Document:-
A/CN.4/SR.3252

Compte rendu analytique de la 3252e 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

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/).

internationales, compte tenu de leur grande diversité. L'on pourrait s'inspirer ici de la section n° 33 de la Déclaration de Londres de l'Association de droit international et parler de « conférences internationales de caractère universel ».

5. Pour ce qui est de la relation entre les traités et la coutume, M. Murase juge indispensable de se référer à l'article 38 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de 1969, et regrette que cet article fasse seulement l'objet d'une brève mention à la note de bas de page dont l'appel se trouve à la fin de la première phrase du paragraphe 39 du troisième rapport. Plusieurs auteurs, dont le juge Gaja, ont appelé l'attention sur d'importantes questions soulevées par cette disposition. Ces questions devraient être examinées de manière approfondie dans le cadre des travaux sur le sujet, notamment le sens de la formule « reconnue comme telle ». En ce qui concerne le projet de conclusion 12, il faudra peut-être remplacer ou compléter, dans la phrase introductive, le verbe « refléter », qui est purement descriptif et dénué de toute portée normative. Le point essentiel étant de savoir si une disposition conventionnelle lie les États en tant que règle coutumière, on pourrait modifier la phrase introductive comme suit : « Une disposition conventionnelle peut refléter ou être amenée à refléter une règle de droit international coutumier contraignante pour les tiers […]. » Si M. Murase se réjouit que le Rapporteur spécial parle de « règle de droit international coutumier en voie de formation » au paragraphe *b*, il n'est pas sûr de saisir, au paragraphe *c*, le sens du terme « nouvelle règle de droit international coutumier », qui lui semble d'autant moins nécessaire que ces « nouvelle[s] règle[s] » sont déjà incluses dans l'expression « règles en voie de formation ». Il estime en outre qu'il faudrait indiquer dans ce projet de conclusion que seules les dispositions conventionnelles ayant un « caractère fondamentalement normatif », et non pas toutes, sont susceptibles d'engendrer de nouvelles règles de droit international coutumier, comme la Cour internationale de Justice l'a affirmé à juste titre dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*.

6. Les nouvelles règles de droit international coutumier ou les règles de droit international coutumier en voie de formation ne découlent pas uniquement de traités, mais aussi de mesures unilatérales des États – on se souviendra que le régime du plateau continental trouve son origine dans les mesures unilatérales prises par les États-Unis dans une proclamation du Président Truman datant de 1945[76]. M. Murase espère que la Commission traitera cette question séparément de celle de la cristallisation du droit coutumier fondée sur les traités. L'examen de cet aspect de l'émergence du droit international coutumier ne signifie pas pour autant qu'il faille revenir à l'étude de la « formation » du droit international coutumier, initialement proposée par le Rapporteur spécial puis abandonnée.

7. En ce qui concerne le projet de conclusion 15, M. Murase doute de l'opportunité d'y traiter la question de la coutume particulière. Même s'il convient de l'existence d'une telle notion, il considère que la détermination d'une coutume particulière, qu'elle soit bilatérale, locale ou régionale, est un problème qui concerne essentiellement un groupe d'États donné et que la Commission devrait s'en tenir au « droit coutumier général », comme l'a fait l'Association de droit international dans sa Déclaration de Londres.

8. Enfin, en ce qui concerne le projet de conclusion 16, M. Murase estime que la doctrine de l'objecteur persistant n'intéresse pas la détermination du droit international coutumier mais pose avant tout la question de l'« application » de certaines de ses règles. Sauf exceptions, cette doctrine n'a jamais été suffisamment étayée par la pratique générale des États, ni par la jurisprudence des cours et des tribunaux internationaux, outre qu'elle se rapporte à l'application des règles relatives à l'« acquiescement », à l'« estoppel » et à l'« opposabilité » (et peut-être aussi à la recevabilité). Pour M. Murase, la doctrine de l'objecteur persistant met en péril l'applicabilité générale du droit international coutumier et peut conduire à son érosion si elle est utilisée de manière croissante. Quoi qu'il en soit, si le Rapporteur spécial décide de s'appuyer sur cette doctrine, il faudra poser plusieurs conditions à son application, en exigeant que l'objection soit persistante, cohérente, exprimée publiquement et effectivement maintenue et accompagnée d'actes concrets. Il faudra également préciser quelles sortes de règles de droit international peuvent faire l'objet d'objections. Le Rapporteur spécial indique en outre qu'il ne peut y avoir d'« objection ultérieure », c'est-à-dire d'objection émise une fois la règle coutumière cristallisée, mais qu'en est-il de l'État ayant récemment accédé à l'indépendance et qui repart de zéro s'agissant des traités ratifiés par son prédécesseur ? N'est-il pas fondé à objecter à des règles coutumières cristallisées alors qu'il n'était pas encore indépendant ?

9. En conclusion, M. Murase dit que, compte tenu de la complexité des questions en jeu, la Commission devrait se garder d'adopter des conclusions hâtives, et il considère qu'il serait déplacé de s'employer à achever les travaux en 2016. Le sujet est certes examiné de manière approfondie dans le troisième rapport, mais les questions relatives aux règles de droit international coutumier en voie de formation appellent un examen plus approfondi encore. C'est pourquoi, tout en approuvant le renvoi des projets de conclusion proposés au Comité de rédaction – même s'il a des réserves quant aux projets de conclusions 15 et 16 –, M. Murase invite le Rapporteur spécial à la prudence et à la patience.

10. M. HASSOUNA dit que le troisième rapport du Rapporteur spécial est un document bien écrit, bien argumenté et bien documenté, même si l'abondance et la longueur des notes tendent à faire oublier la formulation concise du corps du texte. Il félicite le Rapporteur spécial de la clarté avec laquelle il traite les questions complexes soulevées par le sujet et du nombre impressionnant de références qu'il fournit à l'appui des projets de conclusion proposés, mais fait observer que ces projets de texte n'offrent pas toujours des indications assez claires au regard de l'objet des travaux de la Commission, à savoir élaborer un guide de la pratique destiné à aider les praticiens à déterminer les règles du droit international coutumier. Tel est

[76] « Proclamation du Président Truman sur la politique des États-Unis, concernant les ressources naturelles du sous-sol et du sol du plateau continental, le 28 septembre 1945 », dans C. A. Collard et A. Manin (dir. publ.), *Droit international et histoire diplomatique. Documents choisis*, t. 1, vol. II, *Afrique, Amérique, Asie*, Paris, Montchrestien, 1971, p. 804.

notamment le cas du projet de conclusion 12, dont l'utilité semble limitée, et qui pourrait par exemple renvoyer aux indications des travaux préparatoires pour aider à déterminer si les parties à un traité ont estimé que telle ou telle de ses dispositions reflétait le droit international existant, préciser que la disposition conventionnelle doit avoir un caractère normatif ou mentionner l'importance de la possibilité pour les parties au traité de faire des réserves.

