

Provisoire

Réservé aux participants

14 juillet 2016

Original : français

Commission du droit international
Soixante-huitième session (Première partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3302^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le vendredi 10 mai 2016, à 10 heures

Sommaire

Détermination du droit international coutumier (*suite*)

Organisation des travaux de la session

Les rectifications au présent compte rendu doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également incorporées à un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *deux semaines au plus tard à compter de la date du présent document*, à la Section française de traduction, bureau E.5059, Palais des Nations, Genève (trad_sec_fra@unog.ch).

GE.16-08679 (F) 310516 140716



* 1 6 0 8 6 7 9 *

Merci de recycler



Présents :

Président : M. Comissário Afonso

Membres : M. Caflisch
M. Candioti
M. El-Murtadi
M^{me} Escobar Hernández
M. Forteau
M. Hassouna
M. Hmoud
M. Huang
M^{me} Jacobsson
M. Kamto
M. Kolodkin
M. Laraba
M. McRae
M. Murase
M. Murphy
M. Niehaus
M. Park
M. Peter
M. Petrič
M. Saboia
M. Singh
M. Šturma
M. Tladi
M. Valencia-Ospina
M. Vázquez-Bermúdez
M. Wako
Sir Michael Wood

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 heures.

Détermination du droit international coutumier (point 6 de l'ordre du jour) (*suite*)
(A/CN.4/695)

M. Forteau remercie le Rapporteur spécial pour son rapport, dont la concision n'est pas le moindre des mérites. Il remercie également le secrétariat pour son étude sur le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier (A/CN.4/691), qu'il juge très utile et éclairante.

Dans les sections II et III du rapport, le Rapporteur spécial a entamé ce que l'on pourrait appeler une « première lecture *bis* » des projets de conclusion adoptés provisoirement par le Comité de rédaction et dont la Commission a pris note à la session précédente, sans les adopter formellement. On doit saluer le souci du Rapporteur spécial de tenir compte, en temps réel, des remarques formulées par les États membres. Dans le même temps, il faut être attentif à ne pas bouleverser la procédure habituellement suivie par la Commission. Au stade de la première lecture, la Commission doit adopter ce qu'elle estime opportun de proposer ; c'est au stade de la seconde lecture proprement dite qu'il convient d'ajuster, si nécessaire, les projets au regard des commentaires et observations des États. Cette séquence devrait être préservée, si la Commission entend maintenir l'indépendance de son expertise.

Comme le Rapporteur spécial en réponse aux observations de certains États, M. Forteau souhaite que les commentaires des projets de conclusion soient « suffisamment approfondis et détaillés ». Il conviendra en particulier de s'assurer qu'un nombre suffisant d'exemples est donné dans les commentaires, afin de permettre au lecteur de comprendre comment procéder concrètement pour déterminer le droit international coutumier. M. Forteau partage en outre de nombreuses observations formulées par le Rapporteur spécial dans la section II de son rapport, en particulier le fait que le projet de conclusions vise à permettre de déterminer l'état du droit coutumier à un moment donné, et non pas à s'interroger plus largement sur son processus de formation. Il souscrit aussi à la précision apportée par le Rapporteur spécial au paragraphe 26 de son rapport, où il est indiqué que le rôle particulier que joue la Commission en matière de détermination du droit coutumier, lequel déborde largement le rôle de la doctrine, sera souligné dans le commentaire de plusieurs projets de conclusion. Les juridictions internationales – notamment la Cour internationale de Justice et la Cour européenne des droits de l'homme – attachent en effet un poids particulier et une autorité particulière aux travaux de la Commission, comme le constate le Rapporteur spécial au paragraphe 44, où il rappelle que le processus de codification devant la Commission constitue un moyen commode de découvrir la pratique effective des États. Il faudra que les commentaires des projets de conclusion soient parfaitement explicites sur ce point. Enfin, M. Forteau appuie l'affirmation de bon sens du Rapporteur spécial qui relève que la pratique des organisations internationales peut en tant que telle, dans certains cas, contribuer à la formation ou à l'expression du droit coutumier.

S'agissant des propositions d'amendements formulées par le Rapporteur spécial dans la section III du rapport, leur caractère « mineur » conduit M. Forteau à estimer qu'il appartient au Comité de rédaction d'en débattre. La proposition formulée au paragraphe 35 semble bienvenue car elle assouplit la définition de l'*opinio juris*. En outre, comme M. Tladi l'a relevé, il serait utile de continuer de faire référence à la conduite relative aux résolutions d'organisations internationales au paragraphe 2 du projet de conclusion 6.

En ce qui concerne la section IV du rapport, qui traite selon lui d'une question cruciale, M. Forteau dit que, comme il n'a cessé de le faire valoir depuis le début de l'examen du sujet, les projets de conclusion relatifs à la méthode de détermination du droit coutumier n'ont de sens que si, parallèlement, les praticiens du droit international ont

concrètement accès aux éléments permettant de procéder à cette détermination et ainsi d'établir ce droit d'une manière qui soit véritablement représentative de l'ensemble de la communauté internationale. À défaut, la méthode que la Commission codifie restera lettre morte, car la coutume ne reflétera que la position des États ayant les moyens de diffuser leur pratique. M. Forteau salue donc le souhait du Rapporteur spécial d'examiner les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier.

