Document:-
A/CN.4/SR.3251

Compte rendu analytique de la 3251e séance

sujet:
Détermination du droit international coutumier

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2015, **vol. I**

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

Copyright © Nations Unies

39. Sir Michael Wood conclut en disant, à propos de son programme de travail futur qui fait l'objet du chapitre VIII du troisième rapport, que, s'il espère que la Commission sera en mesure d'achever ses travaux sur le sujet à la prochaine session, il n'entend pas les précipiter au risque que leur qualité en pâtisse.

Organisation des travaux de la session (*suite*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

40. M. FORTEAU (Président du Comité de rédaction) annonce que le Comité de rédaction sera composé des membres suivants : M. Hmoud, M. Huang, M. Kittichaisaree, M. McRae, M. Murase, M. Murphy, M. Nolte, M. Park, M. Petrič, M. Tladi, Sir Michael Wood et M. Vázquez-Bermúdez (membre de droit).

La séance est levée à 13 heures.

3251e SÉANCE

Vendredi 15 mai 2015, à 10 h 5

Président : M. Narinder SINGH

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

Détermination du droit international coutumier (*suite*) [A/CN.4/678, partie II, sect. E, A/CN.4/682, A/CN.4/L.869]

[Point 7 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. MURPHY dit que les nouveaux projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport (A/CN.4/682) sont généralement acceptables. Il approuve l'ajout d'un second paragraphe au projet de conclusion 3 [4] mais propose de remplacer le mot *specific* par le mot *separate* dans le texte anglais. Il est de même favorable à l'ajout d'un troisième paragraphe relatif à l'inaction au projet de conclusion 11, mais il propose de remanier le texte comme suit : « L'absence prolongée de réaction à une pratique qui touche les intérêts ou droits d'un État peut, si cet État a connaissance de cette pratique, servir de preuve de son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). »

2. Le projet de conclusion 12 est bien conçu, mais le commentaire devrait souligner que, dans chaque cas, il est nécessaire de s'assurer que la règle énoncée dans le traité est étayée par une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*). Tout en approuvant le projet de conclusion 13, relatif aux résolutions des organisations et conférences internationales, M. Murphy estime que l'observation qu'il vient de faire en ce qui concerne le commentaire du projet de conclusion 12 vaut également pour le commentaire de ce projet de conclusion. Le commentaire gagnerait également à souligner la signification du consensus lors de l'adoption d'une résolution. Comme la Commission l'a noté à sa soixante-sixième session, l'adoption d'une résolution par consensus ne suffit pas à constituer un accord au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de 1969. S'il approuve l'idée générale qui sous-tend le projet de conclusion 14, relatif à la jurisprudence et à la doctrine, M. Murphy estime que par souci de cohérence avec les projets de conclusions 1 et 2, il conviendrait de le remanier comme suit : « La jurisprudence et la doctrine peuvent servir de moyens auxiliaires pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier et son contenu. »

3. Comme la sorte de coutume visée au projet de conclusion 15 est communément appelée « régionale » ou « spéciale », une des principales questions est de savoir si un lien géographique est nécessaire. À ce jour, le gros de la jurisprudence repose sur la géographie. Certains auteurs considèrent que les règles découlant d'une coutume régionale ne sont obligatoires que pour les États d'une certaine aire géographique ou région, et constituent une exception régionale qu'autorise le respect de traditions juridiques régionales. D'autres, dont le Rapporteur spécial, font par contre valoir qu'une règle de droit international coutumier peut exister au sein de tout groupe d'États, même s'ils sont éparpillés sur l'ensemble de la planète. Comme le Rapporteur spécial ne donne pas d'exemples de règle de ce type, on peut se demander si son argument n'est pas plus théorique que pratique. Quoi qu'il en soit, le libellé du paragraphe 2 du projet de conclusion 15 n'est pas clair. Si l'intention est de viser seulement la pratique et l'opinion d'un groupe d'États définis, ce paragraphe devrait se lire comme suit : « Pour établir l'existence et le contenu d'une coutume particulière, il est nécessaire de déterminer s'il existe une pratique acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) uniquement entre les États concernés. »

4. S'agissant du chapitre V du troisième rapport, sur l'importance des organisations internationales, M. Murphy sait gré au Rapporteur spécial de souligner que ce sont les États qui sont au centre de la formation du droit international coutumier et il approuve le projet de conclusion 4 [5]. Il approuve également les deux propositions énoncées aux paragraphes 74 et 75 du troisième rapport en ce qui concerne la manière dont les organisations internationales peuvent contribuer à la formation ou à l'expression de règles de droit international coutumier : ces propositions sont conformes à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et à la doctrine et ont été approuvées par un certain nombre d'États à la Sixième Commission.

5. En revanche, la troisième proposition, énoncée au paragraphe 76, à savoir que la pratique des organisations internationales peut être pertinente aux fins de la détermination du droit international coutumier, n'est étayée par

aucun renvoi à la jurisprudence internationale et elle a été rejetée par plusieurs États à la Sixième Commission. Seuls quelques États et quelques auteurs y souscrivent, et même eux semblent reconnaître qu'elle relève davantage de la théorie que de la réalité. L'Union européenne elle-même, largement considérée comme une entité supranationale, a souligné que sa pratique ne contribue à la formation du droit international coutumier que dans les domaines où elle a compétence exclusive.

6. Le commentaire du projet de conclusion 4 [5] devrait poser les limites ci-après au recours à la pratique des organisations internationales pour déterminer l'existence de règles du droit international coutumier : seule la pratique externe de l'organisation internationale est pertinente, la pratique d'un organe est pertinente s'il est composé de représentants des États et non d'experts indépendants, et plus l'organisation internationale a de membres, plus le poids à attribuer à sa pratique est important. Enfin, seuls les actes des organisations internationales pour lesquels les États leur ont conféré un pouvoir, y compris en matière normative, peuvent contribuer à la formation de règles de droit international coutumier. Comme les États ne délèguent pas de fonctions normatives à d'autres acteurs non étatiques que les organisations internationales, la conduite de ces acteurs ne saurait constituer une pratique contribuant à la formation de la coutume.