11. Le projet de conclusion 13 n'est pas non plus suffisamment précis, faute d'indiquer dans quelles circonstances les résolutions adoptées par les organisations internationales ou lors de conférences internationales peuvent constater le droit international coutumier ou contribuer à son développement. Il serait ainsi utile d'y faire figurer une liste non exhaustive des éléments énumérés dans le rapport qu'il convient de prendre en considération pour déterminer si une résolution a ou non un caractère normatif – notamment le libellé de la résolution, la méthode employée pour adopter celle-ci et, s'il y a lieu, le résultat du vote – et de rappeler que la résolution en question doit également être observée dans la pratique des États.

12. Le même manque de précision caractérise le projet de conclusion 14, qui se borne à reprendre les dispositions du paragraphe 1 *d* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, alors qu'il pourrait distinguer entre les décisions de juridictions nationales et celles de juridictions internationales et préciser, comme indiqué dans le troisième rapport, que les premières peuvent jouer un double rôle à titre de pratique des États mais également comme élément de détermination des règles du droit international coutumier. Même si la nécessité de « conserver à la coutume sa souplesse en tant que source de droit international » justifie que les conclusions, qui doivent être lues conjointement avec leurs commentaires, soient rédigées en des termes généraux, M. Hassouna estime que les textes des projets de conclusion proposés gagneraient beaucoup à être précisés plus avant. L'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO) a elle-même souligné ce point et demandé à la Commission d'élaborer des projets de texte, et des commentaires, plus précis et concrets.

13. En ce qui concerne les éléments constitutifs du droit international coutumier, il est dit dans le troisième rapport que l'approche des deux éléments s'applique à la formation et à la détermination de toutes les règles de droit international coutumier, mais qu'il peut y avoir des variations dans la mise en œuvre de cette approche selon la branche du droit international concernée. M. Hassouna regrette que le projet de conclusion ne reflète pas ce point important, traité au demeurant un peu rapidement dans le rapport. L'affirmation selon laquelle l'approche des deux éléments peut s'appliquer différemment selon la branche du droit international concernée reste controversée dans la doctrine et soulève de nombreuses difficultés, notamment celles de savoir quelles sont les branches du droit international concernées et qui les détermine. Pour M. Hassouna, il est hasardeux de laisser à des juges internationaux, censés appliquer et non créer les règles de droit international coutumier, le soin de régler de telles questions, au risque qu'ils substituent leur jugement à celui des États qui restent les principales sources du droit international, outre qu'il n'y a toujours pas de juridiction générale et obligatoire chargée d'appliquer le droit international. C'est à la Commission de régler ces questions, la simple mention de l'application distincte de l'approche des deux éléments en droit international coutumier n'étant guère de nature à éclairer le praticien appelé à déterminer l'existence de règles coutumières. Les avis exprimés par les États à la Sixième Commission en 2014 confirment d'ailleurs qu'il est nécessaire d'approfondir cette question, car si plusieurs délégations ont estimé que, dans certaines branches, un seul de ces éléments suffisait à établir une règle de droit international coutumier non étayée par la pratique, d'autres ont proposé d'étudier les différents poids accordés aux deux éléments dans des branches spécifiques du droit international. Or le Rapporteur spécial ne traite pas la question de savoir comment déterminer le poids respectif de ces deux éléments. Au paragraphe 15 de son troisième rapport, il souligne l'importance de la distinction entre les deux éléments du droit international coutumier, mais, alors qu'il reconnaît que ceux-ci peuvent se recouper, il n'indique pas de critères particuliers ni de méthode permettant d'apprécier les preuves propres à chacun d'eux. De même, puisque le caractère souple et circonstanciel des règles coutumières est mentionné au paragraphe 17, il serait souhaitable de préciser, dans le commentaire, les circonstances objectives susceptibles d'en faire varier l'effet.

14. En ce qui concerne le projet de conclusion 11, M. Hassouna note que le Rapporteur spécial s'est employé à répondre aux questions posées par les membres de la Commission à la précédente session et, en modifiant le paragraphe 3, à préciser dans quelles circonstances l'inaction peut valoir preuve de l'acceptation comme étant le droit, à savoir : à condition que les circonstances appellent une réaction. Il l'invite toutefois à remanier ce paragraphe pour qu'il reflète d'importants éléments relatifs à l'inaction figurant dans le rapport et, en particulier, mette en lumière trois éléments fondamentaux, à savoir que l'inaction persistante et à long terme peut valoir preuve de l'acceptation comme étant le droit, que l'État a eu ou aurait dû avoir connaissance des circonstances en question et que la situation appelle normalement une réaction.

15. M. Hassouna approuve la proposition tendant à inclure les travaux de la Commission du droit international, en sa qualité d'organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies, dans la cinquième partie du projet de conclusions, intitulée « Formes particulières de pratique et de preuves ». En ce qui concerne le projet de conclusion 13, le Rapporteur spécial indique qu'une attention particulière sera accordée aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies puisqu'il s'agit d'une instance à participation quasi universelle dont les résolutions peuvent être particulièrement utiles pour révéler le droit international ou pour le stimuler, mais il ne dit rien du poids des résolutions d'autres organisations internationales, représentant elles aussi largement les États, pour ce qui est d'établir l'existence de règles générales du droit international coutumier. Or il est communément admis que les résolutions adoptées par les États au sein d'organisations internationales et lors de conférences internationales peuvent dans certaines circonstances jouer un rôle dans la formation et l'identification du droit international coutumier. Dans ce contexte, le mot « circonstances », employé au projet de conclusion 13, devrait

être explicité dans le corps du projet de texte ou dans le commentaire s'y rapportant.

16. En ce qui concerne le projet de conclusion 14, M. Hassouna note qu'il est indiqué, au paragraphe 60 du troisième rapport, que le poids des décisions des cours et tribunaux internationaux varie selon la qualité du raisonnement, la composition de la cour ou du tribunal et l'ampleur de la majorité par laquelle elles ont été adoptées. Pour lui, non seulement certaines de ces conditions sont trop subjectives, mais elles soulèvent la question de savoir quelle partie peut les évaluer et sur quelle base. Au paragraphe 62 du rapport, il est en outre indiqué que le rôle de la doctrine est fonction de la qualité des textes, critère lui aussi difficilement appréciable de manière objective.

