

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Soixante-septième session
Genève, 4 mai – 5 juin
et 6 juillet – 7 août 2015

FRANÇAIS ET ANGLAIS

La version prononcée fait foi

Détermination du droit international coutumier
Déclaration du Président du comité de rédaction,

M. Mathias Forteau

29 juillet 2015*

M. le Président,

J'ai le plaisir de présenter le quatrième rapport du comité de rédaction au titre de la soixante-septième session de la Commission, sur le sujet « Détermination du droit international coutumier ». Ce rapport doit être lu conjointement avec le rapport provisoire du président du comité de rédaction en date du 7 août 2014, qui a présenté le travail réalisé par le comité de rédaction sur ce sujet en 2014.

Je vous rappellerai que le comité de rédaction a adopté l'an passé à titre provisoire huit projets de conclusions. Cette année, le comité a adopté à titre provisoire huit autres projets de conclusions, ainsi que des paragraphes additionnels à deux des projets de conclusions adoptés à titre provisoire l'an passé.

J'attire votre attention sur le document A/CN.4/L.869, qui, par commodité, reproduit le texte consolidé de tous les projets de conclusion adoptés à titre provisoire par le comité de

* Corrigé le 17 août 2015.

rédaction, à la fois l'année passée, avec les ajustements nécessaires appropriés, et durant la présente session.

Au cours de la présente session, le comité de rédaction a consacré 12 réunions, les 5, 6, 21, 22, 26, 27 mai, 3 juin, et les 7, 8, 9 et 13 juillet, à l'examen des projets de conclusions sur ce sujet. Il a examiné les projets de conclusions laissés pendant l'année passée, tels que contenus dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/672), ainsi que ceux soumis dans son troisième rapport (A/CN.4/682) cette année, en prenant en considération les projets de conclusions adoptés à titre provisoire l'an passé, ainsi que les reformulations qui ont été présentées par le Rapporteur spécial au comité de rédaction en vue de répondre aux suggestions émises, ou aux préoccupations formulées, lors du débat en plénière au sujet des projets de conclusions présentées.

Avant de présenter en détail le rapport du comité de rédaction, je souhaiterais rendre hommage au Rapporteur spécial, Sir Michael Wood, dont la maîtrise du sujet, les conseils et la coopération ont grandement facilité le travail du comité de rédaction. Je remercie par ailleurs les membres du comité de rédaction pour leur participation active et leur importante contribution au travail réalisé. Je souhaite également remercier le Secrétariat pour son aide précieuse.

Je tiens à indiquer par ailleurs que la présente déclaration du président du comité de rédaction sera mise en ligne sur le site de la Commission à la fois en français et en anglais. Je me félicite par ailleurs que le comité de rédaction ait travaillé dans ces deux langues.

M. le Président,

Le document A/CN.4/L.869 reproduit l'ensemble des projets de conclusion provisoirement adoptés cette année et l'an passé. Ces projets de conclusions, 16 au total, figurent dans sept Parties. La partie introductive I contient un projet de conclusion relatif à la portée du projet. La partie II, comportant deux projets de conclusion, expose l'approche fondamentale de la détermination du droit international coutumier, qui consiste à rechercher l'existence des deux

éléments constitutifs, et à apprécier les moyens permettant d'en établir l'existence. Les parties III, comportant cinq projets de conclusion, et IV, comportant deux projets de conclusion, portent sur l'approche fondamentale en expliquant plus avant les deux éléments constitutifs, à savoir une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*). La cinquième partie détermine ensuite, par le biais de quatre projets de conclusion, la portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier. Enfin, les parties VI et VII, contenant chacune un projet de conclusion, traitent, respectivement, de l'objecteur persistant et du droit international coutumier particulier.

Dans la présente déclaration, je me concentrerai sur les éléments qui sont nouveaux ou qui ont un rapport avec les projets de conclusion déjà adoptés l'an passé. Comme je l'ai indiqué plus tôt, le présent rapport doit être lu conjointement avec le rapport du président du comité de rédaction de l'année dernière.

Je commencerai par le projet de conclusion 3, qui figure dans la seconde partie intitulée « Approche fondamentale ».

Projet de conclusion 3 [4], paragraphe 2 – *Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments*

Vous vous rappellerez que l'an passé, le comité de rédaction a provisoirement adopté le projet de conclusion 3, intitulé « Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments », qui contenait alors un seul paragraphe. Cette disposition centrale, telle que modifiée cette année, établit un principe englobant qui s'applique à beaucoup des projets de conclusion qui suivent en ce qu'elle dispose que « [d]ans l'appréciation des moyens permettant d'établir l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle, et des circonstances propres à chacun de ces moyens ». Le besoin d'examiner plus avant la relation entre les deux éléments constitutifs fut soulevé au sein de la Commission et de la Sixième Commission en 2014 et fit l'objet d'un réexamen par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport.

La structure initialement proposée par le Rapporteur spécial a été affinée à la lumière du troisième rapport et du débat en plénière. Notamment, il a été jugé opportun de traiter de la question parfois désignée comme celle de la « double prise en compte », originellement couverte par le projet de conclusion 11, paragraphe 4, relevant de la Partie relative à l'acceptation comme étant le droit, dans le projet de conclusion 3 [4] consacré à l'appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments.

Le projet de conclusion 3 [4], paragraphe 2, se compose de deux phrases. La première phrase dispose que « [c]haque élément doit être établi séparément » et la seconde phrase ajoute que « [c]ela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence ».

Le but de cette première phrase est de poser clairement que, dans l'appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments, il faut établir l'existence de chaque élément. Même si en tant que composants de base du droit international coutumier les deux éléments constitutifs sont inséparables, la détermination d'une règle de droit international coutumier exige que chaque élément soit établi séparément : l'existence d'un élément ne peut pas être déduite de l'existence de l'autre élément et une recherche indépendante doit nécessairement être menée. Comme le Rapporteur spécial l'a montré dans son troisième rapport, cette approche reflète la manière par laquelle la question est communément traitée dans la pratique étatique et par les juridictions internationales.

La deuxième phrase couvre la question parfois visée comme celle de la « double prise en compte », qui a donné lieu à un vif débat au sein de la Commission. Cette phrase exprime une conséquence logique de ce qui est dit dans la première phrase. Afin d'apprécier séparément l'existence de chaque élément, il doit y avoir une appréciation pour chaque élément des moyens permettant d'en établir l'existence – la plupart du temps par le biais de moyens différents. Il y a eu un accord général au sein du comité de rédaction, toutefois, pour considérer qu'aux fins d'apprécier l'existence d'une pratique générale ou de l'acceptation comme étant le droit, la possibilité ne devait pas être exclue que, dans certains cas, le même matériau puisse être utilisé pour établir à la fois la pratique et l'*opinio juris* ; mais le point important demeure que, même dans de tels cas, le matériau doit être examiné à des fins différentes.

