

Document:-
A/CN.4/SR.3183

Compte rendu analytique de la 3183e séance

sujet:
<plusieurs des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2013, vol. I

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

sociologie, la théorie et la philosophie du droit. Il lui sera nécessaire d'examiner les facteurs influant sur la formation de la volonté des États – notamment l'incidence de l'idéologie, des réalités politiques et du développement social. Or, tel n'est pas son rôle et M. Petrič ne pense pas d'ailleurs qu'elle pourrait le mener à bien. Elle devrait s'abstenir de se pencher sur les sources matérielles du droit international et se limiter aux sources formelles énumérées à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

45. La Commission se faciliterait la tâche en décidant d'aborder séparément le *jus cogens*, car cela lui permettrait de se concentrer sur tous les points indispensables aux fins du présent sujet. Le *jus cogens* constitue une sorte de *corpus separatum* à l'intérieur du droit international coutumier, avec un caractère et des effets particuliers.

46. M. Petrič partage pleinement l'avis des autres intervenants selon lesquels la tâche de la Commission n'est pas de produire un nouveau commentaire de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, car il en existe déjà et la Commission ne devrait pas les remettre en cause. Elle devrait plutôt consacrer toute son attention à la relation entre le droit international coutumier et les traités, et entre le droit international coutumier et les principes généraux du droit. Cette seconde relation est sans doute la plus complexe des deux et exige donc une plus grande attention que la première.

47. Tout en convenant que la pratique des États et des autres acteurs intergouvernementaux est au cœur du sujet, M. Petrič estime que la Commission devrait également analyser le «droit souple», comme par exemple les déclarations émanant de représentants des États et les échanges de vues confidentiels. Ce faisant, elle devrait tenir compte de la fonction des auteurs de cette pratique : par exemple, les déclarations des membres de la *troika* sont juridiquement contraignantes et ont plus de poids que celles d'autres représentants. La Commission devrait également examiner le comportement réel des États. Il serait bon de consacrer des recherches à la pratique des cours constitutionnelles, qui rendent des décisions importantes, et aux dispositions des constitutions des États qui précisent les modalités prévues pour la mise en œuvre du droit international.

48. Il convient de garder à l'esprit qu'avant la Seconde Guerre mondiale le droit international consistait essentiellement en coutume internationale. La récente codification des principaux domaines du droit international a relégué le droit international coutumier au rang de source assez subsidiaire. En examinant la doctrine et la pratique des États, aussi bien traditionnelles que contemporaines, la Commission doit garder à l'esprit l'évolution de la place de la coutume au cours des soixante dernières années.

49. Enfin, M. Petrič estime que la Commission devrait raisonnablement limiter ses ambitions à la formulation de conclusions, plutôt que de règles ou de critères, en ce qui concerne la formation du droit international coutumier.

La séance est levée à 13 h 5.

3183^e SÉANCE

Vendredi 19 juillet 2013, à 10 h 5

Président : M. Bernd H. NIEHAUS

Présents : M. Cafilisch, M. Candioti, M. Commissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Nolte, M. Park, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Organisation des travaux de la session (*fin**)

[Point 1 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT donne lecture du programme de travail proposé pour les trois dernières semaines de la session.

Le programme de travail pour les trois dernières semaines de la session est adopté.

Formation et identification du droit international coutumier (*suite*) [A/CN.4/657, sect. E, A/CN.4/659, A/CN.4/663]

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

2. M. MURPHY félicite le Rapporteur spécial pour la richesse de son premier rapport (A/CN.4/663) et dit que l'étude du Secrétariat consacrée aux travaux antérieurs de la Commission sur le sujet (A/CN.4/659) apporte également un éclairage très utile.

3. Dans l'introduction de son rapport, le Rapporteur spécial évoque le débat tenu en 2012 à la Sixième Commission. Il omet toutefois d'indiquer que les États ont mentionné la question de l'identification des normes coutumières régionales, ce qui vient conforter son choix d'aborder ce point dans son troisième rapport. Il invite par ailleurs la Commission à redemander aux États de lui donner des informations sur leur pratique. M. Murphy n'étant guère optimiste quant aux résultats de cette démarche, il se joint au Rapporteur spécial pour inciter les membres de la Commission à communiquer les renseignements dont ils pourraient eux-mêmes disposer.