17. Si les arguments avancés par le Rapporteur spécial pour justifier la pertinence de la pratique des organisations internationales pour la détermination du droit international coutumier sont convaincants, il semble cependant qu'il n'y ait pas d'accord sur le rôle autonome de ces organisations à cet égard, ce qui devrait être mentionné dans le commentaire. En ce qui concerne le projet de conclusion 15, M. Hassouna dit que le Comité de rédaction devra déterminer quel est le terme – « coutume particulière », « coutume spéciale » ou « coutume régionale » – qui convient le mieux. Le Comité de rédaction pourrait aussi remplacer, au paragraphe 1, les mots « que par ou contre certains États » par « qu'entre États », et il serait bon que le Rapporteur spécial précise comment une règle coutumière particulière peut devenir une règle générale du droit international coutumier dans le temps ou, inversement, devenir contraire à une telle règle. Quant au projet de conclusion 16, M. Hassouna le juge incomplet parce qu'il n'indique pas si l'objecteur persistant peut toujours écarter la force contraignante de la règle coutumière à laquelle il fait objection. La question de savoir comment la règle de l'objecteur persistant s'applique dans le contexte des normes impératives du droit international (*jus cogens*), y compris du droit international des droits de l'homme, devrait aussi être traitée. Enfin, M. Hassouna note avec satisfaction que le Rapporteur spécial entend terminer les travaux sur le sujet en 2016, mais se gardera de toute hâte excessive s'il apparaît qu'il faut plus de temps. Il se réjouit en outre que le Rapporteur spécial ait exprimé la volonté d'examiner, parallèlement aux projets de conclusion et aux commentaires, les moyens pratiques de rendre plus accessible la documentation permettant d'établir l'existence de la pratique générale et de l'acceptation comme étant le droit. En conclusion, il approuve le renvoi au Comité de rédaction des huit projets de conclusion proposés.

18. M. WISNUMURTI remercie le Rapporteur spécial de son troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier et de la présentation qu'il en a faite à une précédente séance. Il constate avec satisfaction que ce rapport comporte une série complète de projets de conclusion particulièrement utiles et relève que l'approche des deux éléments a été appuyée à la Sixième Commission. Avant d'en venir aux projets de conclusion proprement dits, il voudrait souligner, de manière générale, qu'il faudra veiller à ce que ces projets de texte soient libellés clairement afin que les praticiens, notamment ceux qui ne sont pas spécialistes du droit international coutumier, puissent bien les comprendre.

19. En ce qui concerne le projet de conclusion 3 [4], M. Wisnumurti note que le Rapporteur spécial s'est employé à préciser plus avant la relation entre les deux éléments constitutifs du droit international coutumier. Il convient que si ces deux éléments sont inséparables, chacun d'eux doit être établi séparément, ainsi qu'indiqué au paragraphe 2. S'il partage les doutes de M. Tladi au sujet de la distinction, qui lui semble par trop rigide, opérée au paragraphe 15 du troisième rapport entre la preuve de la pratique et la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit, il peut néanmoins approuver le libellé du paragraphe 2, où l'on pourrait supprimer les mots « [d]'une manière générale », qui ne sont pas suffisamment précis et risquent d'égarer l'interprète. Le projet de conclusion 11 non plus n'est pas assez précis et devrait être remanié pour refléter pleinement les conditions énoncées aux paragraphes 23, 24 et 25 du rapport. En ce qui concerne le projet de conclusion 12, M. Wisnumurti dit que les alinéas *a* et *b* ne lui posent pas de problème, mais que l'alinéa *c* n'est peut-être pas libellé de manière suffisamment claire pour l'interprète. Pour ce qui est du projet de conclusion 13, il salue la prudence bienvenue dont a fait preuve le Rapporteur spécial en indiquant que les résolutions adoptées par des organisations internationales et lors de conférences internationales « ne peuvent en elles-mêmes » constituer le droit international coutumier.

20. En ce qui concerne le projet de conclusion 14, M. Wisnumurti note avec satisfaction que le Rapporteur spécial a dûment tenu compte de la nécessité de garder à l'esprit que l'importance réelle de la jurisprudence dépend du poids donné à chaque décision. Il en est de même pour les travaux individuels de la doctrine.

21. Pour ce qui est du rôle des organisations internationales dans la formation et l'identification du droit coutumier, auquel est consacré le chapitre V du troisième rapport, il importe de souligner la distinction établie par le Rapporteur spécial entre le comportement de l'organisation dans son fonctionnement interne, et sa conduite dans le cadre de ses relations avec les États, les organisations internationales et d'autres entités, la seconde étant seule pertinente aux fins de la détermination de la coutume. De même, il est dit à juste titre dans le rapport que les actes des organisations internationales peuvent être l'expression de la pratique et des convictions de leurs États membres et qu'ils sont ainsi susceptibles de constituer une pratique de ces États ou la preuve de leur *opinio juris*. Même si le nouveau paragraphe 3 du projet de conclusion 4 [5] ne semble pas suffisamment étayé, il s'agit néanmoins d'une clause d'exclusion essentielle qui complète utilement les dispositions du projet de texte. Et il conviendra, comme l'a proposé le Rapporteur spécial, de supprimer le mot « principalement » au paragraphe 1 de ce même projet de conclusion.

22. Si le projet de conclusion 15 sur la coutume particulière est bienvenu, on peut toutefois regretter qu'il n'en précise pas le champ d'application, ce à quoi l'on pourrait remédier en modifiant son paragraphe 1 pour qu'il se lise comme suit : « Une coutume particulière, manifestation d'une coutume régionale ou locale, est une règle de droit international coutumier qui ne peut être invoquée que par ou contre certains États. »

23. Enfin, rappelant que la règle de l'objecteur persistant est essentielle pour préserver le caractère consensuel du droit international coutumier, M. Wisnumurti dit qu'il souscrit au projet de conclusion 16, sous réserve que l'objecteur persistant fasse largement connaître sa position. Il conclut en appuyant le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

24. M. CAFLISCH dit que le troisième rapport du Rapporteur spécial est riche, clair, intéressant et caractérisé par une modération et une prudence opportunes.

25. En ce qui concerne le projet de conclusion 14, sur la jurisprudence et la doctrine, le Rapporteur spécial a judicieusement choisi d'utiliser une formule neutre sans renvoyer, comme le fait l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, à la « doctrine des publicistes les plus qualifiés », qui sont difficiles à identifier. C'est également à juste titre qu'il inclut dans la jurisprudence les décisions internationales comme les décisions internes, même si ces dernières sont certainement moins probantes – bien que l'on puisse soutenir qu'elles relèvent en même temps de la « pratique » des États. En outre, s'il est vrai que les décisions de la Cour internationale de Justice jouissent d'un prestige particulier parce qu'elles émanent de l'organe judiciaire principal des Nations Unies, il convient de rappeler l'absence de hiérarchie formelle entre les instances juridictionnelles internationales, et de ne pas sous-estimer l'importance de la jurisprudence des autres tribunaux internationaux permanents, ainsi que celle des sentences arbitrales.

26. Concernant le nouveau paragraphe 3 du projet de conclusion 4 [5], on peut se demander s'il n'existe pas des entités autres que les États ou les organisations internationales auxquelles sont confiées certaines fonctions, et qui, dans le cadre de ces fonctions, pourraient développer des pratiques contribuant à la formation et à la preuve des règles coutumières. Tel pourrait notamment être le cas du Comité international de la Croix-Rouge (CICR).