7. D'autres aspects importants de la troisième proposition doivent être analysés. La pratique d'une organisation internationale s'entend-t-elle également de l'inaction ou du silence ? Cette pratique contribue-t-elle uniquement à la pratique générale mais non à l'*opinio juris* ? Doit-elle être acceptée par l'organisation comme étant le droit ? Une fois qu'une organisation internationale a contribué à la formation d'une règle coutumière, cette règle lie-t-elle à la fois les États et l'organisation internationale ? Une explication quant à la manière dont les États peuvent modifier une règle existante du droit coutumier au fil du temps serait aussi la bienvenue.

8. En conclusion, M. Murphy dit qu'il considère le rapport à l'examen comme un document remarquable et qu'il est favorable au renvoi des projets de conclusion et autres propositions au Comité de rédaction.

9. M. TLADI dit qu'il approuve en substance la teneur de la plupart des projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport. Il approuve pleinement l'opinion émise au paragraphe 13 selon laquelle la pratique et l'*opinio juris* ne peuvent être séparées artificiellement, comme si elles n'avaient rien à voir l'une avec l'autre. Toutefois, si l'existence de chacune doit être établie séparément, cela ne signifie pas que les mêmes éléments ne doivent être utilisés comme preuve de l'une et de l'autre, comme l'affirme le Rapporteur spécial au paragraphe 15 du rapport à l'examen. Ce faisant, il méconnaît la relation entre les deux éléments reconnue par la Cour internationale de Justice dans les arrêts cités dans la première note de bas de page du paragraphe 13. Citant le paragraphe 70 du deuxième rapport du Rapporteur spécial[70] et l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Affaires militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, M. Tladi dit qu'ils attestent que la preuve de l'acceptation comme étant le droit se trouve dans la pratique elle-même, mais que cela ne signifie pas que la pratique est l'acceptation comme étant le droit, mais simplement que les deux éléments constitutifs du droit international coutumier, la pratique et l'*opinio juris*, ont des fonctions différentes.

10. Le point de savoir si l'on peut ou si l'on doit utiliser les mêmes éléments dépend de leur contenu. L'adoption d'une résolution exhortant les États à se conduire de telle ou telle manière peut constituer une pratique, et si cette résolution indique que la conduite en question est juridiquement obligatoire elle sera la preuve d'une *opinio juris* – mais ne constituera pas nécessairement une *opinio juris*. Il faut tenir compte du contexte général et des circonstances particulières, comme indiqué dans le projet de conclusion 3 [4] provisoirement adopté par le Comité de rédaction en 2014.

11. M. Tladi approuve pleinement l'analyse faite par le Rapporteur spécial de l'inaction comme preuve de l'acceptation comme étant le droit et il souscrit au projet de conclusion 11. S'agissant de l'inaction en tant que pratique et/ou preuve de l'acceptation comme étant le droit, l'expression « dans certaines circonstances » n'est pas claire, et le troisième rapport ne donne guère d'indications quant à sa signification. Il est remarquable que la principale décision qui fonde la conclusion selon laquelle « l'inaction est une forme de pratique », celle rendue dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, ne dit pas que l'inaction est une forme de pratique. L'évaluation du droit international coutumier qui y figure est directement axée sur « l'acceptation comme étant le droit » et elle cite à cet égard un certain nombre d'autorités. Nulle part dans cet arrêt la Cour n'envisage le rôle de l'inaction. La citation selon laquelle l'inaction est une forme de pratique ne concerne pas l'inaction ni, d'ailleurs, la pratique. C'est en fait un préalable à la détermination par la Cour de l'existence de l'*opinio juris*. Une lecture attentive des passages pertinents de l'arrêt montre que la Cour ne s'intéresse pas à l'inaction. Ainsi, l'abstention à laquelle la Cour fait allusion semble être citée hors contexte. Dans son contexte, l'expression « une telle abstention » (paragraphe 188 de l'arrêt) semble renvoyer à ce qu'on appelle normalement une « interdiction », à savoir à la règle elle-même plus qu'à un élément entrant dans sa formation. Toutefois, ailleurs dans son arrêt, lorsque la Cour envisage des exceptions à cette interdiction, elle vise l'action « d'autres États en mesure de réagir » (par. 207). Une formule similaire pourrait être insérée au paragraphe 1 du projet de conclusion 6 [7], pour indiquer que l'inaction peut constituer une pratique lorsque les États sont en mesure de réagir. Dans le même paragraphe, une formule plus précise que « dans certaines circonstances » est nécessaire.

12. S'agissant du chapitre III, sur le rôle des traités et des résolutions, M. Tladi approuve le projet de conclusion 12, même s'il est plutôt général : il conviendrait de donner davantage de détails.

13. En ce qui concerne le projet de conclusion 13, relatif aux résolutions des organisations et conférences internationales, M. Tladi ne partage pas l'opinion exprimée au

[70] *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/672.

paragraphe 47 du troisième rapport, selon laquelle l'Assemblée générale est un organe politique, au sein duquel il est loin d'être clair que les actes des États ont une portée juridique. Au contraire, il est clair qu'ils ont une telle portée – la seule question est celle du poids à lui accorder.

14. Le paragraphe 60 du troisième rapport soulève un certain nombre de questions délicates en ce qui concerne la jurisprudence et la doctrine. Qui décidera de la qualité du raisonnement juridique suivi dans les décisions judiciaires, et comment doit-il être tenu compte de la composition de la juridiction ?