M. le Président,

Permettez-moi de passer maintenant au projet de conclusion 4 [5], relevant de la troisième partie, intitulée « pratique générale ».

Projet de conclusion 4 [5], paragraphe 3 – Exigence d'une pratique

Lors de la session précédente, le comité de rédaction a adopté provisoirement le projet de conclusion 4 [5], intitulé « Exigence d'une pratique ». Il fut décidé de structurer cette disposition en deux paragraphes distincts traitant du rôle de la pratique étatique dans le paragraphe 1 et du rôle de la pratique des organisations internationales dans le paragraphe 2.

Il y avait alors un accord général parmi les membres du comité de rédaction pour considérer que la Commission ne parviendrait pas à arrêter une conclusion ferme sur les questions relatives au rôle de la pratique des organisations internationales avant le dépôt du troisième rapport du Rapporteur spécial cette année.

Ces questions laissées en suspens ont été traitées plus amplement dans le troisième rapport et débattues en plénière. Le comité de rédaction a décidé de maintenir la substance des deux premiers paragraphes du projet de conclusion 4 [5]. Notamment, il a été jugé opportun de maintenir, dans le paragraphe 1, que c'est principalement la pratique des États qui contribue à la formation ou à l'expression de règles de droit international coutumier. Comme l'avait indiqué mon prédécesseur, M. Saboia, lors de son rapport à la Plénière l'an passé, le terme « principalement » a été employé pour mettre l'accent sur le rôle central des États et pour indiquer, dans le même temps, que la pratique des organisations internationales ne devait pas être négligée. Cette disposition a été complétée en conséquence par la formulation du paragraphe 2 qui indique que la pratique des organisations internationales peut avoir le même effet, mais « dans certains cas » seulement. Au vu du troisième rapport et du débat en plénière, le comité de rédaction a jugé satisfaisante la suggestion du Rapporteur spécial de maintenir sans changement la rédaction du paragraphe 2 du projet de conclusion 4 [5] ; l'expression « dans certains cas » sera précisée dans le commentaire.

La dernière question qui devait être abordée dans ce projet de conclusion était le rôle des autres acteurs, désignés comme « acteurs non-étatiques » dans le troisième rapport du Rapporteur spécial. Le paragraphe 3 dispose que « [l]a conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2 ».

Dans son troisième rapport, retraçant le débat de 2014, le Rapporteur spécial a fait une proposition indiquant que « La conduite d'autres acteurs non-étatiques n'est pas une pratique aux fins de la formation ou de la détermination du droit international coutumier ». Deux questions surgirent lors de l'examen de cette proposition. Premièrement, il fut suggéré que l'expression « autres acteurs non-étatiques » pouvait être trompeuse compte tenu de la manière dont on peut concevoir les organisations internationales. Certains membres du comité de rédaction remarquèrent que, à strictement parler, les organisations intergouvernementales ne pouvaient pas être décrites comme des acteurs non-étatiques au regard de leur composition. Cela étant dit, le comité de rédaction s'accorda à considérer que le rôle des organisations internationales relevait exclusivement du paragraphe 2 et que le but du paragraphe 3 était de traiter du rôle des acteurs autres que les Etats et les organisations internationales. Par conséquent, le comité a décidé d'utiliser l'expression « autres acteurs », à la suite d'une suggestion du Rapporteur spécial.

Deuxièmement, un certain nombre de membres ont estimé en plénière ainsi qu'au sein du comité de rédaction que le rôle de certains de ces autres acteurs, tels que le Comité international de la Croix Rouge, pouvait toutefois être significatif. Le but de la première partie de la phrase est de distinguer la conduite de tels acteurs de la pratique des Etats ou des organisations internationales, en disposant clairement que la conduite de tels acteurs ne peut pas, en tant que telle, contribuer à la formation ou attester l'existence du droit international coutumier. Toutefois, une telle conduite pourrait jouer un rôle important dans le processus d'identification du droit international coutumier, dès lors qu'elle peut en être l'instigatrice ou la retranscrire. Cette dimension est incorporée dans la seconde partie de la phrase qui reconnaît la pertinence de la conduite des autres acteurs dans l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2.

J'en viens à la quatrième partie, intitulée « Acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) ».

Partie IV – Acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)

M. le Président,

L'intitulé de la quatrième partie est « Acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) ». Vous vous rappelerez que, au cours du débat en plénière l'an passé, une discussion eut lieu à propos de la formule « acceptée comme étant le droit », certains membres de la Commission préférant l'expression « *opinio juris* » en raison de son utilisation courante en pratique. Le comité de rédaction a finalement décidé d'inclure les deux expressions en ajoutant les mots « *opinio juris* » entre parenthèses après « acceptée comme étant le droit ».

La quatrième partie comprend deux projets de conclusion que je vais présenter successivement. Le projet de conclusion 9 [10] porte sur l'exigence de l'acceptation comme étant le droit, tandis que le projet de conclusion 10 [11] concerne les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit. Ces projets ont été proposés dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial mais n'ont pas pu être discutés par le comité de rédaction en 2014 par manque de temps.

Projet de conclusion 9 [10] – Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)

Le projet de conclusion 9 [10] est intitulé « Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) ». La référence à une « exigence » reprend la formulation de l'intitulé du projet de conclusion 4 [5], qui constitue la disposition correspondante en ce qui concerne l'autre élément constitutif, « une pratique générale ». Le projet de conclusion 9 [10] se compose de deux paragraphes.

Paragraphe 1

Le but du premier paragraphe est de définir le deuxième élément constitutif du droit international coutumier, le fait d'être « acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) », souvent visé comme l'« élément subjectif ». Le paragraphe 2 souligne que c'est l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) qui distingue une pratique générale, en tant qu'élément du droit

international coutumier, d'une autre conduite qui, même si elle est générale, ne crée pas, ou n'exprime pas, le droit international coutumier.