27. Pour ce qui est de la coutume régionale ou sous-régionale et de la coutume bilatérale, visées dans le projet de conclusion 15, il est permis de douter de leur nature. La première, qui semble fondée sur la pratique des États d'une région ou d'une sous-région géographique, ne vaut que pour les États de cette zone qui la reconnaissent et ne s'applique donc pas forcément à toute la région ou sous-région. Inversement, des États situés hors de ce cadre géographique peuvent s'y rallier. Autrement dit, c'est l'acceptation de la règle concernée qui en détermine le champ d'application ; elle est donc fondée sur le consentement des États et relève, en conséquence, du domaine conventionnel plutôt que coutumier. Il en est de même pour la coutume bilatérale qui découle de comportements coutumiers concordants donc, si l'on veut, d'accords bilatéraux tacites ou concluants dont la véritable nature est quasi conventionnelle. C'est ainsi à juste titre que le Rapporteur spécial parle de coutumes particulières. On peut toutefois se demander si l'on est en présence d'authentiques règles coutumières ou de règles conventionnelles « larvées » – même si cette question ne paraît guère préoccuper la communauté internationale, qui vit depuis de longues années avec l'idée qu'il s'agit d'un phénomène coutumier.

28. Il ne semble pas opportun que la Commission fasse sienne la théorie de l'objecteur persistant, qui trouve peu d'appuis sur le plan international, en dehors de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'*Affaire des pêcheries*, en 1951. Cette théorie paraît en outre potentiellement destructrice de l'ordre juridique international, car elle situe le fondement de l'ensemble du droit international, conventionnel et coutumier, dans le consentement de chaque État. Or il est difficile d'admettre qu'un État puisse se soustraire indéfiniment à l'application d'une règle coutumière de caractère universel valablement formée, car la communauté internationale replongerait dans une situation que l'on croyait révolue de longue date, dans laquelle primait l'idée d'un ordre juridique purement volontariste. Si la Commission décidait cependant de conserver le projet de conclusion 16, elle devrait préciser quels seraient ses rapports avec les règles de *jus cogens*, comme l'a relevé M. Hassouna. Il serait, en outre, possible et utile de modifier le texte actuel du projet de conclusion 8 [9], en exigeant, pour établir la coutume, une pratique et une *opinio juris* non seulement largement majoritaires, mais « écrasantes » (*overwhelming*) de la communauté internationale.

29. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ félicite le Rapporteur spécial de la clarté de son troisième rapport et de la valeur ajoutée qu'il lui a conférée en s'efforçant de proposer des solutions aux problèmes soulevés par les membres de la Commission à la session précédente.

30. À titre d'observation liminaire, elle rappelle que la portée du sujet à l'examen avait fait l'objet en 2013 d'un important débat qui avait entraîné une modification de son intitulé[77], de sorte que seul le terme *identificación* (« détermination » dans la version française) y figure, excluant ainsi la question de la formation de la coutume. Conformément à l'objectif fixé pour le projet de conclusions, à savoir fournir aux praticiens un guide utile leur permettant de déterminer l'existence d'une coutume internationale et son contenu, l'angle d'étude qui a été choisi est donc celui de la preuve de la coutume, non celui de sa formation. Or le Rapporteur spécial ne s'en est pas tenu à cette approche et bon nombre de paragraphes du troisième rapport, notamment dans ses chapitres V, VI et VII, renvoient à la formation de la coutume (à sa naissance) et portent sur des questions générales d'ordre théorique, ou relatives au caractère obligatoire de la coutume ou à son opposabilité. Afin d'éviter toute ambiguïté, il serait préférable que les travaux sur le sujet à l'examen restent centrés sur la notion d'*identificación* (détermination) et que le terme de « formation » (*formación*) ne figure pas dans les projets de conclusion. Il faudrait également que celui d'*identificación* qui a été retenu pour la version espagnole y soit employé de manière uniforme et cohérente, à l'exclusion des termes *determinación* ou *determinar*, figurant dans le projet de conclusion 3 [4], paragraphe 2, et les projets de conclusions 14 et 15, paragraphe 2.

31. Le programme de travail proposé par le Rapporteur spécial semble exagérément ambitieux. Ainsi que cela a déjà été dit, il serait souhaitable, étant donné l'importance

[77] À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission a décidé de renommer le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » comme suit : « Détermination du droit international coutumier » [*Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 69, par. 65].

du sujet, que la Commission se laisse le temps de la réflexion et ne cherche pas à achever ses travaux avant la fin du quinquennat au risque de traiter certaines questions de manière incomplète. En outre, l'intention exprimée par le Rapporteur spécial de traiter dans son quatrième rapport des moyens pratiques de rendre plus accessible la documentation permettant d'établir l'existence de la pratique générale et de l'acceptation comme étant le droit, paraît assez floue. Entend-il établir une liste des moyens existants d'accéder aux éléments de preuve de la coutume ou, au contraire, proposer des mécanismes nouveaux en vue d'en faciliter l'accès à l'avenir ? Qu'en serait-il alors de l'exigence impérative d'un accès universel aux informations pertinentes ? Il est à craindre que de tels mécanismes ne soient pas alimentés par tous les États, ne tiennent pas compte de la pratique et de l'*opinio juris* de tous, et donnent finalement lieu à une surreprésentation des « États les plus puissants ». Peut-être le Rapporteur spécial pourra-t-il apporter des éléments de réponse à ces questions lors du résumé des débats sans attendre son prochain rapport.

32. Passant aux projets de conclusion, Mme Escobar Hernández dit qu'elle souscrit de manière générale au contenu du nouveau paragraphe 2 du projet de conclusion 3 [4], même si, dans la version espagnole, l'adjectif *específica*, placé avant les mots *referente a cada elemento*, lui paraît inutile, car redondant. En ce qui concerne le projet de conclusion 4 [5], elle estime que le chapitre V du troisième rapport ne répond pas de manière satisfaisante aux préoccupations exprimées par les membres de la Commission à la session précédente au sujet du rôle de la pratique des organisations internationales. Le Rapporteur spécial y met en effet l'accent sur la composante étatique de cette pratique, sans analyser de manière suffisamment claire quelle pratique de l'organisation, au sens strict, peut être utile pour déterminer la coutume internationale. Ce chapitre est plus axé sur la contribution de la pratique des organisations internationales à la formation de la coutume qu'à sa preuve, et il ne semble pas propre à offrir des orientations utiles aux praticiens pour déterminer quelle pratique, émanée de quels organes et dans quelles circonstances, peut permettre de déterminer cette coutume. Par ailleurs, même considérés sous l'angle de la formation de la coutume, certains des arguments avancés par le Rapporteur spécial paraissent à tout le moins peu convaincants et, parfois même, contradictoires. Ainsi, il est affirmé au paragraphe 72 du troisième rapport que la pratique interne d'une organisation peut donner lieu « à une sorte de droit coutumier de l'organisation, formé par elle et ne s'appliquant qu'à elle », et il est précisé dans la première note de bas de page de ce paragraphe, sans autre justification, qu'« une telle "coutume" sort du champ du présent sujet ». Or, au paragraphe 76, la pratique des organes administratifs et opérationnels des organisations internationales est au contraire désignée comme pouvant servir de pratique pertinente aux fins de la formation et de l'identification d'une coutume. De même, la pratique externe des organisations internationales est qualifiée, au paragraphe 72 également, de pertinente pour la formation et l'identification du droit international coutumier, sans qu'il soit par la suite expliqué en quoi. Nonobstant ces développements, le Rapporteur spécial n'a pas estimé nécessaire de modifier le paragraphe 2 du projet de conclusion 4 [5] dont le libellé est ambigu et offre peu d'orientations utiles aux praticiens. Il serait pourtant souhaitable d'en atténuer le caractère vague et indéterminé en supprimant les mots « [d]ans certains cas » par lesquels il débute, et d'inclure dans le commentaire des indications plus précises sur les circonstances dans lesquelles la pratique des organisations internationales peut être prise en considération pour la détermination de règles coutumières. Cela étant, Mme Escobar Hernández ne souscrit pas à la proposition tendant à supprimer l'adverbe « principalement » au paragraphe 1 de ce même projet de conclusion, car cela reviendrait à faire de la pratique des États la seule forme de pratique pertinente aux fins de la détermination du droit coutumier. Elle souhaiterait plutôt que soit supprimée la référence à la formation de la coutume dans le nouveau paragraphe 3 comme dans les autres paragraphes du projet de conclusion 4 [5].