4. Concernant la partie du rapport sur la délimitation du sujet la forme des résultats, et plus particulièrement l'intitulé du sujet, M. Murphy souligne que le terme anglais *evidence* est étroitement lié aux travaux relatifs à la coutume internationale que la Commission a entrepris

* Reprise des débats de la 3180^e séance.

dès 1949¹²⁴ au titre de l'article 24 de son statut – article dans lequel ce terme est d'ailleurs employé. Il ne verrait cependant pas d'objection à ce qu'*evidence* soit remplacé par *identification*, son synonyme selon le plan général de l'examen du sujet établi en 2011¹²⁵. La présence du terme «formation» dans l'intitulé du sujet ne lui paraît pas indispensable non plus, même si la question de la formation de la coutume apparaîtra certainement dans le projet sous une forme ou une autre. Il propose pour sa part un intitulé tenant en trois mots: «Droit international coutumier», qui signale clairement que ce sont bien les règles fondamentales de la matière qui sont traitées. Quant à la question du *jus cogens*, il semble qu'en déclarant dans son arrêt rendu en l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* que l'interdiction de la torture constitue une norme du droit international coutumier ayant acquis un caractère impératif (*jus cogens*) la Cour internationale de Justice consacre l'existence d'une obligation coutumière renforcée, une «super» coutume, se distinguant de la coutume «normale». Il conviendrait peut-être que la Commission se penche sur cette distinction. Néanmoins, le caractère très particulier des normes de *jus cogens*, qui semblent notamment primer certains «petits» traités mais non les «grands» traités multilatéraux, justifie en principe d'écarter le *jus cogens* du champ du sujet à l'examen. À propos des différences éventuelles existant, selon les branches du droit international, entre les règles régissant la formation et l'identification de la coutume, M. Murphy, tout en souscrivant à l'observation de M. Tladi, pour lequel il convient de ne pas considérer a priori que les règles du droit international opèrent de manière uniforme, rappelle que, de l'avis du Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation, la fragmentation des branches du droit international présuppose l'existence d'un système juridique international unitaire¹²⁶. Au regard de cette position, il estime que l'unité des règles régissant la coutume internationale prévaut. Il est enfin favorable lui aussi à ce que le résultat des travaux de la Commission prenne la forme d'un ensemble de conclusions.

5. Concernant les paragraphes 28 à 45 du rapport, M. Murphy souscrit à l'idée que la Commission devrait examiner, même brièvement, les relations entre la coutume internationale et les autres sources du droit international, notamment parce que, comme l'indique le Rapporteur Spécial, la distinction entre la coutume et les principes généraux du droit n'est pas toujours très claire dans la jurisprudence ou la doctrine. L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, de 1996, en est un bon exemple, car la Cour y fonde notamment ses

conclusions sur l'analyse de la coutume internationale, du droit international humanitaire et du droit international général, sans pour autant clarifier les relations entre ces différentes sources.

6. Pour ce qui est des paragraphes 46 à 101 du rapport et la question de l'approche «moderne» ou «classique» de la coutume, M. Murphy préfère ne pas entrer dans ce débat et considère que la pratique et l'*opinio juris* ont toujours constitué les deux éléments indispensables de la coutume internationale et qu'ils demeurent distincts, même si la présence de l'*opinio juris* est parfois devenue plus difficile à déduire de la pratique des États.

7. Enfin, eu égard à la difficulté du sujet, il se peut que les travaux de la Commission soient en effet de plus longue haleine que ne le prévoit le Rapporteur spécial et M. Murphy estime qu'il serait prématuré de renvoyer les projets de conclusion au Comité de rédaction.

8. M. PARK, soulignant que le premier rapport du Rapporteur spécial et l'étude du Secrétariat constituent des bases de travail essentielles pour la Commission, rappelle que Hans Kelsen considérait le sujet à l'examen comme éminemment complexe en raison de la part d'éléments «inconscients» et «non délibérés» qui caractérisent la coutume¹²⁷. Le premier rapport du Rapporteur spécial comporte deux volets, dont le second, qui est consacré à l'analyse de la jurisprudence et de la doctrine, dégage une tendance actuelle concernant la coutume internationale.