15. M. Tladi dit qu'il approuve le projet de conclusion 4 [5] et l'ajout d'un nouveau paragraphe 3, sur la conduite des acteurs non étatiques. Le terme « coutume particulière » utilisé dans le projet de conclusion 15 devra peut-être être explicité, éventuellement dans un commentaire, pour indiquer précisément ce que l'on entend par là.

16. Enfin, M. Tladi suggère qu'à l'avenir le Rapporteur spécial se penche sur les effets des règles coutumières locales dans la formation et l'identification des règles générales de droit international coutumier.

17. M. FORTEAU déclare, premièrement, que l'objet des travaux sur le sujet est de déterminer si, à un moment donné, une règle de droit international coutumier existe, ce qui est sans préjudice d'une évolution future de ladite règle. Il faut garder à l'esprit le caractère pratique de l'entreprise. Deuxièmement, il souscrit pleinement à l'idée, exprimée au paragraphe 17 du troisième rapport, que l'approche des deux éléments s'applique à toutes les règles de droit international coutumier et que sa mise en œuvre dans chaque cas concret peut varier selon la branche du droit international concerné. Cela est conforme à la souplesse inhérente au droit international coutumier. De fait, la coutume est un moyen spontané et non délibéré de créer le droit international, et il importe de ne pas l'enfermer dans des limites trop strictes qui, en réalité, sont celles du droit des traités. À cet égard, M. Forteau s'oppose vigoureusement à nombre des observations de M. Murphy, qui semble confondre droit des traités et droit coutumier.

18. S'agissant du paragraphe 2 du projet de conclusion 3 [4], M. Forteau n'est pas d'accord avec l'opinion exprimée au paragraphe 15 du troisième rapport, selon laquelle les mêmes moyens de preuve ne peuvent servir pour établir à la fois l'existence d'une pratique pertinente et celle d'une *opinio juris* aux fins de la détermination d'une règle de droit international coutumier. Cette « double prise en compte » semblait avoir été acceptée par le Rapporteur spécial à l'issue du débat qui avait eu lieu à la session précédente, lors duquel M. Forteau rappelle qu'il a lui-même donné un exemple fondé sur le droit maritime. Il n'y a pas de « preuves propres à chaque élément », et ce qui compte est l'opération par laquelle l'existence de chaque élément est établie séparément, comme indiqué dans la première phrase du paragraphe 2. La seconde phrase de ce paragraphe est donc superflue et devrait être supprimée.

19. S'agissant du projet de conclusion 4 [5], il n'est pas justifié de supprimer le mot « principalement » dans le paragraphe 1, car la pratique des organisations internationales est également pertinente aux termes du paragraphe 2. S'agissant de ce paragraphe, M. Forteau pense comme le Rapporteur spécial que la pratique des organisations internationales peut effectivement être pertinente pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier. Le nouveau paragraphe 3 est en revanche trop restrictif, car il interdirait, par exemple, de tenir compte de la pratique du Comité international de la Croix-Rouge ou du Comité international olympique. Il propose donc d'y insérer les mots « en principe ».

20. Si, d'une manière générale, M. Forteau approuve le paragraphe 3 du projet de conclusion 11, il en juge la clause finale (« à condition que les circonstances appellent une réaction ») trop restrictive. Peut-on attendre de chaque État qu'il réagisse à chaque action d'un autre État qui n'est pas conforme à une règle coutumière ? De plus, le critère de la réaction implique que chaque État doit avoir connaissance de la pratique de tous les autres États, ce qui n'est guère réaliste. Il préférerait donc un libellé plus souple – une approche qui serait également plus conforme au droit positif – indiquant, par exemple, que l'inaction peut servir de preuve de l'*opinio juris* « lorsque les circonstances propres à cette inaction conduisent à cette conclusion ».

21. Le titre de la partie V, « Formes particulières de pratique et de preuves », prête quelque peu à confusion. Il serait préférable de viser les diverses manifestations de la pratique, d'une part, et les divers moyens d'acquérir la preuve de la pratique ou de l'*opinio juris*, de l'autre.

22. Il est essentiel de prévoir une conclusion distincte sur le rôle, non seulement des traités, mais aussi des textes issus des travaux de la Commission comme preuve du droit coutumier. Étant donné le statut d'organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies qui est celui de la Commission, ses travaux sont davantage qu'un moyen auxiliaire de détermination des règles du droit international. Ranger comme le fait le Rapporteur spécial les textes issus des travaux de la Commission dans la « doctrine » est une simplification excessive contestable : le statut de la Commission confère à ses travaux une place à part, et les juridictions internes comme internationales y ont recours d'une manière qui n'est pas comparable avec celle dont elles utilisent la doctrine en général.

23. Peut-être est-il préférable de limiter le champ d'application du projet de conclusion 12 aux traités multilatéraux. Il est rare que des traités bilatéraux créent des règles coutumières, ne serait-ce que pour des raisons statistiques : près de 20 000 traités bilatéraux similaires seraient nécessaires pour refléter un consensus entre les quelque 200 États que compte la communauté internationale. Dans ces circonstances, même le chiffre de 3 000 traités est bas, et cela peut expliquer la décision prise par la Cour internationale de Justice en 2007 dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* en ce qui concerne les traités bilatéraux d'investissement.

24. Il ne suffit pas de dire, comme le fait le projet de conclusion 12, qu'une règle coutumière codifiée par un traité doit avoir été en vigueur à la date de la conclusion du traité. La règle peut en effet avoir changé ou disparu entre le moment où elle a été codifiée et le moment où

l'on s'interroge sur son existence en droit coutumier. Ce projet de conclusion devrait donc indiquer qu'une règle coutumière codifiée dans un traité doit être toujours en vigueur au moment où on tente d'en établir l'existence. Aux termes de l'alinéa *b* du projet de conclusion 12, un traité « abouti[t] à la cristallisation » d'une règle, mais la cristallisation est un processus. Il serait préférable de dire qu'un traité participe au processus de création d'une nouvelle règle de droit international coutumier. Le libellé de l'alinéa *c* du projet de conclusion 12 devrait lui aussi être modifié et se lire comme suit : « a donné naissance à une pratique générale acceptée comme étant le droit », car juxtaposer « créer » et « donner naissance » relève de la tautologie.