33. Si l'approche qui sous-tend le paragraphe 3 du projet de conclusion 11 paraît appropriée, il serait néanmoins bon que le Comité de rédaction décide en quels termes préciser les circonstances dans lesquelles l'inaction est pertinente. Mme Escobar Hernández souscrit aussi à la teneur du projet de conclusion 12, qui reprend la doctrine classique des relations entre traité et coutume, mais souhaite supprimer le membre de phrase « ou être amenée à refléter » dans le paragraphe introductif, car il renvoie davantage au processus de formation que d'identification de la coutume, le traité étant considéré dans ce second processus comme existant déjà et, partant, exprimant déjà une règle coutumière pour la détermination de laquelle il sert de preuve.

34. Le libellé du projet de conclusion 13, dans lequel le Rapporteur spécial a choisi à juste titre de traiter parallèlement des traités et des résolutions des organisations et conférences internationales, appelle quelques observations. Tout d'abord, il contient des éléments relatifs à la formation de la coutume et sans rapport avec son identification, à savoir les membres de phrase « ou contribuer à son développement » et « elles ne peuvent en elles-mêmes constituer ce droit », qu'il conviendrait de supprimer. Sa formulation est en outre trop générale, l'expression « dans certaines circonstances » n'étant pas propre à offrir au lecteur des éléments d'orientation concrets. Il serait préférable de prendre pour modèle le projet de directive 12, d'autant que le Rapporteur spécial s'appuie là aussi sur la théorie de la triple interaction entre la coutume et les résolutions des organisations internationales. Quoi qu'il en soit, le commentaire accompagnant ce projet de conclusion devra apporter des précisions, concernant notamment la valeur probatoire des déclarations adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies, et donner d'autres exemples de résolutions que celles de cette instance.

35. Si le texte du projet de conclusion 14 lui paraît acceptable en soi, Mme Escobar Hernández s'associe aux autres membres qui ont estimé que les travaux de la Commission ne devraient en aucun cas être qualifiés de simple doctrine. La nature et le mandat de la Commission exigent au contraire qu'on lui consacre une disposition séparée, qui trouverait mieux sa place dans les projets de conclusion portant sur la pratique des organisations internationales ou sur le rôle des traités.

36. L'intitulé de la partie VI du projet de conclusions est quelque peu obscur et paraît, là encore, présenter peu de rapports avec les critères d'identification de la coutume. Certes, il faut traiter de l'objecteur persistant et de la coutume particulière, mais en se posant la question de l'existence de critères spécifiquement applicables à la détermination de règles coutumières particulières ou à l'identification d'un État donné comme étant un objecteur persistant. Or tant le paragraphe 1 du projet de conclusion 15 que le projet de conclusion 16 traitent de la nature, du caractère obligatoire et de l'opposabilité de la coutume, au lieu de mettre l'accent sur l'éventuelle spécificité des moyens de preuve de la coutume particulière, ou d'insister sur la nécessité d'identifier précisément la pratique générale et l'*opinion juris* pour chacun des États prétendument liés par une règle coutumière particulière. Il est regrettable que ce dernier point ne soit pas traité expressément dans le troisième rapport et n'apparaisse qu'au paragraphe 2 du projet de conclusion 15. Il serait donc souhaitable de remanier ce projet de conclusion en supprimant son paragraphe 1, car la définition de la coutume particulière figurerait plus avantageusement dans le commentaire, et en clarifiant son paragraphe 2. En outre, la question de l'objecteur persistant telle qu'elle est traitée dans le rapport mêle à tort d'authentiques cas d'objection persistante – ou supposés tels – avec d'autres hypothèses dans lesquelles le problème est en fait celui de l'opposabilité d'une coutume particulière. Si l'on peut comprendre l'idée qui sous-tend cette démarche, celle-ci n'en risque pas moins de rendre difficiles la compréhension et l'interprétation du projet de conclusions pour ses destinataires. En l'état, le projet de conclusion 16 est une simple description de l'effet de la théorie de l'objecteur persistant, et il n'y figure aucun critère permettant de déterminer si un État doit être considéré comme objecteur persistant à l'égard d'une coutume donnée. Il serait donc souhaitable que le Rapporteur spécial le remanie de sorte qu'il corresponde à l'objectif poursuivi par la Commission.

37. Pour conclure, Mme Escobar Hernández se dit favorable au renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction, étant entendu que celui-ci devra prendre en considération toutes les observations formulées en séance plénière.

38. M. TLADI dit, à propos de la modification en 2013 de l'intitulé du sujet à l'examen, qu'il ne s'agissait pas pour la Commission de modifier l'orientation de ses travaux sur le fond, mais simplement de régler un problème posé par la traduction en français du terme anglais *formation*.

39. M. NOLTE, citant le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-cinquième session, rappelle qu'il a été généralement admis que, même si l'intitulé du sujet était modifié, il convenait d'inclure les deux éléments de la formation et de l'identification du droit international coutumier dans le champ d'application du sujet[78].

40. M. FORTEAU dit que le changement d'intitulé ne répondait pas seulement à une préoccupation linguistique et que la Commission est convenue, compte tenu de l'objectif fixé pour ses travaux, que, si le sujet à l'examen n'intéressait pas la description de la formation des règles coutumières en elle-même, il portait cependant à la fois sur la preuve de ces règles et sur la définition du régime applicable aux éléments formateurs de la coutume.

41. Sir Michael WOOD (Rapporteur spécial), reconnaissant que le sens de cette modification lui a quelque peu échappé, partage néanmoins l'avis de M. Forteau. Le sujet doit être centré sur la détermination de la coutume en vue de guider les praticiens qui cherchent à établir l'existence de règles coutumières, mais ceux-ci peuvent être amenés pour ce faire à se demander si les règles coutumières en question se sont formées. L'identification et la formation de la coutume ne sauraient donc être complétement dissociées. La Commission doit cependant s'abstenir de s'engager sur le terrain sociologique de la naissance des règles coutumières. Le mieux serait d'adopter une attitude pragmatique et, en poursuivant l'examen du troisième rapport, de décider au cas par cas s'il convient ou non de parler de la formation.