En vertu du projet de conclusion 9 [10], l'exigence en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) signifie que la pratique en question doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit. En vertu de l'approche des deux éléments, il ne suffit pas d'identifier une pratique générale ; il est également nécessaire de vérifier que cette pratique est accompagnée ou motivée par l'opinion qu'elle est requise (ou permise) en vertu du droit international coutumier. Une grande variété d'expressions différentes ont été employées dans la pratique internationale et en doctrine pour désigner cet élément subjectif et sa relation avec la pratique générale. Plusieurs propositions de rédaction ont été formulées par les membres du comité de rédaction à cet égard également. Le comité de rédaction a finalement estimé que les termes « menée avec » permettaient une meilleure compréhension du lien étroit entre les deux éléments que la formulation précédente « accompagnée par ». Cette formulation devrait aussi s'entendre comme indiquant que la pratique en question n'a pas à être motivée seulement par des considérations juridiques pour être pertinente aux fins de la détermination du droit international coutumier.

Le comité de rédaction a également conclu que le terme « sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit » était le mieux à même de rendre compte de l'élément subjectif qui doit animer la conduite pertinente, après avoir étudié un large éventail de définitions trouvées dans la jurisprudence et en doctrine. A la suite du débat en plénière, le Rapporteur spécial a amendé sa proposition initiale pour préciser que la pratique pertinente peut être animée non seulement par le sentiment d'une obligation juridique mais aussi par le sentiment d'un droit. Le comité de rédaction a adopté cette proposition.

Paragraphe 2

Le deuxième paragraphe du projet de conclusion 9 [10] indique qu'une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) doit être distinguée du simple usage ou de la simple habitude. L'objet de ce paragraphe est d'indiquer que c'est l'association avec (ou la motivation de) l'acceptation comme étant le droit qui rend la pratique pertinente pour la

formation, ou l'expression, du droit international coutumier. Par conséquent, c'est l'élément subjectif qui permet de distinguer entre la pratique pertinente et la pratique non pertinente à cette fin. Ce qui est important est que sans l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), une pratique, quand bien même elle serait largement observée et répétée, ne peut pas créer, ou attester, une règle de droit international coutumier. L'adjectif « simple » vise à le souligner.

Conclusion 10 [11] - Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)

M. le Président,

J'en viens au projet de conclusion 10 [11], qui est intitulé « Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) ». L'objet de ce projet de conclusion est d'indiquer les différentes formes que peut revêtir la preuve de l'acceptation comme étant le droit et par conséquent d'aider ceux appelés à déterminer si une règle spécifique de droit international coutumier existe à trouver cette preuve.

Le projet de conclusion 10 [11] comporte trois paragraphes. Comme je l'ai indiqué précédemment, la structure initialement proposée par le Rapporteur spécial a été affinée et la question initialement traitée dans le paragraphe 4 de ce projet de conclusion est maintenant couverte par le projet de conclusion 3 [4] relatif à l'appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments.

J'aborderai maintenant l'un après l'autre les trois paragraphes du projet de conclusion 10 [11].

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 constitue une affirmation générale indiquant que la preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut revêtir une large variété de formes. Il y a là une reconnaissance de la diversité des formes par lesquelles l'acceptation comme étant le droit peut se manifester et du large éventail d'éléments de preuve qui peuvent servir pour établir son existence. Le paragraphe 1 doit être lu à la lumière de la disposition générale relative à l'appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments découlant du projet de

conclusion 3 [4]. Je rappellerai que, dans ce projet de conclusion, il est souligné que, dans l'appréciation des moyens permettant de déterminer l'*opinio juris* ainsi qu'une pratique générale, « il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle, et des circonstances propres à chacun de ces moyens ».

Paragraphe 2

Reprenant la structure du projet de conclusion 6, paragraphe 2, relatif à la pratique, le paragraphe 2 contient une liste non-exhaustive des « formes de preuves » les plus courantes de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). Ce paragraphe dispose que « Les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des Etats ; les publications officielles ; les avis juridiques gouvernementaux ; la correspondance diplomatique ; les décisions des juridictions nationales ; les dispositions de traités ; ainsi que la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ».

L'ordre dans lequel les exemples sont énumérés n'est pas destiné à avoir une signification particulière, même si le premier exemple, « les déclarations publiques faites au nom des Etats », peut de fait constituer la preuve la plus claire de l'*opinio juris*. Y sont incluses tout type de déclarations faites publiquement par les Etats ou les agents de l'Etat dans les enceintes internes ou internationales, telles que les déclarations officielles d'un représentant du Gouvernement, les déclarations officielles devant les parlements ou les juridictions, ou les protestations publiques. La liste se réfère ensuite aux publications officielles. Cela comprend différents types de publications émanant d'organes étatiques, comme, par exemple, les manuels militaires. Les avis juridiques gouvernementaux constituent dans la liste la forme suivante de preuve ; cela inclut, par exemple, les avis des conseillers juridiques ayant la responsabilité de conseiller le gouvernement sur des questions de droit international, qui peuvent contenir des informations pertinentes quant à l'existence ou non d'une règle coutumière. Il n'a pas fait de doute pour les membres du comité que de tels avis peuvent ne pas être considérés comme pertinents lorsque le Gouvernement a refusé d'y souscrire. La liste mentionne ensuite la correspondance diplomatique, par exemple les notes échangées entre gouvernements, qui

peuvent exprimer ou impliquer un avis quant à l'existence ou autre d'une règle juridique. Le paragraphe 2 se réfère ensuite aux décisions des juridictions nationales, qui peuvent appliquer une certaine règle d'une manière qui démontre qu'elle est acceptée comme étant due en vertu du droit international coutumier. La liste vise ensuite les dispositions de traités, qui peuvent parfois indiquer une position quant à l'existence ou autre d'une règle de droit international coutumier. L'exemple le plus clair serait celui d'une disposition indiquant explicitement qu'une disposition particulière est déclaratoire du (ou codifie le) droit international coutumier. Enfin, la dernière catégorie figurant dans la liste non-exhaustive des formes de preuve de l'*opinio juris* est la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale. Cela comprend la conduite des Etats en relation avec les résolutions qui peut révéler la position des Etats concernant l'existence et le contenu d'une règle coutumière donnée.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 porte sur les circonstances dans lesquelles l'inaction peut constituer la preuve de l'acceptation comme étant le droit. En vertu de ce paragraphe, « [l]'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les Etats étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction ».

Alors que les membres qui sont intervenus durant le débat en plénière ont été d'accord pour considérer que l'inaction peut servir de moyen de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il a été suggéré que le paragraphe pertinent, tel qu'initialement proposé dans le troisième rapport, devait refléter l'essence des conditions présentées dans ce rapport. Le paragraphe 3, tel qu'adopté à titre provisoire par le comité de rédaction, est destiné à incorporer ces conditions, sans être trop restrictif.