9. À propos de la fragmentation du droit international et de l'existence de règles de formation et d'identification de la coutume différentes selon les branches de ce droit, M. Park est, pour sa part, en désaccord avec cette idée. Cette question étant essentielle pour l'orientation des travaux de la Commission, il souhaiterait que le Rapporteur spécial clarifie sa position. En revanche, il rejoint entièrement celui-ci lorsqu'il recommande d'exclure le *jus cogens* du champ du sujet pour l'instant, même s'il doit constater comme lui que droit coutumier et normes impératives sont étroitement liés, comme en témoigne le paragraphe 99 de l'arrêt rendu en l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, précédemment cité.

10. En ce qui concerne la question des effets des traités sur le droit international coutumier, notamment des «traités de codification largement acceptés» (paragraphe 35 du rapport), il serait souhaitable que, lorsque le Rapporteur spécial approfondira cette question dans son prochain rapport, il s'attarde sur les effets des traités multilatéraux élaborés par la Commission mais non entrés en vigueur, les effets des traités multilatéraux auxquels les parties sont peu nombreuses, et la question de la valeur de ces instruments en tant que preuves du droit international coutumier. En outre, s'agissant de la distinction délicate entre droit international coutumier et principes généraux du droit, il serait important d'inclure une définition de ces derniers dans le projet de conclusion n° 2 sur les termes employés, en raison de l'objectif pratique assigné aux travaux de la Commission, à savoir fournir des orientations

¹²⁴ La Commission a examiné le sujet portant sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier lors de ses première et deuxième séances, tenues en 1949 et 1950 (voir *Yearbook of the International Law Commission 1949*, p. 283 et 284, par. 35 à 37, et *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, p. 367 à 374, par. 24 à 94).

¹²⁵ *Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), annexe I, par. 6 à 10.

¹²⁶ Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, établi par Martti Koskeniemi [A/CN.4/L.682 et Corr.1 (et Add.1)], par. 407 et suiv., disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session [le texte définitif sera publié comme additif à l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie)].

¹²⁷ H. Kelsen, *Principles of International Law*, New York, Rinehart, 1952, p. 308.

aux personnes appelées à appliquer les règles du droit international coutumier (notamment aux juges nationaux dans le cadre des systèmes monistes).

11. Passant au deuxième volet du premier rapport du Rapporteur spécial, M. Park souligne, à propos de l'attitude des États et des acteurs intergouvernementaux à l'égard de la formation et l'identification du droit international coutumier, l'intérêt de prendre en considération les travaux des rapporteurs spéciaux des organes conventionnels de l'Organisation des Nations Unies, citant par exemple le rapport final sur le viol systématique, l'esclavage sexuel et les pratiques analogues à l'esclavage en période de conflit armé présenté en 1998 par la Rapporteuse spéciale de la Commission des droits de l'homme¹²⁸, dans lequel la Rapporteuse spéciale démontre le caractère coutumier de l'interdiction de l'esclavage. En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, M. Park observe qu'au paragraphe 64 de son rapport le Rapporteur se borne à constater que, pour certains auteurs, la Cour revalorise généralement dans ses raisonnements le rôle du droit international coutumier tandis que pour certains commentateurs elle ne prouve pas toujours de façon suffisamment stricte l'existence des règles coutumières invoquées. Il souhaiterait que le Rapporteur spécial précise laquelle de ces deux conceptions de la Cour lui paraît dominer. La valeur à accorder aux opinions individuelles et dissidentes exprimées par les juges de la Cour sur les éléments de la coutume mériterait aussi d'être précisée.

12. Passant aux conclusions proposées par le Rapporteur spécial, M. Park dit qu'il faudrait ajouter l'objectif du sujet dans le projet de conclusion n° 1 (Délimitation du sujet). Dans le projet de conclusion n° 2 (Termes employés), il serait préférable de ne pas renvoyer à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, dont la pertinence est controversée. Il serait en outre utile de définir également les principes généraux du droit. Quant à l'intitulé du sujet, il doit refléter l'objectif des travaux. Une expression comme «vérification de l'existence du droit international coutumier» réglerait les problèmes posés par le terme «identification».