25. Le projet de conclusion 13 devrait indiquer que les résolutions des organisations et conférences internationales « reflètent » plutôt que « peuvent constater » le droit coutumier, pour ne pas donner l'impression qu'elles ont force normative. L'expression « dans certaines circonstances » n'a pas de signification juridique : il faudrait indiquer de quel type de circonstances il peut s'agir.

26. Le projet de conclusion 14 est généralement acceptable, à l'exception du mot « doctrine », qui est un peu vague. Le paragraphe 1 du projet de conclusion 15 n'est pas non plus très clair. Une règle coutumière particulière peut être invoquée contre un État non par tout autre État mais seulement par un État qui est lui-même lié par cette règle. Il serait donc plus clair de dire qu'une coutume particulière est une règle de droit international coutumier « qui ne s'applique qu'entre certains États seulement ». De plus, il convient de renvoyer à l'opinion libérale adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* en 2009 (par. 141), dans laquelle la Cour a adopté une définition de la coutume spéciale moins volontariste que dans sa jurisprudence antérieure.

27. Quant au projet de conclusion 16, M. Forteau considère que pour montrer que la règle de l'objecteur persistant n'est pas purement théorique (ce qu'elle semble être), le commentaire devrait donner des exemples concrets de cas dans lesquels des États ont fait de manière persistante des objections valides à une règle coutumière. De plus, le libellé devrait être relativisé pour montrer que l'objection persistante consiste pour un État à s'opposer de façon persistante à l'application *à son égard* d'une nouvelle règle ; l'objection n'a aucun effet sur l'existence de la règle coutumière.

28. M. KITTICHAISAREE, se référant à la relation entre les deux éléments constitutifs du droit international coutumier, dit que le Rapporteur spécial reconnaît au paragraphe 14 de son troisième rapport qu'ils sont « effectivement réellement indissociables » et que la même pratique peut exprimer à la fois l'attitude des États à l'égard du contenu de la règle et la reconnaissance de celle-ci comme juridiquement contraignante. Il est donc surprenant qu'il affirme ensuite que la preuve de la pratique des États ne devrait pas également servir de preuve de l'*opinio juris*. Plusieurs arrêts de la Cour internationale de Justice démontrent qu'une pratique étatique généralisée peut étayer l'*opinio juris*, et qu'une *opinio juris* bien établie peut compenser une pratique étatique insuffisamment définie. L'Association de droit international a conclu qu'il n'était pas toujours nécessaire d'établir séparément l'existence de l'élément subjectif. M. Kittichaisaree souhaiterait donc savoir si, en séparant strictement la preuve de la pratique et celle de l'*opinio juris*, le Rapporteur spécial rejette l'approche dite de l'« échelle mobile » de Kirgis[71], en d'autres termes l'idée que le poids accordé à chaque élément varie en fonction des circonstances.

29. Il souhaiterait également des éclaircissements quant à l'utilisation au paragraphe 25 du mot « suffisamment » dans l'expression « il faut que l'inaction ait duré suffisamment longtemps ».

30. La notion d'« États particulièrement intéressés » visée au paragraphe 39 est extrêmement controversée et de fait a été abandonnée l'année précédente aux fins des projets de conclusion. M. Kittichaisaree demande si c'est par inadvertance que cette notion est évoquée dans le rapport à l'examen ou si elle est en train d'être réintroduite dans le contexte spécifique de la coutume créée par un traité.

31. S'agissant du paragraphe 41 du troisième rapport, il ne pense pas comme le Rapporteur spécial que le paradoxe de Baxter[72] n'en soit pas véritablement un. Au contraire, il s'agit d'un problème réel qui mérite d'être examiné plus avant. Selon les décisions rendues dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la ratification d'un traité par un grand nombre d'États peut transformer des dispositions conventionnelles en règles du droit coutumier en influençant la pratique des États non parties. Or d'éminents auteurs ont fait valoir que plus la ratification d'un traité était généralisée, moins il y avait d'États non parties dont la pratique était essentielle pour que les obligations conventionnelles se transforment en obligations de droit coutumier. Au fur et à mesure que les traités se multiplient, le paradoxe ne fait que s'accentuer. Il ne serait pas souhaitable que la Commission passe la question sous silence comme le fait le projet de conclusion 12, relatif aux traités. M. Kittichaisaree dit qu'il préférerait quant à lui que l'on applique la proposition de Provost en faveur de la théorie de l'échelle mobile, en accordant davantage de poids à l'*opinio juris*, telle que reflétée par le nombre des parties au traité, pour compenser l'insuffisance de pratique pertinente en dehors du traité. On justifie ainsi de manière convaincante l'idée que les dispositions d'un traité revêtent un caractère coutumier d'autant plus marqué que les États qui y deviennent parties sont plus nombreux.

32. Il souligne l'importance du paragraphe 60 du troisième rapport, relatif au poids à accorder à la jurisprudence. Ce paragraphe est utile aux États qui estiment que n'est pas de bon droit le paragraphe 2 E du dispositif, en particulier le deuxième paragraphe, de l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. M. Kittichaisaree dit qu'il partage également

[71] F. L. Kirgis, Jr., « Custom on a sliding scale », *American Journal of International Law*, vol. 81 (1987), p. 146 à 151.