42. Mme ESCOBAR HERNÁNDEZ précise que, lorsqu'elle souligne la nécessité de distinguer entre formation et identification, elle ne veut pas dire que la question de savoir si la coutume s'est ou non formée ne doit pas être prise en considération en tant qu'élément de preuve de l'existence de cette coutume. Mais ni les travaux du Rapporteur spécial ni les projets de conclusion ne doivent être axés sur cette question, qui doit conserver un caractère instrumental. Cela est d'autant plus vrai qu'il serait périlleux d'entreprendre d'identifier les conditions générales de formation de la coutume, au risque de porter à croire que la Commission entend introduire de nouveaux éléments dans le mécanisme déjà bien établi de formation d'une norme internationale.

43. M. SABOIA félicite le Rapporteur spécial de l'excellente qualité de son troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier. Il souscrit à l'idée, exprimée au chapitre I, selon laquelle les deux éléments constitutifs du droit international coutumier sont indissociables mais doivent être examinés et vérifiés séparément, ainsi qu'à la reconnaissance, aux paragraphes 16 et 17, du fait que tant l'ordre temporel d'apparition de la pratique des États et de l'*opinio juris* que leur éventuelle influence réciproque peuvent varier selon les circonstances et la branche du droit international concernée. Il estime que, même si le terme « formation » a été supprimé de l'intitulé du sujet, la question de la formation du droit international coutumier devrait recevoir toute l'attention voulue dans les travaux à venir. Il approuve le nouveau paragraphe 2 qu'il est proposé d'ajouter dans le projet de conclusion 3 [4].

44. M. Saboia approuve la manière dont le Rapporteur spécial a traité l'incidence de l'inaction sur la détermination du droit international coutumier. Bien qu'il considère que les circonstances dans lesquelles l'inaction peut valoir preuve de l'acceptation sont dûment expliquées aux paragraphes 23 et 24 du troisième rapport et illustrées par les exemples donnés dans les notes s'y rapportant, il propose, pour répondre à la demande de précisions de M. Tladi sur ce point, que ces circonstances soient explicitées dans le nouveau paragraphe 3 du projet de conclusion 11. En ce

[78] Voir ibid., par. 76.

qui concerne le chapitre III, il estime que le Rapporteur spécial a su trouver un juste équilibre entre le rôle croissant que jouent certaines catégories de traités dans la formation du droit international coutumier et la nécessité de prendre dûment en considération d'autres circonstances et facteurs pertinents, en particulier la pratique des États, et il souscrit au projet de conclusion 12. Dans la partie de ce chapitre consacrée aux résolutions adoptées par les organisations internationales et lors de conférences internationales, le Rapporteur spécial analyse judicieusement les circonstances et les facteurs en vertu desquels ces documents, qui ne sont pas en eux-mêmes juridiquement contraignants, peuvent jouer un rôle important dans la formation, la cristallisation et la détermination du droit international coutumier, sans pour autant négliger les autres facteurs déterminants, en particulier la pratique des États mais aussi les conditions dans lesquelles ces résolutions sont adoptées. M. Saboia estime toutefois que le projet de conclusion 13 pourrait traduire en termes plus affirmatifs l'incidence concrète de ces résolutions, qui semble par ailleurs reconnue dans les paragraphes explicatifs.

45. Contrairement à ce qu'il avait annoncé dans son deuxième rapport[79], le Rapporteur spécial n'a pas vraiment traité en détail la question du rôle des organisations internationales dans la formation et la détermination du droit international coutumier. Il s'est surtout attaché à mettre en évidence les différences, en matière de nature et de portée, entre la pratique des organisations internationales et celle des États et, tout en citant des sources universitaires qui illustrent le rôle croissant de ces organisations dans la formation du droit international coutumier, il a pris le parti inverse. M. Saboia ne conteste pas que la pratique des États continue de jouer un rôle prédominant et que l'influence des organisations internationales sur le droit international coutumier dépend de facteurs liés à leur mandat et à leur composition. Il estime néanmoins que l'histoire contemporaine tend à montrer que les organisations internationales contribuent de plus en plus au droit international coutumier. Citant l'exemple du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, il rappelle que celui-ci, mandaté par les États en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies pour agir en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression, a élargi sa pratique et son champ d'action, en particulier après la fin de la guerre froide, et a notamment créé des juridictions pénales internationales dont il a été reconnu que les décisions qu'elles ont rendues dans certaines affaires ont eu une incidence sur le droit international coutumier. Un autre exemple intéressant est celui de la résolution 377 (V) de l'Assemblée générale des Nations Unies, intitulée « L'union pour le maintien de la paix », en date du 3 novembre 1950, qui a eu des conséquences juridiques et politiques notables en permettant à l'Assemblée générale de jouer un rôle de plus en plus important dans les domaines de la paix et de la sécurité. L'on pourra certes objecter qu'il ne s'agit là que d'exemples de la pratique des États dans le cadre d'une organisation internationale, mais qu'en est-il des pouvoirs du Secrétaire général ? En outre, les organes des organisations internationales ne sont pas tous composés d'États, mais parfois d'experts siégeant à titre personnel, ou d'envoyés ou de représentants spéciaux du Secrétaire général dont le mandat, soumis à la supervision des États, évolue et n'est pas toujours clairement défini. La Cour internationale de Justice, composée de juges élus à titre personnel, n'en a pas moins une incidence majeure sur la formation du droit international coutumier. Quant à l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce, constitué de membres élus par l'Organe de règlement des différends, ses décisions, qui sont acceptées comme définitives par les États parties aux différends commerciaux sur lesquels il statue, ont-elles une incidence sur le droit international coutumier ? Compte tenu de ces considérations, M. Saboia estime que le projet de conclusion 4 [5] devrait être revu de façon à mieux rendre compte du rôle contemporain des organisations internationales dans la formation et la détermination du droit international coutumier. Il estime également que l'adverbe « principalement » devrait être maintenu dans le paragraphe 1. Enfin, il partage les préoccupations de M. Caflisch concernant le fait que, dans son libellé actuel, le projet de conclusion 4 [5] ne reconnaît au CICR aucun rôle dans la détermination et la formation du droit international coutumier, ce que dément l'histoire du droit international humanitaire.