13. M. NOLTE prend note des arguments des membres qui voudraient circonscrire le sujet à la seule identification du droit international coutumier, mais dit qu'une certaine attention doit être accordée aux aspects fondamentaux de la formation, d'autant que le débat sur la pertinence de l'existence d'une «tendance» dans un domaine donné joue un rôle important, dans les prétoires comme dans la jurisprudence, ainsi que l'a montré l'examen d'un autre sujet traité par la Commission. Le terme «formation» peut toutefois être supprimé dans le titre. Une plus grande attention doit également être portée à l'interaction entre les règles et les principes à caractère plus ou moins général qui constituent le droit international coutumier.

14. Une autre interaction essentielle est celle qui s'opère entre le droit international coutumier et les principes généraux du droit, souvent utilisés en complément, voire en lieu et place, des critères classiques de la coutume. On peut ainsi concevoir qu'une règle coutumière soit interprétée à la lumière d'un principe général reconnu. Le rôle de ces

principes est étroitement connexe à la formation et à l'identification du droit international coutumier, mais, au vu de la nécessité de tenir compte de la délimitation du sujet, ces questions doivent être distinguées. La Commission doit toutefois veiller à ne pas fermer la porte à une possible identification des principes généraux en tant que source du droit international, en soi ou en complément à d'autres règles issues d'autres sources. En tout état de cause, il faut au moins déterminer, comme il est dit au paragraphe 36 du rapport, les règles qui doivent, de par leur nature, être ancrées dans la pratique des États. Mais ces règles ne peuvent pas être identifiées seulement par leur caractère «secondaire»; elles doivent l'être aussi par leur contenu.

15. Pour conclure, M. Nolte dit qu'il approuve l'absence de distinction établie entre les doctrines «positivistes» et les doctrines «critiques», ainsi que la référence, au paragraphe 65 du rapport, au critère des «éléments disponibles» évoqué par le Président de la Cour internationale de Justice¹²⁹. Ce dernier point mérite d'être approfondi, et le fait d'insister sur la disponibilité n'est pas incompatible avec la volonté de rendre les États plus égaux face au processus d'identification de la coutume. Enfin, on peut se demander si la remarque faite à la dernière note du paragraphe 84 du rapport, où il est rappelé qu'il n'appartient pas aux juridictions internes de «développer» le droit international¹³⁰, n'est pas applicable également aux juridictions internationales, surtout si l'on considère que l'approche retenue aux fins de l'identification du droit doit être la même pour tous.

16. M. ŠTURMA dit que le sujet à l'examen doit recouvrir à la fois la formation et l'identification du droit international coutumier, même si le titre peut en effet ne mentionner que le second de ces processus, voire être réduit à «droit international coutumier». On est ici dans le domaine des sources formelles du droit international, et il est impossible d'examiner l'identification de la coutume sans se pencher sur sa formation, en particulier sur la question de savoir si les critères de formation ont été satisfaits. Afin de régler le débat qui semble diviser la Commission au sujet des règles secondaires, on pourrait recourir à la définition plus large de H. Hart, qui les qualifie de «règles sur les règles» fixant la procédure de formation ou de changement des règles primaires¹³¹. Le *jus cogens* peut assurément être exclu de la portée du sujet, mais ses relations avec le droit international coutumier ne doivent pas être totalement ignorées. Il ne faut pas non plus que la Commission adopte l'interprétation – quelque peu obsolète – qui consiste à voir dans l'*opinio juris* une forme, peut-être implicite, de consentement. M. Tladi avait fait valoir à la session précédente que «le droit international coutumier et le droit des traités repos[aient] tous deux sur une théorie du consentement de l'État, alors que le *jus cogens* repos[ait] sur autre chose». C'est l'interprétation de l'ancienne école positiviste (la théorie de la volonté), mais, de nos jours, la coutume diffère du droit conventionnel. Il faut garder à l'esprit que l'*opinio juris*

¹²⁹ P. Tomka, «Custom and the International Court of Justice», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), p. 197 et 198.

¹³⁰ Lord Hoffman, dans ses conclusions devant la Chambre des Lords dans les affaires *Jones et Mitchell*, par. 63.

¹³¹ H. Hart, *The Concept of Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 94.

¹²⁸ E/CN.4/Sub.2/1998/13.

est autre chose que le consentement de tous les États, et qu'elle doit être conjuguée à la pratique pour donner naissance à une norme impérative.