La première condition est temporelle. Pour être considérée comme exprimant l'*opinio juris*, l'absence de réaction doit être maintenue pendant une période de temps suffisante, appréciée au regard des circonstances qui lui sont propres. Cette condition est reflétée par l'expression « s'étendant dans le temps ». Deuxièmement, le paragraphe 3 indique que, afin que

l'inaction constitue une acceptation comme étant le droit, l'Etat doit être en « mesure de réagir ». Cette formulation est suffisamment large pour couvrir le besoin de la connaissance de la pratique en question, mais aussi d'autres situations qui pourraient empêcher un Etat de réagir, telles que des pressions politiques. Troisièmement, il est également nécessaire que les circonstances appellent une réaction. Le comité de rédaction a partagé l'avis selon lequel il ne devrait pas être attendu des Etats qu'ils réagissent à chaque manifestation de pratique des autres Etats. L'attention est attirée sur les circonstances entourant l'absence de réaction lorsqu'il s'agit d'établir si ces circonstances indiquent si l'Etat qui choisit de ne pas agir considère cette pratique comme étant conforme au droit international coutumier.

Partie V – Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier

M. le Président,

Permettez-moi d'en venir à la Cinquième partie, qui est intitulée « Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier », l'intitulé initial « Formes particulières de pratique et de preuve » ayant été jugée source de confusion potentielle pour l'utilisateur. Les projets de conclusion de cette Partie ont pour objet de mettre l'accent sur certains moyens de preuve en raison de leur rôle pratique important. Telle qu'elle a été provisoirement adoptée, la Cinquième partie comprend quatre projets de conclusion, qui concernent les traités, les résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales, les décisions de juridictions et la doctrine.

Projet de conclusion 11 [12] – Traités

Le projet de conclusion 11 [12] est intitulé « Traités ». Il porte sur les relations entre les deux sources principales du droit international, les traités et le droit international coutumier, dans la mesure où cela est pertinent pour la détermination des règles du droit international coutumier. Le projet de conclusion se compose de deux paragraphes que je vais décrire successivement.

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 expose les différentes possibilités suivant lesquelles la preuve visant à établir l'existence ou non d'une règle de droit international coutumier peut éventuellement être trouvée dans un traité. Le chapeau de ce paragraphe indique qu'« [u]ne règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la règle conventionnelle... ». Les termes « peut refléter » sont essentiels pour clarifier que les traités ne peuvent, par eux-mêmes, ni créer le droit international coutumier ni en attester de façon concluante – la règle doit trouver un soutien dans des manifestations extérieures de pratique associées à l'acceptation comme étant le droit. Comme cela a été indiqué dans le troisième rapport, les traités peuvent en revanche fournir des moyens utiles pour établir l'existence et le contenu de telles règles, et cela de plusieurs manières différentes.

La proposition initiale du Rapporteur spécial contenue dans son troisième rapport a été affinée par le comité de rédaction à la suite du débat en plénière. Premièrement, les termes « ou vient à refléter » ont été supprimés afin de concentrer ce projet de conclusion particulier sur la valeur probatoire des traités dans la détermination de l'existence, et du contenu, des règles coutumières (plutôt que sur leur développement éventuel). Deuxièmement, le comité de rédaction a estimé qu'une règle n'est pas nécessairement contenue dans une seule disposition conventionnelle, mais pourrait être reflétée par plusieurs dispositions prises ensemble. Par conséquent, il a été jugé opportun de viser « une règle énoncée dans un traité », plutôt qu'une « disposition conventionnelle ».

Faisant suite au chapeau, les alinéas a), b) et c) décrivent les différentes manières suivant lesquelles la preuve d'une règle de droit international coutumier peut être trouvée dans un traité. Cette distinction, qui peut être trouvée, entre autres, dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, dépend pour l'essentiel du moment auquel s'est formée la règle de droit international coutumier qui peut correspondre à la disposition conventionnelle.

L'alinéa a) concerne la situation dans laquelle un traité codifie une règle préexistante du droit international coutumier. La règle coutumière alléguée précède la conclusion du traité et le traité est donc simplement déclaratoire d'une règle coutumière internationale existant à cette date. L'alinéa b) porte sur le cas dans lequel une règle coutumière a commencé à émerger avant la conclusion du traité, sans avoir encore acquis force de droit en tant que pratique générale

acceptée comme étant le droit. C'est uniquement au moment de la négociation et de la conclusion du traité, ou après cette date, que le processus est achevé. Ce phénomène est généralement désigné comme la « cristallisation », expression qui est également utilisée dans l'alinéa b). Enfin, l'alinéa c) concerne la situation dans laquelle aucune règle coutumière n'existe, ou n'avait commencé à émerger, lorsque le traité a été conclu. Cet alinéa souligne que le traité n'a pas créé la règle coutumière par lui-même, mais « a servi de point de départ à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), engendrant ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier ».

Paragraphe 2

Tandis que le paragraphe 1 décrit en termes positifs la valeur probatoire éventuelle des traités en général aux fins de la détermination des règles du droit international coutumier, le paragraphe 2 traite d'une question particulière qui surgit assez souvent en pratique, en mettant l'accent sur la considération selon laquelle « le fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités peut signifier, sans toutefois que cela soit nécessairement le cas, que la règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier ».

Ce nouveau paragraphe a été proposé par le Rapporteur spécial à la suite du débat en plénière et sur la base de l'analyse soumise dans ses deuxième et troisième rapports. Le sentiment général du comité de rédaction a été qu'il pouvait être utile d'inclure une telle orientation dans le texte du projet de conclusion et de ne pas discuter de cette question seulement dans les commentaires.

Une règle similaire peut se trouver dans plusieurs traités, qu'ils soient multilatéraux ou bilatéraux. C'est de fait un phénomène habituel dans certains domaines, comme les investissements étrangers, où un nombre significatif de traités principalement bilatéraux peuvent être rédigés sur la base d'un modèle similaire. Le projet de conclusion 11 [12], paragraphe 2, vise à alerter ceux qui recherchent si une règle de droit international coutumier existe qu'ils ne peuvent pas conclure que la seule existence d'un certain nombre de dispositions similaires reflète nécessairement le droit international coutumier, sans avoir déterminé si une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit existe véritablement. Comme le Rapporteur spécial l'a

expliqué, cette pratique conventionnelle pourrait en effet également montrer l'inverse, à savoir l'absence de règle coutumière.

J'en viens maintenant au projet de conclusion 12 [13].