46. M. ŠTURMA salue la qualité du troisième rapport du Rapporteur spécial, qui est bien structuré, clair et abondamment documenté. Il note avec satisfaction que le rapport reflète la position qu'il avait lui-même défendue à la précédente session, à savoir que le fait de reconnaître que le poids accordé à la pratique et à l'*opinio juris* peut différer selon les branches du droit international considérées ne suppose pas d'abandonner l'approche unitaire de la coutume internationale au profit d'approches spécifiques par domaine du droit international (droits de l'homme, droit international humanitaire, droit pénal international, etc.). Il souscrit également au point de vue selon lequel une forme particulière de pratique ou une preuve particulière de l'acceptation d'une pratique comme étant le droit peut être plus pertinente dans certains cas que dans d'autres, et il appuie en conséquence le nouveau paragraphe 2 du projet de conclusion 3 [4]. De même, il souscrit aux paragraphes 2 et 3 du projet de conclusion 4 [5], si ce n'est qu'il nuancerait le second en ajoutant un adverbe tel que « généralement » pour illustrer le fait que, dans des cas exceptionnels, la pratique d'acteurs non étatiques, par exemple le CICR, peut aussi contribuer à la formation ou à l'expression de règles coutumières. Il approuve sur le fond le paragraphe 3 du projet de conclusion 11 mais estime, comme d'autres membres de la Commission, qu'il faudrait expliciter les circonstances dans lesquelles l'inaction peut valoir preuve de l'acceptation comme étant le droit, à savoir lorsque l'inaction résulte de l'abstention de l'État concerné, qu'elle dure depuis suffisamment longtemps et que les circonstances appellent une réaction.

47. Passant aux projets de conclusion relatifs aux formes particulières de pratique et de preuves, M. Šturma dit que le projet de conclusion 12 expose correctement les différents types de rapports que peuvent entretenir les règles conventionnelles avec les règles coutumières. Il approuve aussi le projet de conclusion 13, relatif au rôle des résolutions des organisations et conférences internationales, bien que, à ses yeux, ce rôle soit loin d'être marginal. Peut-être faudrait-il distinguer entre les

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

organisations internationales, leurs organes et leurs actes, de manière à donner des indications plus précises quant aux circonstances dans lesquelles ces actes peuvent être pertinents et avoir plus ou moins de poids en tant que preuve du droit international coutumier. Pour ce qui est du rôle de la jurisprudence et de la doctrine, M. Šturma appuie sur le principe le projet de conclusion 14 mais estime, comme M. Tladi, que les opinions individuelles et les opinions dissidentes des juges de la Cour internationale de Justice devraient aussi être prises en considération et, comme M. Forteau, que le terme « doctrine » gagnerait à être précisé.

48. En ce qui concerne les projets de conclusion relatifs aux exceptions à l'application générale des règles de droit international coutumier, M. Šturma dit qu'il est disposé à accepter l'expression « coutume particulière » pour autant qu'elle serve à désigner sous une forme abrégée les règles coutumières locales et régionales, dont il rappelle qu'elles ne peuvent entrer en ligne de compte que si elles ne sont pas contraires à la coutume générale relevant du *jus cogens*. Au paragraphe 2 du projet de conclusion 15, il propose de préciser que la coutume particulière ne lie que les États qui ont participé à une pratique générale (ou commune) acceptée par eux comme étant le droit – en d'autres termes, qu'elle ne saurait être invoquée contre d'autres États. Il partage jusqu'à un certain point les préoccupations exprimées par MM. Forteau et Caflisch au sujet de l'approche volontariste adoptée par le Rapporteur spécial, car il estime que le droit international coutumier doit conserver son caractère spontané en tant que source de droit clairement distincte du droit conventionnel. Il conçoit que les notions de coutume particulière et d'objecteur persistant puissent être reconnues en tant qu'exceptions, sous réserve que le projet de conclusion 16 soit reformulé de manière plus prudente ou, à défaut, soit supprimé.

49. Compte tenu de l'existence, à l'heure actuelle, d'un très grand nombre de documents adoptés par des organes internationaux qui ne sont pas des résolutions classiques adoptées par les organisations internationales ni des décisions judiciaires *stricto sensu*, la question se pose de savoir, par exemple, quelle importance revêtent les constatations, décisions ou observations des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Ceux-ci n'ont ni le statut d'organe juridictionnel ni les compétences des tribunaux internationaux, mais, en tant qu'instances internationales créées par des États en application du droit international, ils exercent souvent des fonctions similaires à celles desdits tribunaux. Leur rôle dans la formation du droit international coutumier des droits de l'homme a pourtant été largement ignoré, alors qu'ils pourraient y contribuer à plusieurs titres. Étant donné que ce sont des organes quasi juridictionnels, leurs décisions devraient être prises en considération à l'instar, *mutatis mutandis*, de la jurisprudence des tribunaux internationaux ; elles ne devraient pas être classées dans la doctrine mais avoir un statut d'ouvrages collectifs comparable à celui des textes issus des travaux de la Commission ; et elles devraient être considérées comme des actes des organisations internationales (Organisation des Nations Unies, Conseil de l'Europe, etc.) qui englobent les organes dont elles émanent. Il serait bon que ces questions soient traitées dans le prochain rapport du Rapporteur spécial.

50. Un autre point qu'il conviendrait d'examiner plus en détail est l'évolution dans le temps du droit international coutumier existant, et notamment les circonstances dans lesquelles une nouvelle règle coutumière peut se substituer à une règle existante, et une règle coutumière donnée tomber en désuétude. Cette analyse pourrait aussi contribuer à éclairer le processus par lequel la coutume particulière se convertit en coutume générale, et vice versa, car M. Šturma est convaincu que cette question ne concerne pas uniquement la formation du droit international coutumier mais aussi la détermination des règles coutumières en vigueur. Laissant là ces considérations, qui intéressent surtout la poursuite des travaux de la Commission sur le sujet, il recommande le renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction.

51. M. KAMTO félicite le Rapporteur spécial pour son excellent rapport, dont il remarque néanmoins qu'il ne respecte pas, ce en quoi il n'est pas le seul, la limite de 50 pages fixée par la Commission pour la longueur des rapports. En guise de remarque d'ordre général, il se dit réservé quant à la manière inhabituelle dont le Rapporteur spécial a traité les vues exprimées par les membres de la Commission en plénière, citant expressément celles qui confortaient sa position et omettant les autres, ce qui est de nature à inciter les auteurs de celles-ci à revenir à la charge. Passant au contenu du troisième rapport, il dit ne pas comprendre le raisonnement tenu au paragraphe 16, qu'il estime contraire à la lettre et à l'esprit du paragraphe 1 *b* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et à la jurisprudence constante de cette instance. En effet, comment le Rapporteur spécial peut-il soutenir que « l'acceptation d'une pratique comme étant le droit […] peut se développer en premier et donner lieu à une pratique qui incarne cette acceptation » alors que le paragraphe 1 *b* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice fait référence à « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » et que la Cour, dans son arrêt rendu dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, qu'il cite par ailleurs au paragraphe 13 de son troisième rapport, a déclaré que « [n]on seulement les actes considérés [devaient] représenter une pratique constante, mais en outre ils [devaient] témoigner, par leur nature ou la manière dont ils [étaient] accomplis, de la conviction que cette pratique [était] rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit » (paragraphe 77 de l'arrêt) ? L'*opinio juris* est la conviction qu'une pratique est rendue obligatoire, non qu'une pratique future sera ou pourra être rendue obligatoire. M. Kamto ne peut donc pas se rallier à la position du Rapporteur spécial et ne trouve pas convaincant le point de vue qui est cité à la troisième note de bas de page du paragraphe 16 du rapport, selon lequel, dans certains cas, « l'expression d'un "besoin de droit" […] est à l'origine d'une pratique qui parachève la formation de la norme coutumière », car il peut y avoir un besoin de droit sans que cela soit nécessairement un besoin de droit coutumier : il s'agit bien souvent d'un besoin de droit conventionnel. Ainsi, ressentir et exprimer un besoin de règles en matière de protection de l'atmosphère ne saurait signifier que les États considèrent que le document par lequel ils exprimeraient un tel besoin serait une *opinio juris* d'une pratique encore inexistante, et encore moins qu'ils acceptent par avance les