17. La partie consacrée aux documents à consulter est pertinente, mais il faut se rappeler que les États ne publient pas tous une analyse de leur pratique, et ne pas négliger la jurisprudence d'autres organes que la Cour internationale de Justice, tels que les juridictions régionales, les tribunaux pénaux internationaux, les organes de l'Organisation internationale du Travail, etc. Les jurisprudences nationales sont précieuses également, mais restent limitées car, s'agissant du droit international, les tribunaux des États appliquent principalement le droit conventionnel et ne sont pas toujours habilités à appliquer directement le droit coutumier.

18. M. HMOUD dit que l'interaction entre la doctrine et la pratique fait intrinsèquement partie du sujet à l'examen, même si certains y voient une manifestation de la souplesse du droit international coutumier tandis que d'autres la considèrent comme une limitation. L'évolution des relations internationales se traduit par l'apparition de concepts variés qui ont une valeur juridique distincte selon qu'ils sont ou non de nature coutumière. Or, les différends naissent souvent de l'absence de compréhension claire, ou commune, du droit international coutumier et de son interaction avec les autres sources telles que les traités et les principes généraux du droit. La Commission doit donc clarifier ce qu'est le processus de formation d'une règle coutumière, les éléments de celui-ci et les preuves requises pour établir son existence, afin de favoriser ainsi la sécurité juridique.

19. Les modalités de la formation d'une règle coutumière et les moyens d'établir son existence sont donc deux aspects distincts mais étroitement liés du droit international coutumier, et il serait vain de vouloir examiner l'un sans l'autre. On peut toutefois considérer, comme cela a déjà été dit, que le terme « identification » couvre les deux et suffirait pour le titre. En ce qui concerne la portée du sujet, la question se pose de savoir si l'approche suivie en matière d'identification doit différer selon la branche du droit concernée, pour ce qui est tant des éléments constitutifs de la règle que des moyens d'établir son existence. Une réflexion plus approfondie sera nécessaire sur ce point. Dans le même ordre d'idées, il faudra examiner le rôle éventuel du droit coutumier régional. Quant au *jus cogens*, il devrait être inclus. La Commission a rappelé, dans les commentaires du Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission à sa soixante-troisième session, que les normes impératives du droit international étaient presque toujours de nature coutumière¹³². Rien ne milite en faveur de leur exclusion du sujet, même s'il faudra régler certaines questions importantes comme celles de leur formation et de leur valeur, de l'étendue de leur acceptation, et de leurs rapports avec les régimes conventionnels multilatéraux. À propos de la question de savoir si le droit coutumier doit être considéré comme une source du droit international, il faut rappeler que le caractère contraignant de la coutume internationale est bien antérieur au Statut de la Cour internationale de Justice, lequel ne fait que refléter l'état du

droit. La définition contenue à l'Article 38 du Statut, outre qu'elle fait largement autorité, est une référence pertinente. Il n'est toutefois pas nécessaire de renvoyer aux termes mêmes de l'Article, mais au caractère contraignant de la coutume qui en ressort.

20. Il faudra indiquer, dans la définition de la pratique, que celle-ci doit être générale et constante, et préciser ce que l'on entend exactement par là. Il faudra aussi définir le sens de l'expression *opinio juris sive necessitatis*, en précisant s'il y a une différence entre la reconnaissance générale du caractère contraignant d'une règle et sa nécessité. Il faudra en outre examiner la question de savoir si l'*opinio juris* est subséquente à la pratique ou peut la précéder, car certaines déclarations et actes politiques semblent avoir un caractère contraignant avant même qu'une pratique existe, et peuvent être à l'origine de règles de « droit souple » (*soft law*).