[72] R. R. Baxter, « Treaties and Custom », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-I*, vol. 129, à la page 64.

l'opinion de M. Murphy sur la pertinence de la pratique des organisations internationales dans l'identification du droit international coutumier.

33. S'agissant de la règle de l'objecteur persistant, il se demande si l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle cette règle permet d'éviter que le droit international coutumier devienne « le seul apanage des puissants » demeure vraie dans le monde d'aujourd'hui. Les États géopolitiquement puissants peuvent maintenir leurs objections face aux pressions extérieures plus facilement que les États qui le sont moins et sont ainsi plus vulnérables aux pressions économiques et diplomatiques.

34. M. Kittichaisaree dit que, sous réserve de ces observations, il est favorable au renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction, mais qu'il attend avec intérêt les réponses que le Rapporteur spécial donnera aux préoccupations qu'il a exprimées.

35. M. PARK dit que, bien qu'il comprenne la raison, expliquée au paragraphe 15 du troisième rapport, pour laquelle le Rapporteur spécial propose d'ajouter un nouveau paragraphe 2 au projet de conclusion 3 [4], il juge le texte proposé trop restrictif : la Cour internationale de Justice a adopté une approche plus souple de l'identification de l'*opinio juris* dans plusieurs affaires. La crainte exprimée par le Rapporteur spécial au sujet de la « double prise en compte » est dissipée par l'indication dans le projet de conclusion 3 [4] qu'« il faut tenir compte du contexte, notamment des circonstances de l'espèce[73] ». C'est pourquoi, au lieu d'ajouter un nouveau paragraphe 2 au projet de conclusion, M. Park propose d'ajouter le mot « chaque » devant le mot « preuve » dans le texte initial, qui se lirait alors comme suit : « Pour apprécier chaque preuve aux fins de déterminer s'il existe une pratique générale et si cette pratique est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), il faut tenir compte du contexte, notamment des circonstances de l'espèce. »

36. En ce qui concerne la relation entre les deux éléments constitutifs, M. Park rappelle qu'à la soixante-sixième session, il avait proposé de traiter de la relation temporelle entre la pratique générale et l'*opinio juris*, la seconde précédant habituellement la première. Sa proposition, brièvement examinée au Comité de rédaction, consistait à insérer le texte suivant : « La pratique générale (pratique des États) précède généralement l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). Toutefois, l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut exceptionnellement, dans certains cas, précéder la pratique générale (pratique des États). » Il estime que sa proposition mérite encore d'être prise en considération, car elle serait utile aux praticiens pour déterminer l'existence d'une règle coutumière.

37. S'agissant du projet de conclusion 4 [5], il rappelle qu'à la soixante-sixième session, le Comité de rédaction était convenu d'exclure la pratique des acteurs non étatiques, car celle-ci ne contribuait pas directement à la formation du droit international coutumier. Il ne pense donc pas que le nouveau paragraphe 3 soit nécessaire et souligne que l'utilisation du mot « autres » avant les mots « acteurs non étatiques » risque d'induire en erreur. En revanche, il approuve la proposition du Rapporteur spécial de supprimer le mot « principalement » au paragraphe 1 afin que la position de la Commission sur le rôle des acteurs non étatiques soit plus claire.

38. M. Park souscrit à l'idée d'ajouter un nouveau paragraphe, sur l'inaction, au projet de conclusion 11. Toutefois, des explications supplémentaires concernant les conditions dans lesquelles l'inaction peut valoir acquiescement, question qui fait l'objet des paragraphes 23, 24 et 25 du troisième rapport, sont nécessaires et elles ne devraient pas figurer dans le commentaire mais dans le texte lui-même. Afin d'assurer la cohérence de la terminologie utilisée dans l'ensemble du projet de conclusions, la partie V devrait être intitulée « Formes particulières de la pratique et preuve de l'acceptation comme étant le droit ».

39. Aux paragraphes 35 à 39 de son troisième rapport, le Rapporteur spécial analyse les trois modalités selon lesquelles une disposition conventionnelle peut exprimer une règle du droit international coutumier ou aider à déterminer l'existence et le contenu d'une telle règle. Au paragraphe 31, le Rapporteur spécial reconnaît que la relation entre les traités et le droit international coutumier soulève plusieurs questions importantes, et M. Park se demande quant à lui si un projet de conclusion sera suffisant pour les traiter toutes. Une telle question, mentionnée dans la dernière note de bas de page du paragraphe 43 du rapport, est celle des réserves aux dispositions conventionnelles reflétant une règle du droit international coutumier, question qui fait l'objet de la directive 3.1.5.3 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission[74]. Une autre question est celle des effets juridiques des traités de codification qui ne sont pas encore entrés en vigueur.

40. S'agissant du projet de conclusion 13, M. Park dit qu'il préférerait, estimant qu'il convient d'énoncer d'abord un principe puis les exceptions à ce principe, que ce projet de directive soit remanié comme suit : « Les résolutions adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences internationales ne peuvent en elles-mêmes créer ou constituer une règle de droit international coutumier. Elles peuvent, dans certaines circonstances, attester l'existence du droit international coutumier ou contribuer à son développement. » L'expression « dans certaines circonstances » est quelque peu vague ; elle devrait être remplacée par une formule plus détaillée visant, par exemple, « la taille des organisations et conférences, les résultats du vote, le contenu des résolutions et les réactions des États à celles-ci ». Comme les textes issus des travaux de la Commission sont invariablement transmis à l'Assemblée générale des Nations Unies et annexés aux résolutions pertinentes de celle-ci, ils doivent être considérés comme relevant du projet de conclusion 13, relatif aux résolutions des organisations internationales, et non du projet de conclusion 14, relatif à la jurisprudence et à la doctrine. Le premier de ces termes vise les décisions

[73] *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/672, projet de conclusion 4.

