de travail futur tel qu'il est décrit au chapitre VI du deuxième rapport.

72. M. SABOIA dit que, lorsqu'elle a supprimé la mention de la « formation » dans le titre du sujet, la Commission est convenue de viser à obtenir un résultat qui serait concret pour un praticien non expert. Il a néanmoins été

entendu que le Rapporteur spécial traiterait aussi de certains des éléments relatifs à la formation du droit international coutumier. M. Saboia ne voit qu'un petit nombre de ces éléments dans le deuxième rapport, et il souhaiterait que le Rapporteur spécial traite cette question dans ses prochains rapports.

73. Bien que la pratique des États soit la principale source de preuve d'une pratique générale, M. Saboia ne considère pas que les acteurs non étatiques aient une importance négligeable dans la naissance du droit international coutumier. À cet égard, il est favorable au maintien des mots « des circonstances de l'espèce » dans le projet de conclusion 4 et il souhaite conserver le paragraphe 4 du projet de conclusion 7. Il est vrai que les résolutions adoptées et les décisions prises par les organisations internationales sont des actes des États, mais elles sont adoptées et prises conformément aux instruments constitutifs de ces organisations, et d'une manière concertée et interactive qui n'a pas grand-chose à voir avec le processus de prise de décisions dans les États individuels. M. Saboia s'accorde néanmoins avec M. Forteau sur la nature indépendante des organisations internationales en tant que sujets du droit international, et avec Mme Jacobsson sur la nécessité de conserver la définition du terme « organisation internationale » énoncée dans les articles sur la responsabilité des organisations internationales.

74. Le rôle des acteurs non étatiques dans la formation du droit international coutumier mérite que l'on y prête davantage attention que cela n'a été fait. En effet, certains des changements radicaux qui se sont produits dans le droit international coutumier depuis la Seconde Guerre mondiale ont été provoqués par des acteurs non étatiques, pour faire face à la nécessité et en dépit de la pratique des États – ou même en opposition avec cette pratique. On peut citer parmi les exemples notables la décolonisation, la reconnaissance des mouvements de libération nationale, l'intégration de l'autodétermination comme un droit des peuples en vertu du droit international coutumier, la reconnaissance de la légalité de l'utilisation de la force armée dans la lutte contre le colonialisme et l'apartheid, et bien sûr l'évolution de la position de la Cour internationale de Justice ; sur ce dernier point, M. Saboia est lui aussi d'avis que la Commission devrait veiller à ne pas se fier indûment aux arrêts de la Cour.

75. Un autre exemple de la façon dont le droit international coutumier s'est développé est le droit international humanitaire, dans lequel des organismes tels que le CICR, et même des personnalités éminentes, ont joué un rôle central dans la création et le développement des institutions et des règles relatives à la protection des personnes physiques dans les conflits armés. De même, dans le droit de la mer, les actes unilatéraux des États, qui, initialement, étaient contraires à la règle qui prévalait, ont formé la base d'un nouveau régime régissant les mers et le plateau continental.

76. M. Saboia convient avec M. Huang que, si elles sont contraires aux règles ou traités impératifs ou à la Charte des Nations Unies, les pratiques ne doivent pas être considérées comme une pratique légale dans l'objectif de former des règles de droit international coutumier. Cela étant, le droit international coutumier est évolutif par nature : si la pratique en vient à remplacer une règle coutumière, alors cela fait partie de ce processus évolutif. Alors que par le passé, la pratique, la répétition et l'*opinio juris* pouvaient se combiner dans un processus qui pouvait prendre des siècles, à une époque de technologies de communication de pointe, la formation de la coutume par l'intermédiaire d'organisations internationales peut prendre moins d'une génération. C'est là un exemple de la transformation du droit en conséquence du changement du substrat social.

77. M. SINGH dit qu'il est favorable à la suppression du paragraphe 2 du projet de conclusion 1.

78. Il ne voit pas bien pourquoi la liste figurant au paragraphe 2 du projet de conclusion 7 mentionne « les déclarations faites au nom d'États concernant telle ou telle entreprise de codification », mais pas les nombreux autres exemples d'actions de l'État donnés aux paragraphes 40 et 41 du deuxième rapport.

79. En ce qui concerne le paragraphe 3 du projet de conclusion 7, la relation entre l'action et l'inaction dans la détermination de la pratique exige une étude plus approfondie.

80. Compte tenu du large éventail d'organisations internationales et de la diversité de leurs mandats, il est impossible de tirer une conclusion générale telle que celle qui figure au paragraphe 4 du projet de conclusion 7. Cette conclusion devrait être revue lorsque la Commission examinera le troisième rapport sur le sujet.

81. Pour ce qui est du paragraphe 2 du projet de conclusion 8, M. Singh dit que, pour envisager « l'ensemble » de la pratique d'un État, il serait utile de savoir quels organes sont compétents et sont habilités à agir au nom de l'État. La pratique des États dont les organes ne parlent pas d'une même voix ne peut pas être complètement écartée.

82. Enfin, M. Singh partage les préoccupations des membres qui ont exprimé des doutes au sujet du paragraphe 4 du projet de conclusion 9.