21. À l'évidence, il faut consulter un large éventail de documents pour identifier le droit international coutumier, même si le poids de chaque élément dépend de sa source et du caractère primaire ou secondaire de celle-ci. Il faudra donc faire une distinction entre les différents types de documents et évaluer leur poids dans la formation et/ou la preuve de l'existence du droit international coutumier, et notamment préciser en quoi un acte ou une déclaration d'un organe de l'État ou une décision d'un tribunal national reflètent la pratique de l'État, et en quoi ils reflètent son interprétation d'une certaine règle du droit international coutumier. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice peut être considérée comme la première source de documents à utiliser à cette fin. À plusieurs reprises, la Cour a réaffirmé les éléments nécessaires pour établir l'existence d'une règle coutumière, indiquant qu'il fallait tenir compte tant de l'élément objectif de la pratique que de l'élément subjectif de l'*opinio juris*, ce qui montre à la Commission l'approche qu'elle devrait adopter, à savoir l'approche positiviste classique, sans toutefois exclure d'autres approches dans des situations sur lesquelles la Cour ne s'est jamais prononcée. Cela étant, la Cour a parfois établi qu'une règle existait du fait qu'elle l'avait énoncée, ce qui pose la question de savoir si sa décision avait un caractère déclaratoire ou déterminatif de la règle. D'autres cours et tribunaux internationaux suivent la jurisprudence de la Cour pour identifier les éléments d'une règle coutumière et son existence mais ne mettent pas toujours l'accent sur l'un ou l'autre élément (pratique et *opinio juris*) ou sur les deux, s'écartant ainsi plus ou moins de l'approche classique. Il faudra examiner ce point à la lumière du droit et de la juridiction concernés, ce qui est essentiel pour déterminer l'émergence de certaines normes et le moment précis où une norme émergente dans un certain domaine devient du droit international coutumier. Il faudra aussi tenir compte des documents émanant d'organisations internationales, en prêtant une attention particulière au rôle des actes des organes des différentes organisations, en particulier l'Organisation des Nations Unies, dans la formation du droit coutumier. Il faudra notamment se demander si une résolution de l'Assemblée générale ou une décision du Conseil de sécurité font partie du droit international coutumier, donnent naissance à une règle du droit international coutumier ou en sont le reflet, et si la coutume peut être créée par l'intermédiaire d'actes d'une organisation, ce qui est un point très controversé.

¹³² *Annuaire... 2011*, vol. II (3^e partie), p. 233 (paragraphe 14 du commentaire relatif à la directive 3.1.5.3).

22. Les travaux de la Commission peuvent aussi rapprocher la démarche classique de celle moderne et faire mieux comprendre les éléments du droit et l'accent à mettre en fonction de la situation, du moment, des intérêts en jeu et du domaine du droit. Enfin, en ce qui concerne les normes dites émergentes et leur lien avec le droit international coutumier, l'étude de la relation entre les principes généraux du droit et le droit international coutumier peut contribuer à déterminer leur valeur juridique. En conclusion, M. Hmoud dit qu'il souscrit au programme de travail proposé par le Rapporteur spécial dans son rapport.

23. M. HASSOUNA fait observer que le rapport soulève de nombreuses questions pour lesquelles il n'y a pas de réponses claires, d'autant que même la terminologie de base n'est pas claire. La formation du droit international coutumier est entourée d'ambiguïté, en grande partie créée par les États qui souhaitent disposer de règles claires lorsqu'ils en ont besoin, mais qui, dans d'autres situations, veulent des règles mal définies, inapplicables et « molles ». Si cette dualité rend le droit fluide, il devient, par voie de conséquence, difficile d'établir avec clarté et certitude quelles règles existent dans certains domaines. Tout au long de son premier rapport, le Rapporteur spécial a su associer des arguments directs et concis à de très riches références. Aux paragraphes 13 à 23, il a mis en lumière quatre éléments principaux concernant la délimitation du sujet et la forme des résultats qui vont dans le sens des débats tenus en 2012 au sein de la Commission¹³³. Il a jugé préférable de ne pas traiter du *jus cogens* dans le cadre du sujet à l'examen, ce qui semble parfaitement fondé, même s'il faudra parfois se référer à certaines de ses règles dans des contextes particuliers. La Commission devra néanmoins examiner la question, mentionnée dans les deux derniers chapitres du rapport, de savoir s'il existe différentes approches de la formation et de l'identification des normes coutumières dans différents domaines du droit international.

24. En ce qui concerne le titre du sujet et ses différentes versions linguistiques, peut-être pourrait-on opter pour « Identification du droit international coutumier », du moment que les questions de la formation du droit international coutumier et de l'attestation de son état sont dûment traitées. Pour ce qui est des paragraphes 28 à 45 du rapport, la relation entre le droit international coutumier et les autres sources de droit énumérées à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice devrait être examinée à un stade ultérieur des travaux de la Commission, car il est essentiel, d'abord, de bien comprendre les deux éléments du droit international coutumier. Quant à la distinction entre droit international coutumier et principes généraux du droit, il importe de bien distinguer les principes généraux en tant que « type » de norme à caractère plus général et fondamental de la « source » mentionnée à l'alinéa c du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour.