règles de droit qui pourraient se dégager d'une pratique future. La Commission compromettrait ses travaux si elle adoptait cette approche, qui est purement théorique et ne correspond pas à la manière dont les règles coutumières émergent concrètement dans l'ordre juridique international. La coutume internationale n'est certes pas du droit volontaire au sens où l'est le droit conventionnel – bien que des éléments de volonté interviennent dans la formation de certaines règles coutumières – mais elle n'est assurément pas du droit spontané, car aucune règle de droit n'émerge soudainement sans le moindre recul ou processus intellectuel ou psychologique. Pour ce qui est de la preuve des deux éléments constitutifs du droit international coutumier, M. Kamto propose d'ajouter dans le nouveau paragraphe 2 du projet de conclusion 3 [4] la phrase suivante : « Toutefois, dans certains cas, les moyens de preuve d'un élément peuvent également servir de moyens de preuve de l'autre élément. »

52. Notant que le paragraphe 3 du projet de conclusion 11 ne fait pas mention des trois conditions, énoncées aux paragraphes 23, 24 et 25 du troisième rapport, sous réserve desquelles l'inaction peut être considérée comme pratique et preuve de l'*opinio juris*, M. Kamto propose de compléter ce paragraphe pour qu'il se lise comme suit : « L'inaction peut également valoir preuve de l'acceptation comme étant le droit, à condition que les circonstances appellent une réaction, que l'État sur l'inaction duquel on cherche à s'appuyer pour déterminer le droit international coutumier en ait eu connaissance, et que son inaction ait duré suffisamment longtemps. » Quant au projet de conclusion 12, il propose de le scinder en deux paragraphes, dont le premier regrouperait le texte introductif et les actuels alinéas *a* et *b*, en supprimant le membre de phrase « ou être amenée à refléter », qui n'ajoute rien et risque de créer une confusion inutile, et en modifiant l'alinéa *b* de façon qu'il se lise comme suit : « a abouti à la date de la conclusion du traité, à la cristallisation d'une règle coutumière qui était en voie de formation ». Le second paragraphe du projet de conclusion 12 reprendrait en substance l'actuel alinéa *c* et se lirait comme suit : « Une disposition conventionnelle peut également créer une nouvelle règle de droit international coutumier, en donnant naissance à une pratique générale acceptée comme étant le droit. »

53. M. Kamto approuve la formulation prudente du projet de conclusion 13, mais jugerait préférable de dire que les résolutions peuvent contribuer, non pas au « développement » du droit international coutumier, mais à sa formation ou, si ce terme pose problème, à son identification, conformément à la terminologie employée dans d'autres projets de conclusion. Au chapitre IV du troisième rapport, intitulé « Jurisprudence et doctrine », il conviendrait de préciser qu'il s'agit de la jurisprudence internationale. Les opinions individuelles ou dissidentes des juges, qui n'ont aucune autorité à l'égard des parties au différend, ne devraient pas être envisagées en tant qu'éléments de la jurisprudence mais en tant qu'éléments de la doctrine. M. Kamto est préoccupé par le caractère subjectif du choix des écrits constitutifs de la doctrine aux fins de la codification en général et de la détermination du droit international coutumier en particulier, qui favorise la doctrine des nations européennes ou occidentales au détriment de celle des autres régions du monde, contrairement aux dispositions du paragraphe 1 *d* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice renvoyant à la « doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ». Il relève à cet égard que le terme « juristes » convient mieux que « publicistes » car il englobe les juristes spécialistes du droit privé, dont plusieurs siègent à la Commission et à la Cour internationale de Justice. Il propose par conséquent de modifier le projet de conclusion 14 de façon qu'il se lise comme suit : « La jurisprudence internationale et la doctrine des juristes les plus qualifiés des différentes nations peuvent servir de moyens auxiliaires d'identification des règles du droit international coutumier. »

54. En ce qui concerne le rôle des acteurs non étatiques dans la détermination du droit international coutumier, M. Kamto est d'avis que l'approche traditionnelle retenue dans le chapitre V du troisième rapport ne tient pas toujours compte de l'évolution du droit international coutumier. Même si le droit transnational, non interétatique ni même semi-étatique, que produisent certains de ces acteurs, comme le Comité international olympique, ne peut pas encore être pris en considération, on observe en droit international humanitaire une tendance de plus en plus marquée à considérer que les acteurs non étatiques des conflits armés peuvent contribuer à la formation de règles de droit international coutumier dans ce domaine. Il conviendrait donc de reformuler le nouveau paragraphe 3 du projet de conclusion 4 [5] en tenant compte de cette tendance ou, à tout le moins, d'en faire mention dans le commentaire.

55. Passant aux chapitres VI et VII du troisième rapport, M. Kamto dit qu'il appuie les projets de conclusions 15 et 16, mais fait observer, au sujet de la doctrine de l'objecteur persistant traitée dans le second, qu'il serait souhaitable que le Rapporteur spécial étoffe ses commentaires de manière à mettre clairement en évidence le fait que l'objection ne produit pas les mêmes effets selon que la règle visée est en formation ou qu'elle est établie. Pour lui, l'objection persistante ne vaut que pour autant que l'existence de la règle n'a pas été constatée. Une fois celle-ci établie, et s'il s'agit d'une coutume universelle, tous les États, y compris ceux qui ont objecté à un moment donné, doivent être tenus par la règle coutumière. Reste à savoir si, dans ce cas, l'objection persistante peut continuer à produire des effets, en particulier si elle peut rendre la règle coutumière inopposable à l'État objecteur. D'après les observations qui ont été faites sur ce sujet, les membres de la Commission semblent considérer que tel n'est pas le cas.

56. Pour conclure, M. Kamto dit qu'il appuie le renvoi de l'ensemble des projets de conclusion au Comité de rédaction. Il souhaite néanmoins savoir si le Rapporteur spécial, qui s'est fixé pour objectif de terminer les travaux sur le sujet à la session de 2016, entend par là qu'il n'y aura pas d'examen du projet de conclusions en seconde lecture. Étant donné qu'il s'agit d'un des sujets les plus controversés en droit international, M. Kamto invite le Rapporteur spécial à ne pas précipiter la fin des travaux.

La séance est levée à 13 heures.