83. M. GEVORGIAN, s'exprimant en qualité de membre de la Commission, dit qu'il soutient l'approche des « deux éléments » constitutifs, telle que reflétée dans le projet de conclusion 3. Les tentatives visant à séparer la pratique de l'État de l'*opinio juris* risquent de donner un poids excessif à un élément, ou de donner lieu à de vains débats comme celui de savoir qui de la poule ou de l'œuf est apparu le premier. Ces deux éléments – la pratique de l'État et l'*opinio juris* – doivent coexister afin de donner naissance à des règles de droit international coutumier. Cependant, M. Gevorgian approuve la suggestion de M. Nolte tendant à ce que l'expression « *opinio juris* » soit associée à « acceptée comme étant le droit », puisque l'utilisation conjointe des deux expressions pallie les insuffisances que chacune présente isolément.

84. M. Gevorgian approuve la portée du sujet tel que définie dans le projet de conclusion 1. La Commission doit se préoccuper uniquement des méthodes de détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international coutumier, et non de leur formation, et elle ne devrait pas traiter des normes impératives du droit

international. M. Gevorgian n'a pas de problème avec l'emploi du terme « méthodologie », et il serait opposé à ce qu'on le remplace par une référence à des « règles », car cela risquerait d'inquiéter certains États. En outre, il faudrait insérer une disposition indiquant que l'existence ou la formation des règles du droit coutumier ne doivent pas entrer en conflit avec le *jus cogens*, conformément au principe énoncé dans la Convention de Vienne de 1969, qui dispose que la violation d'une norme ne peut pas créer une norme.

85. Comme le Rapporteur spécial, M. Gevorgian doute que les définitions contenues dans le projet de conclusion 2 soient nécessaires. Dans l'ensemble, il appuie le projet de conclusion 3, dont le libellé pourrait être amélioré au sein du Comité de rédaction. En fait, plusieurs des projets de conclusion devraient être étoffés et précisés. Comme d'autres membres, M. Gevorgian a des doutes au sujet de l'expression « il faut tenir compte du contexte » qui figure dans le projet de conclusion 4. Si elle est censée signifier que les différents types de preuves de l'existence de la pratique peuvent avoir un poids différent selon le contexte, alors cette idée devrait être mieux rendue.

86. La Commission devrait indiquer clairement, soit dans le projet de conclusions soit dans le commentaire, que c'est la pratique des États associée à l'*opinio juris* qui est pertinente pour la formation des règles du droit coutumier. La pratique des individus et des organisations non gouvernementales n'est pas pertinente à cette fin ; la pratique des organisations internationales est simplement un moyen supplémentaire de faire la lumière sur la pratique des États. La Commission devrait aussi accorder une grande attention à l'attribution d'un comportement à un État et au poids des différents actes d'un État dans la formation des règles coutumières. C'est à la pratique des États dirigée vers le monde extérieur, en particulier celle des organes compétents pour engager l'État au niveau international, qu'il faudrait accorder la plus grande importance. C'est d'ailleurs pourquoi le paragraphe 1 du projet de conclusion 8 devrait être supprimé. De même, M. Gevorgian n'est pas convaincu de la nécessité d'une disposition établissant que si les organes de l'État ne sont pas unanimes, la pratique est moins importante. En général, la pratique de l'État peut prendre la forme d'actes matériels et verbaux, de l'inaction et du silence. Ce qui est important, c'est l'interaction entre ces différentes formes de pratique. Il sera nécessaire d'examiner de plus près le rôle de l'inaction et les circonstances dans lesquelles elle peut être considérée comme la pratique des États dans le but de former des règles de droit international coutumier.

87. Dans l'ensemble, M. Gevorgian peut appuyer le projet de conclusion 10, qui porte sur deux éléments très importants : la pratique comme obligation juridique et l'acceptation comme étant le droit en tant que critère permettant de distinguer une règle coutumière d'un usage.

88. En ce qui concerne le projet de conclusion 11, si les éléments de preuve de l'*opinio juris* peuvent parfois être contenus dans les actes qui établissent la pratique de l'État, il pourrait être judicieux de limiter la liste de ces sources aux actes de l'État principalement dirigés vers le monde extérieur. Cette disposition devrait refléter l'idée, implicite dans la référence faite, au paragraphe 64 du deuxième rapport, au « consensus général des États », qu'une *opinio juris* universelle est indispensable si la pratique des États elle-même, bien que répandue, n'est pas universelle.

89. M. Gevorgian est favorable au renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction.

La séance est levée à 17 h 50.

3227e SÉANCE

Vendredi 18 juillet 2014, à 10 h 5

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. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

[Point 12 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT propose, au vu du consensus qui s'est dégagé à l'issue des consultations, d'inscrire le sujet « Crimes contre l'humanité » au programme de travail de la Commission et de nommer M. Murphy Rapporteur spécial.

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 (*fin*)

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

3. M. GÓMEZ ROBLEDO souhaite formuler quelques commentaires à l'intention du Comité de rédaction. Premièrement, la structure du projet et le traitement séparé des définitions et de chacun des éléments constitutifs de la coutume paraissent appropriés pour aider les praticiens à déterminer le droit coutumier. Deuxièmement, désigner la « méthodologie » comme objet premier du projet de conclusions permet de prendre en considération