25. L'absence de réponse des États aux demandes de la Commission, que le Rapporteur spécial signale dans son rapport, est certainement regrettable, et l'on peut se demander s'il s'agit d'une simple négligence ou si cette absence est le signe d'une certaine réticence à s'engager dans un sujet complexe et controversé. Les informations

sur la pratique des États sont nécessaires non seulement pour le processus de codification mené par la Commission mais aussi pour les travaux des cours et tribunaux internationaux. Le Président de la Cour internationale de Justice a souligné récemment combien les travaux de la Commission facilitent la tâche de la Cour en matière d'identification des éléments attestant de la pratique des États, et a indiqué que la Cour acceptait le résultat des travaux de codification menés par la Commission comme du droit « coutumier, sans autre commentaire, ou très peu¹³⁴ ». En ce qui concerne les acteurs intergouvernementaux, la Commission devrait examiner le rôle que jouent les résolutions de l'Organisation des Nations Unies dans la formation des normes coutumières internationales, que la Cour internationale de Justice a aussi étudié, notamment dans son arrêt en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et son arrêt en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*.

26. Enfin, en ce qui concerne le futur programme de travail qui figure dans le dernier chapitre du rapport et que certains ont jugé beaucoup trop ambitieux, M. Hassouna croit au contraire comprendre que le Rapporteur spécial entend continuer de se concentrer sur les principales questions importantes du sujet à l'examen et ne doute pas de sa capacité à mener son entreprise à bien d'ici à la fin du quinquennat en cours.

27. M. WISNUMURTI dit que le sujet à l'examen doit recouvrir à la fois la formation du droit international coutumier, qui est un processus dynamique, et son identification, qui a un caractère statique. Certains membres ont proposé de simplifier le titre pour éviter les problèmes de traduction en supprimant le terme « formation », mais M. Wisnumurti n'est guère convaincu par cette idée, car les deux notions lui semblent d'importance égale et étroitement liées. Le projet de conclusion n° 1 ne pose pas de problème, du moment que l'ensemble des conclusions couvre à la fois la formation et l'identification du droit international coutumier. M. Wisnumurti convient que le *jus cogens* ne fait pas partie du sujet à l'examen, même si la Commission sera peut-être amenée à se pencher ultérieurement sur ses règles, et souscrit aux vues exprimées par le Rapporteur spécial aux paragraphes 34 à 37 de son rapport. Il souscrit également aux observations faites par le Rapporteur spécial à propos des expressions « droit international coutumier » et « règles du droit international coutumier », et estime que le projet de conclusion n° 2 mérite toute l'attention de la Commission.

28. En ce qui concerne les deux éléments nécessaires à la formation du droit international coutumier, à savoir une « pratique [...] fréquente et pratiquement uniforme » et « la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit », comme l'a indiqué la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (paragraphes 74 et 77 de l'arrêt), il convient de noter que ces deux éléments n'ont pas été clairement expliqués ni analysés. Il serait bon de

¹³³ Voir *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), par. 169 à 191.

¹³⁴ P. Tomka, « Custom and the International Court of Justice » (voir *supra* la note 129), p. 202 et 203.

parvenir à une compréhension commune de ce que signifient les termes «pratique constante» et «pratique [...] fréquente et pratiquement uniforme», en définissant des critères pertinents en la matière, et de ce que l'on entend par l'existence d'une «conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit» ou par l'«élément subjectif [...] implicite dans la notion [...] d'*opinio juris sive necessitatis*».

29. Il est intéressant de noter, comme il est indiqué aux paragraphes 94 à 101 du rapport, que l'approche «classique» de la formation et de la preuve du droit international coutumier fait l'objet de critiques et que les partisans d'une approche «moderne» proposent de réduire le rôle de l'*opinio juris* ou au contraire de réduire au minimum le critère de la pratique et de privilégier l'*opinio juris*. M. Wisnumurti préférerait pour sa part que la Commission conserve ces deux éléments, étant entendu qu'il faudra faire preuve de souplesse pour déterminer lequel des deux doit primer. Enfin, s'il est peut-être vrai que le programme de travail du Rapporteur spécial est trop ambitieux, le fait que celui-ci compte présenter son rapport final en 2016 montre qu'il s'est fixé un objectif qu'il a l'intention d'atteindre.