[74] Résolution 68/111 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 2013, annexe. Les directives constituant le Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission et les commentaires y afférents sont reproduits dans *Annuaire… 2011*, vol. II (3e partie), p. 23 et suiv.

des juridictions nationales et internationales. Cela signifie qu'en vertu du projet de conclusion 14, les décisions des tribunaux internes peuvent constituer un moyen auxiliaire d'identification des règles du droit international coutumier, mais elles peuvent aussi faire partie de la pratique, conformément au projet de conclusion 6 [7]. Ce point devrait être souligné dans les commentaires pertinents. Enfin, les observations générales, recommandations et rapports des organes conventionnels devraient également être considérés comme un moyen auxiliaire d'identification des règles du droit international coutumier.

41. Dans le titre du projet de conclusion 15, l'adjectif « régionale » devrait être inséré entre crochets après l'adjectif « particulière », car le premier est plus courant que le second. De plus, comme une coutume particulière est une exception au droit international coutumier général, l'élément « pratique » comme l'élément « *opinio juris* » doivent s'entendre strictement. Le terme « pratique générale » utilisé au paragraphe 2 du projet de conclusion devrait faire l'objet d'un renvoi au projet de conclusion 8 [9].

42. Quant au projet de conclusion 16, bien que la règle de l'objecteur persistant ait des fonctions importantes en droit international coutumier, elle a ses critiques. M. Park craint qu'elle soit une cause de fragmentation du droit international. De plus, une théorie controversée ne devrait pas figurer dans un projet de conclusions qui a pour objet de donner des orientations. Il propose donc soit de supprimer ce projet de conclusion, soit de le développer pour indiquer que la règle ne s'applique que lorsqu'une règle du droit international coutumier est en voie de formation, et que l'État doit exprimer son objection le plus tôt possible.

43. Enfin, comme le but du projet de conclusions est de fournir des indications pratiques aux praticiens et à tous ceux qui ne sont pas des spécialistes du droit international, il doit être suffisamment complet pour traiter de toutes les questions qui se posent. La Commission pourra donc vouloir examiner les questions suivantes : la relation entre les principes généraux du droit et le droit international coutumier, la charge de la preuve en matière d'identification du droit international coutumier et la question de l'*opinio juris* dans le temps, à savoir la détermination du moment où l'on peut considérer qu'elle existe en ce qui concerne telle ou telle pratique.

44. M. HMOUD dit qu'il n'est pas facile de traiter d'une source du droit international intrinsèquement souple ; il approuve donc la démarche du Rapporteur spécial consistant à proposer des conclusions pratiques ou simplifiées reflétant la flexibilité du processus de détermination. Les commentaires des projets de conclusion devraient contenir des indications détaillées sur l'analyse et la méthodologie afin d'aider les États, praticiens et autres intéressés à déterminer le droit international coutumier ; le texte lui-même devrait mettre en lumière les éléments clés de cette détermination, sans être trop restrictif.

45. S'agissant de l'approche des deux éléments, chacun de ces éléments doit être déterminé séparément, et chacun évalué en lui-même. Si cela peut être difficile dans certaines situations, il est crucial que les mêmes preuves ne soient pas invoquées pour déterminer l'existence et d'une pratique générale et de son acceptation comme étant le droit : on risquerait ce faisant de brouiller la séparation entre les deux éléments, au risque qu'un usage soit qualifié à tort de règle coutumière.

46. Pour ce qui est de l'inaction, s'abstenir d'agir peut constituer une pratique aux fins de la détermination du droit international coutumier. C'est ce que confirment les nombreuses règles fondées sur une pratique négative, notamment certaines règles coutumières du droit international humanitaire qui obligent une partie au conflit à s'abstenir de telle ou telle conduite, les règles sur l'emploi de la force ou les règles existant dans d'autres domaines du droit coutumier. La proposition selon laquelle l'inaction peut servir de preuve de l'*opinio juris* doit toutefois être envisagée avec prudence, car l'inaction ne dénote pas toujours un acquiescement de l'État concerné. Comme indiqué dans le troisième rapport, d'autres raisons qu'un consentement tacite peuvent expliquer l'inaction de l'État, par exemple le manque de moyens ou d'intérêt ou la méconnaissance des conséquences de l'inaction. L'inaction peut aussi être due à des raisons politiques, ou au fait que l'État n'a pas connaissance de l'existence de la pratique ou de la nécessité de réagir, en particulier lorsque ses intérêts ne sont pas en jeu ou lorsqu'il est fait pression sur lui pour qu'il ne réagisse pas.

47. Le silence ou l'inaction doivent donc être corroborés par une réaction générale positive d'autres États afin d'être considérés comme la preuve d'un acquiescement. Toutes les circonstances doivent être prises en considération, à commencer par le point de savoir si la situation appelait une réaction de l'État ou des États concernés. Il faut ensuite déterminer si le silence de l'État ou des États est dû au sentiment d'une obligation juridique, à d'autres raisons ou au fait qu'ils n'avaient pas connaissance de la pratique en question. M. Hmoud pense avec le Rapporteur spécial que l'inaction doit être maintenue pendant une période suffisante, dont la longueur dépend des circonstances.

48. En ce qui concerne le rôle des instruments écrits, M. Hmoud convient qu'il faut faire une distinction entre les traités et les résolutions des organisations et conférences internationales. Les traités sont par leur nature juridiquement contraignants pour les États qui y sont parties, alors que les résolutions ne le sont pas nécessairement. Les traités contiennent des règles qui peuvent refléter le droit international coutumier ou aboutir dans certaines circonstances à la formulation de règles coutumières, alors que les résolutions peuvent être de caractère politique, économique ou autre, mais pas nécessairement juridique. Les traités peuvent comprendre les deux éléments et contribuer à la formation de la règle coutumière ou attester son existence, alors que les résolutions ont davantage un caractère de preuve, en particulier en ce qui concerne l'élément subjectif.