Projet de conclusion 12 [13] – Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales

M. le Président,

L'intitulé du projet de conclusion 12 [13] est « Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales ». A l'origine, l'intitulé proposé visait les « conférences internationales ». Le comité de rédaction a préféré utiliser l'adjectif « intergouvernementales » dans la mesure où ce projet de conclusion concerne le rôle potentiel, dans la détermination des règles coutumières, des résolutions adoptées au sein des organisations internationales ou lors de conférences auxquelles les Etats participent. La structure de ce projet de conclusion a été revue afin de prendre en compte les suggestions émises durant le débat en plénière. Il se compose de trois paragraphes que je vais présenter tour à tour.

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 souligne qu'« [u]ne résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ne peut pas, en elle-même, créer une règle de droit international coutumier ». Cette affirmation avait été faite à l'origine, dans une forme légèrement différente, dans la deuxième phrase de la proposition soumise par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport. Compte tenu de son importance pour le présent sujet, le comité de rédaction a considéré qu'elle devait faire l'objet d'un paragraphe à part entière et être placée au début du projet de conclusion. Le verbe « créer », qui apparaît également dans le troisième rapport, a été jugé plus clair que le terme « constitue » qui figurait dans la proposition initiale du Rapporteur spécial.

Paragraphe 2

Bien que les résolutions ne puissent pas, en elles-mêmes, créer le droit international coutumier, elles peuvent jouer un rôle important dans la formation et la détermination du droit international coutumier. L'objet du paragraphe 2 est de décrire ces effets possibles des résolutions. En vertu de ce paragraphe, « [u]ne résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut fournir un élément de preuve pour établir l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement ».

Le paragraphe 2 met l'accent sur le fait que ces résolutions peuvent avoir une valeur probatoire. En effet, les résolutions sont communément visées en jurisprudence, y compris dans celle de la Cour internationale de Justice, dans le contexte de la détermination de l'existence et du contenu du droit international coutumier. Elles peuvent, par exemple, prétendre codifier une règle ou déclarer qu'elle existe, d'une manière similaire aux traités. Mais les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peuvent ne pas être seulement la preuve du droit existant ou émergent, elles peuvent aussi catalyser la pratique étatique et l'*opinio juris* et ce faisant contribuer au développement du droit international coutumier. Ces deux dimensions sont incorporées dans le paragraphe 2.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 indique qu'« [u]ne disposition d'une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que cette disposition correspond à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) ». Le terme « peut » est essentiel, puisque l'approche fondamentale de la détermination du droit international coutumier s'applique aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale de la même manière qu'elle s'applique aux traités et à bien d'autres moyens de preuve écrits. Les résolutions peuvent prétendre refléter, et même être considérées comme reflétant une règle coutumière et offrir son contenu dans une forme écrite, mais l'existence des deux éléments constitutifs doit être vérifiée. Tel est le but du paragraphe 3, dont la formulation fait écho à celle du projet de conclusion 11 [12] relatif aux traités.

J'en viens maintenant au projet de conclusion 13.

Projet de conclusion 13 [14] - Décisions de juridictions

Le projet de conclusion 13 est intitulé « Décisions de juridictions ». La structure et le contenu de ce projet de conclusion ont été revus par le comité de rédaction, à la lumière des commentaires soumis lors du débat en plénière. Il a notamment été décidé que les décisions judiciaires et la doctrine, qui relevaient à l'origine d'un seul projet de conclusion, devaient être traitées séparément dans les projets de conclusions.

Le projet de conclusion 13 couvre seulement désormais le rôle des décisions de juridictions en tant que moyen auxiliaire de détermination des règles du droit international coutumier. Afin d'assurer une large définition du type de décisions visées par ce projet de conclusion, le comité de rédaction a employé, dans l'intitulé, l'expression « décisions de juridictions » au lieu de l'expression « décisions judiciaires », qui aurait pu être interprétée de manière étroite comme ne couvrant que les décisions d'organes composés de juges, à l'exclusion des arbitres par exemple.

De plus, au cours du débat en plénière, plusieurs membres ont mis en garde contre l'élévation des décisions des juridictions nationales, s'agissant de leur valeur pour déterminer les règles de droit international coutumier, au même niveau que les décisions des juridictions internationales, qui en pratique jouent un rôle plus grand en la matière. En conséquence, le comité de rédaction a décidé de consacrer deux paragraphes distincts aux décisions des juridictions internationales et nationales.

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 concerne les décisions des juridictions internationales. Le paragraphe affirme que de telles décisions constituent un moyen auxiliaire de détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international coutumier. Après un long débat, le comité a décidé de retenir les termes « moyen auxiliaire » pour indiquer que la référence à ces décisions, dans ce contexte, correspond à celle de l'article 38, paragraphe 1, lettre d), du Statut de la Cour internationale de Justice. L'intention n'est pas de minimiser l'importance pratique de ces décisions comme le terme « auxiliaire » pourrait le laisser penser, mais plutôt de les situer en relation avec les sources du droit telles que visées dans l'article 38, paragraphe 1, lettres a), b) et c) du Statut. Le terme « auxiliaire » doit ainsi être compris par opposition aux sources primaires.

Le commentaire permettra de clarifier davantage le sens du terme « auxiliaire » dans ce projet de conclusion.

Afin de fournir davantage de conseils à l'utilisateur attendu du projet de conclusion en vue de la détermination des règles de droit international coutumier, une référence particulière est faite dans le projet de conclusion à la Cour internationale de Justice, sans chercher à prescrire une quelconque hiérarchie institutionnelle entre les diverses juridictions internationales. Cela sera clarifié plus avant dans les commentaires, et des explications seront données quant aux différents types de juridictions internationales dont les décisions peuvent être pertinentes dans ce contexte. Les commentaires fourniront également des orientations supplémentaires quant aux types de décisions couvertes par le projet de conclusion. Le terme devrait être interprété en effet de manière large pour couvrir, entre autres, les décisions provisoires, les sentences arbitrales et les avis consultatifs.

Afin d'harmoniser la terminologie utilisée dans les divers projets de conclusion, le comité a décidé de remplacer, dans la version anglaise, le terme « *identification* » par le terme « *determination* » (qui est également le terme utilisé dans la version française du projet et dans l'article 38 du Statut de la CIJ).

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 concerne les décisions des juridictions nationales. Ce paragraphe est rédigé de manière différente du paragraphe 1 pour marquer le rôle différent que de telles décisions jouent dans la détermination des règles du droit international coutumier par rapport aux décisions des juridictions internationales. Alors que le paragraphe 1 dispose que ces dernières décisions *constituent* un moyen auxiliaire, le paragraphe 2 souligne que « *une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales* ». L'emploi de l'expression « le cas échéant » vise à avertir l'utilisateur que la valeur d'une décision particulière dans ce contexte dépendra de plusieurs facteurs, en ce compris la qualité du raisonnement juridique et si la décision était fondée ou non sur le droit international. Cela sera expliqué plus avant dans le commentaire.