La séance est levée à 12 h 45.

3184^e SÉANCE

Mardi 23 juillet 2013, à 10 heures

Président: M. Bernd H. NIEHAUS

Présents: M. Cafilisch, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Gevorgian, M. Gómez Robledo, M. Hassouna, M. Hmoud, M. Huang, M^{me} Jacobsson, M. Kittichaisaree, M. Laraba, M. Murase, M. Murphy, M. Nolte, M. Peter, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Šturma, M. Tladi, M. Valencia-Ospina, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

Formation et identification du droit international coutumier (suite) [A/CN.4/657, sect. E, A/CN.4/659, A/CN.4/663]

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen du premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet de la formation et de l'identification du droit international humanitaire (A/CN.4/663).

2. M. GÓMEZ ROBLEDO dit que l'étude du sujet devrait s'articuler autour des différentes écoles de pensée suivies pour déterminer quelles règles font partie du droit international coutumier. Le contexte dans lequel s'inscrit une telle détermination, qu'elle soit le fait d'un tribunal ou d'un État, devrait également être pris en considération.

3. La démarche fondée sur l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice est appropriée, mais, cette disposition n'étant pas exhaustive, il faut également tenir compte d'autres sources de droit international et de la pratique des divers acteurs qui ont contribué à la formation des règles de droit international coutumier. Ainsi, on pourrait citer l'arrêt que la Cour internationale de Justice a rendu dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, en particulier les arguments qui figurent au paragraphe 73 de l'arrêt en question. Les tribunaux nationaux doivent comprendre que, lorsqu'il existe une règle de droit international coutumier applicable, ils sont tenus de l'appliquer. Il pourrait également être utile de faire précéder le projet de conclusions par une brève introduction expliquant ce qu'il faut entendre par «sources du droit international».

4. M. Gómez Robledo félicite le Rapporteur spécial de son analyse de deux thèses, «classique» et «moderne», qui sont opposées s'agissant de la formation du droit international coutumier. Il souscrit à l'idée de suivre l'approche classique, à savoir le modèle à deux éléments de la formation de la coutume, mais considère que le Rapporteur spécial devrait peut-être développer plus avant les arguments pour lesquels il a écarté la thèse dite moderne. Le modèle à deux éléments ayant été retenu, cela signifie-t-il que les deux éléments constitutifs de la formation de la coutume, pratique des États et *opinio juris*, doivent avoir le même poids dans la détermination de l'existence d'une règle de droit coutumier?

5. En ce qui concerne le rôle de la Cour internationale de Justice dans l'identification des règles de droit coutumier, il faut préciser que la Cour n'a pas à prouver l'existence des règles du droit coutumier qu'elle invoque: c'est la responsabilité des États qui sont parties au différend. Le Rapporteur spécial devrait donc examiner non seulement les arrêts de la Cour mais aussi les arguments présentés par les parties concernant la manière dont les États identifient les règles du droit international coutumier et en établissent l'existence.

6. Il importe de souligner la difficulté de trouver des éléments de droit coutumier dans les décisions des tribunaux nationaux, en particulier dans les pays dotés d'un système juridique néo-romain, qui répugnent à fonder leurs décisions sur le droit coutumier et non sur le droit écrit. Cependant, la Cour suprême du Mexique, par exemple, a mis en place des mécanismes novateurs permettant d'incorporer dans le corps juridique mexicain la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, à qui il arrive de confirmer l'existence et la validité de règles de droit coutumier.

7. S'il faut, conformément à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, tenir compte des décisions des tribunaux nationaux quant à l'existence de règles de droit coutumier en tant que moyens subsidiaires de détermination de règles de droit, dans quelle mesure de telles décisions sont-elles contraignantes pour des tiers et à quelles restrictions les tribunaux nationaux sont-ils soumis lorsqu'ils identifient de telles règles? Et que faire si la décision d'un tribunal national est différente de ce que révèle la conduite de l'État?