49. M. Hmoud convient également que les traités peuvent contribuer à la détermination du droit international coutumier de trois manières : ils peuvent codifier des règles coutumières existantes, amener la cristallisation de règles en voie de formation ou constituer la première étape de la formation de nouvelles règles coutumières. S'agissant de la codification et de la formation des règles, le texte écrit spécifie la formulation de la règle et de ses

divers éléments de fond, alors que la cristallisation d'une règle en voie de formation est plus étroitement liée au processus, qui peut lui-même indiquer comment une règle en voie de formation se développe. Le contenu d'une telle règle en voie de formation doit être déterminé en trois étapes : avant la conclusion du traité, tout au long du processus conventionnel et après la conclusion du traité, même si, en réalité, l'identification d'une règle en voie de formation qui est cristallisée par le traité et l'identification d'une nouvelle règle coutumière créée par le traité se chevauchent quelque peu.

50. Le rôle des résolutions dans la détermination du droit international coutumier tient au fait qu'elles expriment la volonté des acteurs concernés. Elles ne créent pas de règles coutumières mais peuvent contribuer à la formation de telles règles. Toutefois, leur valeur dépend de l'existence d'autres preuves venant corroborer l'existence d'une pratique générale et d'une *opinio juris*. Les circonstances dans lesquelles la résolution a été adoptée, son contenu, le fait qu'elle vise ou non à établir des normes juridiques, le point de savoir si le représentant de l'État était autorisé à agir au nom de l'État concerné et si la représentation des États au sein de l'instance qui l'a adoptée était large ou limitée doivent être pris en considération. De plus, si la pratique n'est pas conforme au contenu de la résolution, ou si les États agissent d'une manière qui permet de douter qu'ils considèrent que la règle est contraignante, le poids à accorder à la résolution doit être réduit d'autant. Les résolutions adoptées à l'unanimité ou par consensus peuvent être une bonne indication de l'existence de l'*opinio juris*, mais elles ne peuvent constituer une *opinio juris* instantanée, car leur acceptation comme étant le droit doit refléter une pratique cohérente et générale – un processus qui va au-delà de l'adoption de la résolution.

51. M. Hmoud ne doute pas que la jurisprudence et dans une certaine mesure la doctrine peuvent attester l'existence de telle ou telle règle. Il se demande toutefois s'il est justifié de les décrire comme un moyen auxiliaire de détermination des règles, à n'utiliser qu'une fois épuisés les principaux moyens de détermination ou pour compléter d'autres moyens. Si la jurisprudence et la doctrine ne peuvent être une source de droit ni créer de règles, on considère néanmoins qu'elles énoncent les règles du droit international d'une manière faisant autorité. Le fait que leur valeur probante ne peut être concluante ne signifie pas qu'elles sont auxiliaires, car toutes les formes de preuve de l'existence du droit international coutumier doivent être corroborées. La jurisprudence des tribunaux internes ne saurait toutefois se voir accorder le même poids que la jurisprudence internationale.

52. Les organisations intergouvernementales sont des sujets de droit international et ont une personnalité juridique distincte de celle de leurs États membres. Leur pratique contribue à la formation des règles coutumières dans la mesure où elle reflète une pratique générale collective des États. Même lorsque les organisations internationales sont chargées par leurs membres d'agir en leur nom, leur pratique ne peut en elle-même constituer une pratique générale : c'est une forme auxiliaire de pratique. C'est particulièrement important lorsque les résolutions de certains organes représentatifs contredisent la conduite d'autres organes censés agir au nom de l'organisation. À cet égard, M. Hmoud se demande si le projet de conclusion 13 devrait contenir une formule comparable à celle figurant au paragraphe 2 du projet de conclusion 7 [8] pour tenir compte du fait que le poids à accorder à la pratique varie selon les organisations internationales. Enfin, le silence des États face à telle ou telle conduite d'une organisation ne doit pas être considéré comme un acquiescement aux fins de l'*opinio juris*, sauf si la pratique de l'organisation reflète une pratique des États en voie de formation.

53. S'agissant de la coutume particulière ou spéciale, le fait qu'elle ne lie que certains États est admis. Toutefois, un État qui n'est pas lié par une coutume particulière peut se trouver lié par la règle en question si celle-ci en vient à faire partie de la coutume générale, même s'il peut être difficile de définir à quel moment une règle particulière devient une règle générale. Une attention particulière devrait être accordée à la valeur de l'acquiescement, et il faut établir un seuil plus élevé en ce qui concerne la connaissance d'une pratique généralisée.

54. M. Hmoud souscrit au libellé et au contenu du projet de conclusion 16, relatif à la règle de l'objecteur persistant. Toutefois, la manière dont un État doit exprimer son objection n'est pas toujours claire, pas plus que le point de savoir si une objection tacite suffit. Il faut qu'il existe des preuves attestant que l'État a maintenu son objection tout au long du processus de cristallisation de la règle et après la création de celle-ci, et qu'il s'y est opposé de manière permanente, même tacitement. Le point clé est de savoir si les autres États ont été informés comme il convient de l'objection.

55. En réponse à l'invitation du Rapporteur spécial à proposer des questions susceptibles d'être examinées dans le quatrième rapport, M. Hmoud propose que soit étudié le processus par lequel, avec le temps, des règles coutumières générales changent de nature ou se transforment en coutumes spéciales. Des éclaircissements sont nécessaires sur certains points, comme de savoir comment déterminer si une règle s'est modifiée, et quelles sont les conséquences juridiques d'une telle modification, et où doit se situer la ligne de démarcation entre la violation d'une règle antérieure et l'adhésion à une règle nouvelle.