Le terme « auxiliaire » a été retenu également dans ce paragraphe pour les raisons déjà expliquées en lien avec le paragraphe 1. Toutefois, il est important de reconnaître la double

fonction que jouent les décisions des juridictions nationales en matière de droit international coutumier, à savoir, à la fois, d'une part, comme forme de pratique de l'Etat et/ou comme preuve de l'*opinio juris* comme cela a été précisé dans les paragraphes 2 des projets de conclusion 6 [7] et 10[11], et, d'autre part, comme moyen auxiliaire de détermination des règles coutumières. Cette double fonction sera expliquée dans le commentaire.

Je passe maintenant au projet de conclusion 14.

Projet de conclusion 14 – Doctrine

A la suite de la décision d'envisager séparément les décisions de juridictions et la doctrine, le présent projet de conclusion 14 porte sur la doctrine comme moyen auxiliaire de détermination de règles coutumières. Il est intitulé « Doctrine » (« *Teachings* » en anglais) de manière à correspondre à la terminologie employée dans l'article 38, paragraphe 1, lettre d), du Statut de la Cour internationale de Justice. Le projet de conclusion suit également de très près la terminologie de cet article en disposant que « [l]a doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier ».

Le terme « Doctrine » (« *Teachings* » en anglais) a été entendu par le comité comme ayant une large portée, pour inclure la doctrine éventuellement accessible dans une forme non-écrite comme celle accessible sur support audiovisuel. Par ailleurs, le terme « Doctrine » (« *Teachings* » en anglais) fait allusion à une certaine valeur du contenu qui n'est pas nécessairement reflétée par le terme « *writings* ». En ce qui concerne les auteurs d'une telle doctrine, à la suite d'une discussion sur le terme approprié à utiliser au cours de laquelle des termes tels que « juristes », « auteurs », « publicistes », ont été proposés, le comité de rédaction a estimé que, en dépit du caractère quelque peu daté du terme « publicistes », le sens de celui-ci était bien compris et semblait être plus approprié dans ce contexte, compte tenu aussi du fait que le comité de rédaction a choisi de suivre la terminologie de l'article 38, paragraphe 1, lettre d), du Statut de la Cour internationale de Justice. Le commentaire précisera l'étendue du terme tel qu'il est compris aujourd'hui. Les termes « les plus qualifiés », qui se trouvent également dans l'article 38, paragraphe 1, lettre d), permettent de préciser que seule la doctrine d'une certaine

qualité peut servir de moyen auxiliaire de détermination des règles coutumières internationales. La référence aux publicistes « des différentes nations », qui se trouve également dans l'article 38, paragraphe 1, lettre d), insiste sur l'importance d'avoir recours, quand c'est opportun, aux sources doctrinales représentatives des différents pays. Le commentaire précisera que cela doit généralement s'entendre largement comme incluant non seulement la doctrine des différents pays, mais aussi des différentes régions, ainsi que la doctrine représentative des différents systèmes juridiques.

Afin d'harmoniser la terminologie employée dans les différents projets de conclusion, le comité a remplacé le terme « *identification* » en anglais par le « *determination* » dans ce projet de conclusion également. Pour conclure sur ce projet de conclusion, il doit être brièvement mentionné, dès lors que la question a été soulevée en plénière, que le Rapporteur spécial a préparé pour le comité de rédaction une proposition de projet de conclusion distinct sur la pertinence des travaux des organes d'experts qui, tels la Commission du droit international, sont engagés dans la codification du droit international. Toutefois, bien que le comité de rédaction ait reconnu l'importance spéciale qui peut s'attacher aux travaux de la Commission et d'autres travaux collectifs, il a estimé que le Rapporteur spécial devait approfondir cette question et le Rapporteur s'est engagé à le faire dans son prochain rapport, en gardant à l'esprit les commentaires qu'il doit également préparer.

Je passe maintenant à la Sixième partie, intitulée « Objecteur persistant », qui contient le projet de conclusion 15 [16], précédé du même intitulé.

Partie VI- Objecteur persistant

Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial a proposé que les deux derniers projets de conclusion, l'un sur la coutume particulière contenu dans ce qui était alors le projet de conclusion 15 et l'autre sur l'objection persistante qui figurait dans le projet de conclusion 16, apparaissent ensemble dans une partie finale intitulée « Exceptions à l'application générale des règles du droit international coutumier ». A la réflexion, cela a semblé quelque peu artificiel et le comité de rédaction a décidé de placer les deux projets de conclusion dans deux parties distinctes. Par ailleurs, l'ordre dans lequel les deux projets de conclusion apparaissaient à

l'origine a été inversé, l'« objecteur persistant » apparaissant en premier maintenant, dans une sixième partie, puis le « droit international coutumier particulier » dans une septième partie. On a estimé que la règle de l'objecteur persistant pouvait être également pertinente à l'égard du droit international coutumier particulier, et qu'un tel changement structurel permettait de mieux en rendre compte.

Même si en plénière certains membres ont exprimé des doutes quant à la pertinence de la règle de l'objecteur persistant pour la détermination du droit international coutumier, relevant qu'elle semblait davantage liée à l'application d'une telle règle, l'opinion prépondérante fut en faveur d'un projet de conclusion sur le sujet étant donné que, en pratique, la règle de l'objecteur persistant est fréquemment invoquée lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'une règle coutumière. Dans le même temps, au vu du caractère exceptionnel de la règle, le comité de rédaction a reconnu le besoin d'intégrer dans le texte les conditions rigoureuses qui permettent à un Etat de devenir un objecteur persistant. Il a été également jugé nécessaire que le commentaire fournisse des exemples.

Sur cette base, le projet de conclusion 15 comporte deux paragraphes.

Paragraphe 1

La formulation du paragraphe 1 a généré un débat large et varié destiné à refléter pleinement les éléments de temporalité, d'émergence et de continuité inhérents à la règle de l'objecteur persistant. La discussion fut centrée sur le sens de l'expression « a objecté de manière persistante » telle qu'utilisée dans la formulation du Rapporteur spécial, ainsi que sur le point de savoir si la référence dans la même proposition à une « nouvelle » règle reflétait de la meilleure manière l'existence d'une nouvelle règle par opposition à une règle « émergente » ou « encore en voie d'émergence ». Il faut noter par ailleurs que la référence au « caractère persistant de l'objection » a été supprimée dans ce paragraphe dès lors qu'une telle exigence figure désormais dans le paragraphe 2.

La proposition initiale du Rapporteur spécial prévoyait également que l'Etat objectant ne serait « pas lié » par la règle aussi longtemps qu'il maintient cette objection. Après un long échange de vues sur les diverses formulations permettant de refléter la relation entre une règle

coutumière et l'objecteur persistant, le comité de rédaction s'est mis d'accord sur le terme « opposable ». L'opposabilité est entendue dans ses dimensions procédurale et substantielle.

Tel qu'il est maintenant formulé, le paragraphe 1 vise à rendre compte du processus par lequel l'objection à la règle ou à son application est enregistrée pendant que la règle est en formation, avant qu'elle se cristallise en une règle de droit, et est maintenue ensuite. En conséquence, le paragraphe 1 dispose que lorsqu'un Etat a objecté à une règle de droit international coutumier lorsqu'elle était en voie de formation, cette règle n'est pas opposable à l'Etat concerné aussi longtemps qu'il maintient cette objection. En d'autres termes, il y a un processus en deux étapes suivant lequel dans un premier temps, reflétant un élément temporel, un Etat doit avoir objecté à la règle « lorsqu'elle était en voie de formation » ; une fois que la règle est formée, l'Etat ne sera pas lié par la règle « aussi longtemps qu'il maintient son objection », ce qui concerne l'émergence de la règle et la continuité de l'objection. L'Etat objectant aura la charge de prouver qu'il a le droit de bénéficier de la règle de l'objection persistante. Une fois que cette preuve est apportée, la règle coutumière ne lui sera pas applicable – elle ne sera pas opposable à l'Etat objectant.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2, qui est nouveau, vise ensuite à exposer les conditions strictes auxquelles l'effectivité de l'objection persistante est soumise, telles qu'elles ont été décrites dans le troisième rapport du Rapporteur spécial. Ce paragraphe exige trois éléments essentiels : a) l'objection doit être exprimée clairement ; b) l'objection doit être communiquée aux autres Etats, et c) l'objection doit être maintenue de manière persistante. Le commentaire décrira ce que chacun de ces trois éléments implique. L'objection doit être exprimée de manière non ambiguë et exprimer clairement la position juridique de l'Etat objectant. Elle peut être orale ou écrite. L'expression « être communiquée aux autres Etats » est destinée à apporter une certaine flexibilité quant à la manière par laquelle la position de l'objecteur est communiquée aux Etats concernés. Il est entendu que la référence au « maint[i]e[n] de manière persistante » signifie, comme l'a noté le Rapporteur spécial dans son troisième rapport, que l'Etat doit maintenir son objection à la fois de manière persistante et de manière concordante, à défaut de quoi il pourrait être considéré comme ayant acquiescé à la règle. La condition de « persistance » s'applique à

toutes les phases temporelles de la formation et l'existence de la règle. Il a été noté, cependant, qu'il pouvait être non réaliste d'exiger une constance totale.

Le comité de rédaction a également eu une brève discussion quant à savoir s'il devait y avoir un paragraphe additionnel pour refléter l'impossibilité d'obtenir le statut d'objecteur persistant à l'égard d'une règle de *jus cogens*. Cette question fut également soulevée en plénière. Il sera rappelé que la Commission a décidé de ne pas traiter du *jus cogens* dans le contexte du présent sujet ; le sujet distinct « *Jus cogens* » est de fait maintenant au programme de travail de la Commission. Il a été considéré par conséquent que cette question serait traitée de manière plus opportune dans le cadre de cet autre sujet.

J'en viens maintenant à la septième partie, intitulée « Droit international coutumier particulier », qui contient le projet de conclusion 16, avec le même intitulé.

Part VII – Droit international coutumier particulier

La septième partie contient un seul projet de conclusion, consacré au droit international coutumier particulier. Le débat en plénière a révélé une inclination de la majorité à avoir une conclusion sur ce sujet, même si des vues se sont exprimées alertant sur le risque que cela pouvait encourager la fragmentation du droit international. L'intitulé initial « coutume particulière » a été changé pour bien clarifier que le projet de conclusion concerne le droit international coutumier et non une simple coutume ou un simple usage entre certains Etats ; dans le cas du droit international coutumier particulier, bien plus que dans le cas du droit international coutumier général, il doit y avoir une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Le projet de conclusion 16 est lui aussi intitulé « Droit international coutumier particulier ». L'attention ici porte sur le « particulier » par opposition au « général ». Le fait qu'il y ait des règles de droit coutumier international qui ne lient que certains Etats seulement a été reconnu depuis longtemps ; celles-ci ont été décrites de manière variée en jurisprudence et en doctrine comme étant « particulières », « locales », ou « spéciales », et ont généralement émergé

sous la forme de coutumes régionales ou bilatérales. Il y a eu une préférence pour l'utilisation du terme « particulier » plutôt que « spécial » car il s'oppose mieux au terme « général ».

Le projet de conclusion 16 se compose de deux paragraphes.

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 a une nature définitionnelle. Il possède deux éléments. Le premier indique que la règle de droit international coutumier particulier peut être régionale, locale ou autre. Le commentaire décrira les cas dans lesquelles une telle coutume se manifeste au plan régional, local, ou dans d'autres situations qui peuvent être fondées sur une communauté d'intérêt. Le deuxième aspect concerne l'applicabilité, et la considération centrale ici est que le « droit international coutumier particulier » ne s'applique qu'entre un nombre limité d'Etats. La référence à « un nombre limité d'Etats » doit être appréciée dans le contexte du paragraphe 2, qui évoque les « Etats concernés ». Le comité de rédaction a choisi d'utiliser le terme « s'applique » de préférence à la notion d'« invocabilité » par ou contre un Etat ou de préférence à l'introduction d'un élément d'« effet contraignant ». Dans la mesure où ces dernières considérations semblent entraîner des interrogations quant aux « effets » possibles en cause, il a été considéré qu'elles soulevaient plus de questions que de réponses, là où le verbe « s'applique » offre la simplicité de constituer un terme *prima facie* factuel et facilement compréhensible par l'utilisateur à venir du projet.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 porte sur les aspects substantiels concernant la manière de déterminer l'existence et le contenu du droit international coutumier particulier. Même si certains membres se sont demandés si le qualificatif « général » (s'agissant de l'élément constitutif de la pratique) était nécessaire dans le contexte de la coutume particulière, on a considéré que, ici aussi, l'approche des deux éléments s'applique ; il doit y avoir une « pratique générale » entre les Etats concernés « qui est acceptée par eux comme étant le droit (*opinio juris*) ». En d'autres termes, les mêmes considérations que celles contenues dans le projet de conclusion 2 doivent être présentes en ce qui concerne le droit international coutumier particulier. La seule différence est qu'il s'agit d'une « pratique générale » entre les Etats concernés, qui sont en nombre limité comme indiqué

dans le paragraphe 1 ; « général » renvoie principalement ici donc au caractère concordant de la pratique entre les Etats concernés. De plus, elle doit être « acceptée par eux » comme étant le droit.