56. En conclusion, M. Hmoud recommande le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

57. M. TLADI fait observer que M. Hmoud a évoqué des règles qui par leur nature exigent l'inaction, comme celles relatives à l'interdiction de l'emploi de la force. Or les formes de pratique visées dans le projet de conclusion 6 [7] comprennent les actes diplomatiques, par lesquels un État peut exprimer ses vues sur l'emploi de la force. Il s'agit là d'un acte positif, ce qui implique que même les règles interdisant certains actes ne reposent pas par définition uniquement sur l'inaction.

58. M. AL-MARRI dit que le sujet est important parce que le droit coutumier est une des principales sources du droit international. Le Rapporteur spécial est bien placé pour guider la Commission dans ses travaux. Il a élaboré un rapport et des projets de conclusion de qualité qui devront être examinés par le Comité de rédaction.

59. Sur le fond du troisième rapport, l'approche des deux éléments doit être conservée. Un aspect fondamental du droit est constitué par la pratique non seulement des États mais aussi des organisations internationales dans les domaines dans lesquels elles sont compétentes. Il est essentiel d'étudier le rôle que peuvent jouer les résolutions de l'Organisation des Nations Unies et les règles qui peuvent en découler, ainsi que les propositions faites dans le cadre de la négociation des traités. Il est de même essentiel d'étudier les accords locaux ou régionaux concernant la codification du droit international.

La séance est levée à 13 heures.

3252e SÉANCE

Mardi 19 mai 2015, à 10 heures

Président : M. Narinder SINGH

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

Détermination du droit international coutumier (*suite*) [A/CN.4/678, partie II, sect. E, A/CN.4/682, A/CN.4/L.869]

[Point 7 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier (A/CN.4/682).

2. M. MURASE approuve le nouveau paragraphe 2 du projet de conclusion 3 [4], qui indique clairement la nécessité d'éviter la « double prise en compte » des deux éléments constitutifs du droit international coutumier. Il propose de supprimer les mots « D'une manière générale », au début de la deuxième phrase, parce qu'ils supposent que l'on envisage des « exceptions » à la règle énoncée. Il peut également approuver le nouveau paragraphe 3 du projet de conclusion 4 [5], relatif aux acteurs non étatiques, même s'il doute du bien-fondé de l'emploi du terme « d'autres ». Passant au projet de conclusion 11, il dit que le paragraphe 3 lui pose problème. Si l'inaction peut être considérée dans certains cas comme une forme de pratique ou une forme d'expression de l'acceptation comme étant le droit, elle peut être dans d'autres cas le moyen d'exprimer un refus d'acceptation − en Asie par exemple, en particulier au Japon, il n'est pas rare de garder le silence pour marquer sa désapprobation. Il conviendrait donc de mentionner aussi cet aspect négatif de l'inaction dans ce paragraphe. M. Murase partage les vues de M. Kittichaisaree au sujet des « États particulièrement intéressés » et approuve, pour des raisons qu'il a déjà exprimées, la décision prise par la Commission à sa précédente session de ne pas traiter cette question.

3. En ce qui concerne les éléments constitutifs du droit international coutumier, M. Murase note que le Rapporteur spécial part du principe que les membres de la Commission souscrivent à l'approche dite « des deux éléments ». Si cette assertion ne pose pas de problème particulier, il convient toutefois de ne pas en exagérer la portée, car les membres de la Commission ont des points de vue divergents sur la relation entre ces deux éléments, qui varie en outre selon les règles de droit international. S'il existe un ensemble perceptible de règles coutumières dans lequel ces deux éléments sont suffisamment présents, d'autres ensembles de règles étayées par une pratique abondante des États peuvent ne pas être suffisamment étayées par l'*opinio juris*, et un grand nombre de règles clairement étayées par l'*opinio juris* au plan mondial ne sont pas suffisamment soutenues par les États pour être considérées comme des règles établies du droit international coutumier. Quant à l'affirmation du Rapporteur spécial à la note de bas de page dont l'appel se trouve à la fin de la troisième phrase du paragraphe 16 de son troisième rapport, elle n'est peut-être pas tout à fait appropriée. Il peut arriver, dans des circonstances exceptionnelles, que l'*opinio juris* (et pas uniquement l'*opinio*) précède la pratique des États et que, lorsque la seconde n'est pas encore suffisante, la première soit considérée comme un élément supplémentaire permettant de déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier, conformément à la section no 19 de la Déclaration de Londres de l'Association de droit international[75]. En tout état de cause, une approche trop rigide de la relation entre les deux éléments constitutifs du droit international coutumier entraverait le bon développement de celui-ci, ce pourquoi M. Murase tient à insister à nouveau sur la nécessité de faire preuve de souplesse.

4. En ce qui concerne le projet de conclusion 13, relatif aux résolutions des organisations et conférences internationales, M. Murase approuve la distinction opérée par le Rapporteur spécial au paragraphe 72 du troisième rapport et convient que c'est la pratique externe de l'organisation qui est pertinente pour la formation et la détermination du droit international coutumier. Toutefois, la pratique ultérieure au sein d'une organisation étant susceptible d'avoir des incidences sur les effets externes du droit coutumier formé par celle-ci, il faudrait en faire état dans un projet de conclusion. En outre, si la Commission a eu raison, à sa précédente session, de décider de ne pas définir le terme « organisation internationale », elle ne pourra pas faire l'économie de précisions sur les conférences

[75] « London Statement of principles applicable to the formation of general customary international law » (Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général), adoptée par l'Association de droit international dans sa résolution 16/2000 (Formation du droit international coutumier général), en date du 29 juillet 2000. Voir International Law Association, *Report of the Sixty-ninth Conference held in London, 25-29th July 2000*, p. 39. La Déclaration de Londres est reproduite ibid., p. 712 à 777. Disponible sur le site Web de l'Association de droit international (www.ila-hq.org/).