Le commentaire cherchera à refléter les diverses nuances associées à l'expression « acceptée par eux comme étant le droit » (*opinio juris*) contenue dans le paragraphe 2, que ce soit dans un contexte régional, local ou autre. Le comité de rédaction a également décidé de ne pas inclure un troisième paragraphe, proposé par le Rapporteur spécial, qui aurait indiqué que les projets de conclusion qui précèdent s'appliquent *mutatis mutandis* à la détermination du droit international coutumier particulier. La manière suivant laquelle les autres projets de conclusion s'appliquent au droit international coutumier sera expliquée dans le commentaire.

M. le Président,

Ceci conclut mon introduction du quatrième rapport du comité de rédaction pour la soixante-septième session. A des fins pratiques, les 16 projets de conclusion adoptés à titre provisoire par le comité de rédaction sont reproduits dans le document A/CN.4/L.869. La Commission n'est pas, à ce stade, sollicitée de prendre une décision sur les projets de conclusion, qui ont été présentés à des fins d'information seulement. Le Rapporteur spécial préparera maintenant les projets de commentaires qui accompagneront les projets de conclusions, qui seront examinés lors de notre session de 2016. Dans le même temps, le Rapporteur spécial examinera tout autre point en suspens dans son quatrième rapport. Le comité de rédaction exprime le vœu que la Commission pourra approuver à titre provisoire les projets de conclusion au début de sa session de l'année prochaine. Le Rapporteur spécial soumettra alors les projets de commentaires qui accompagneront les conclusions, lesquels projets de commentaires pourront être examinés plus tard au cours de cette session. Cela signifie qu'un ensemble complet de projets de conclusion et de commentaires pourrait être adopté en première lecture par la Commission d'ici à la fin de la session de l'année prochaine.

Je vous remercie bien vivement.

Détermination du droit international coutumier

Texte des projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction*

Partie I Introduction

Projet de conclusion 1

Portée

Les présents projets de conclusion concernent la manière dont l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier doivent être déterminés.

Partie II Approche fondamentale

Projet de conclusion 2 [3]¹

Deux éléments constitutifs

Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Projet de conclusion 3 [4]

Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments

1. Dans l'appréciation des moyens permettant d'établir l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle, et des circonstances propres à chacun de ces moyens.
2. Chaque élément doit être établi séparément. Cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence.

Partie III Pratique générale

Projet de conclusion 4 [5]

Exigence d'une pratique

1. L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier signifie que c'est principalement la pratique des

* Le présent texte contient les projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction lors des soixante-sixième (2014) et soixante-septième (2015) sessions de la Commission.

¹ La numérotation des projets de conclusion, ainsi que proposée initialement par le Rapporteur spécial dans ses deuxième et troisième rapports, est indiquée entre crochets, quand la numérotation est différente.

États qui contribue à la formation ou à l'expression de règles de droit international coutumier.

2. Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.

3. La conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2.

Projet de conclusion 5 [6]

Comportement de l'État en tant que pratique de l'État

La pratique de l'État consiste dans le comportement de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre.

Projet de conclusion 6 [7]

Formes de pratique

1. La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle comprend des actes matériels et verbaux. Elle peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction.

2. Les formes de pratiques étatiques comprennent, sans y être limitées : les actes et la correspondance diplomatiques; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale; la conduite relative aux traités; la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle « sur le terrain »; les actes législatifs et administratifs; et les décisions des juridictions internes.

3. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.

Projet de conclusion 7 [8]

Appréciation de la pratique d'un État

1. Il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de l'État, laquelle doit être appréciée dans son ensemble.

2. Lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit.

Projet de conclusion 8 [9]

La pratique doit être générale

1. La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante.

2. Il n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale.

Partie IV

Acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)

Projet de conclusion 9 [10]

Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)

1. La condition, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) signifie que la pratique en question doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit.
2. Une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) doit être distinguée du simple usage ou de la simple habitude.

Projet de conclusion 10 [11]

Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)

1. La preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut revêtir une large variété de formes.
2. Les formes de preuves de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États; les publications officielles; les avis juridiques gouvernementaux; la correspondance diplomatique; les décisions des juridictions nationales; les dispositions de traités; ainsi que la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale.
3. L'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction.

Partie V

Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier

Projet de conclusion 11 [12]

Traités

1. Une règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la règle conventionnelle :
 - a) a codifié une règle de droit international coutumier existante à la date de la conclusion du traité;
 - b) a abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier qui avait commencé à émerger avant la conclusion du traité; ou
 - c) a servi de point de départ à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), engendrant ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier.
2. Le fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités peut signifier, sans toutefois que cela soit nécessairement le cas, que la règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier.

Projet de conclusion 12 [13]***Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales***

1. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ne peut pas, en elle-même, créer une règle de droit international coutumier.
2. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut fournir un élément de preuve pour établir l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement.
3. Une disposition d'une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que cette disposition correspond à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Projet de conclusion 13 [14]***Décisions de juridictions***

1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier constituent un moyen auxiliaire de détermination desdites règles.
2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, à titre de moyen auxiliaire de détermination de telles règles.

Projet de conclusion 14***Doctrine***

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier.

Partie VI**Objecteur persistant****Projet de conclusion 15 [16]*****Objecteur persistant***

1. Lorsqu'un État a objecté à une règle de droit international coutumier lorsqu'elle était en voie de formation, cette règle n'est pas opposable audit État aussi longtemps qu'il maintient son objection.
2. L'objection doit être exprimée clairement, être communiquée aux autres États et être maintenue de manière persistante.

Partie VII

Droit international coutumier particulier

Projet de conclusion 16 [15]

Droit international coutumier particulier

1. Une règle de droit international coutumier particulier, qu'elle soit régionale, locale ou autre, est une règle de droit international coutumier qui ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États.
 2. Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier particulier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale entre les États concernés qui est acceptée par eux comme étant le droit (*opinio juris*).
-