La question examinée à la section IV du rapport comporte deux volets. Le premier, qui est de nature normative et a été jusque-là insuffisamment exploré par la Commission, consiste à déterminer ce que signifie le terme « accessible ». Le paragraphe 1 du projet de conclusion 7 dispose qu'il convient de prendre en compte toute la pratique « accessible » des États, mais encore faut-il savoir ce que l'on entend d'un point de vue juridique par ce terme dont la définition aura bien entendu un effet sur les modes de détermination du droit coutumier. Si par « accessible », on entend tout document qui existe, la tâche de celui qui doit déterminer le droit coutumier devient une mission impossible car on voit difficilement comment toute la pratique de tous les organes de tous les États et organisations internationales pourrait être cherchée et trouvée dans un délai raisonnable. Il faudra donc examiner cette question plus avant et poser des limites à ce qu'il convient d'entendre par « accessible » dans le contexte du projet de conclusions et de la détermination du droit coutumier. On pourrait notamment s'inspirer du régime applicable devant la Cour internationale de Justice aux preuves dites « facilement accessibles » – lesquelles peuvent être utilisées à tout stade de la procédure puisqu'elles sont censées être connues des parties. L'instruction de procédure IX *bis* de la Cour, qui est disponible sur son site Internet, indique à cet égard qu'un document est réputé facilement accessible s'il fait « partie d'une publication », c'est-à-dire s'il est « dans le domaine public », et précise que cette publication « peut se présenter sous tout format (imprimé ou électronique), sous toute forme (physique ou en ligne sur une page Internet, par exemple) ou sur tout support de données (papier, support numérique ou tout autre support) ». Elle indique par ailleurs que la publication est considérée comme « facilement accessible » dans la mesure où elle l'est à la fois pour la Cour et pour l'autre partie, ce qui suppose en particulier qu'il soit « possible de la consulter dans un délai raisonnablement bref ». Enfin, il n'est pas nécessaire de préciser les références des documents dont l'origine est « notoire », ce qui couvre, selon la Cour, « par exemple », les documents des Nations Unies, les recueils de traités multilatéraux, les grandes monographies sur le droit international ou les ouvrages de référence. À la lumière de ces éléments, il semble qu'un effort particulier devrait être fait dans les commentaires pour aider l'utilisateur des projets de conclusion à déterminer dans quelles directions il doit orienter ses recherches et jusqu'à quel degré d'approfondissement il doit les mener lorsqu'il doit établir la pratique et l'*opinio juris*. M. Forteau souscrit de ce point de vue à la citation qui figure à la note 51, qui énonce très justement qu'« on ne peut jamais prouver une règle du droit coutumier que de manière relative, et non de manière absolue – on peut seulement prouver que la majorité des preuves disponibles étaye la règle alléguée ». Une telle limite de bon sens doit trouver sa place dans le projet de conclusions, car à défaut, la méthodologie que la Commission codifie ne permettra pas de reconnaître l'existence de la moindre règle de droit coutumier.

Le deuxième volet de la question examinée à la section IV consiste à déterminer ce que la Commission pourrait faire d'utile pour permettre une meilleure diffusion de la pratique existante. En l'espèce, M. Forteau appuie la recommandation du Rapporteur spécial, qui estime utile que la Commission examine de nouveau la question qui fait l'objet de l'article 24 de son Statut, et sa proposition tendant à prier le secrétariat d'établir un rapport sur la documentation disponible, en actualisant l'étude de 1949 et les recommandations qui y figuraient. Cela dit, les temps ont changé et la Commission devrait procéder un peu différemment. Depuis 1950, une double évolution s'est produite, qui

modifie la manière dont la question de l'accès à la documentation se pose et qui rejaillit nécessairement sur les recommandations que la Commission peut formuler en la matière. En premier lieu, et comme le note à juste titre le Rapporteur spécial, il existe un nombre extraordinairement élevé de publications, de documents et de jurisprudences dans les diverses branches du droit international. Dans ces circonstances, ce qui compte n'est pas tant de recenser de manière exhaustive ce qui existe – tâche impossible – que d'aider le praticien à se repérer dans le dédale de tout ce qui est publié, en l'orientant vers ce qui est le plus pertinent pour chaque sujet. Autrement dit, ce dont le praticien a besoin, ce n'est pas d'un recueil encyclopédique, mais d'un GPS lui permettant d'aller directement à la source pertinente. La nouvelle étude du secrétariat devrait être élaborée en ce sens, sous la forme d'une cartographie générale des types de ressources disponibles et des endroits, physiques ou électroniques, où il est possible de les trouver. En second lieu, comme le note également le Rapporteur spécial, beaucoup d'États ont de grandes difficultés à diffuser leur pratique, pour des raisons financières et matérielles. La Commission devra réfléchir aux recommandations à formuler en vue d'aider ces États, par exemple en recommandant aux institutions et organisations internationales qui financent des projets de recherche universitaires de consacrer une partie de ces financements à des projets permettant d'assurer une meilleure diffusion de la pratique d'États éprouvant des difficultés en la matière. De même, un appel pourrait être lancé aux universités en vue de favoriser les sujets de thèse portant sur des domaines inexplorés de la pratique internationale. Les revues de droit international devraient aussi inclure plus systématiquement une chronique des pratiques nationales du droit international. Les sociétés nationales pour le droit international, dont cinquante se sont réunies en 2015 à Strasbourg à l'initiative de la Société française pour le droit international, ce qui a abouti à la mise en place d'un Réseau mondial des sociétés nationales pour le droit international, devraient également être mises à contribution. Sur un plan plus institutionnel, et bien que les moyens de l'ONU soient limités, d'autres recommandations pourraient être formulées pour permettre de mieux collecter et diffuser la pratique des États. Le Programme des Nations Unies pour le développement a pu jouer un rôle en ce sens dans certains États, de même que le Programme d'assistance des Nations Unies aux fins de l'enseignement, de l'étude, de la diffusion et d'une compréhension plus large du droit international, et la Division de la codification devrait elle aussi jouer un rôle moteur en la matière.

En ce qui concerne la section V du rapport consacrée au programme de travail futur, M. Forteau souhaite simplement faire une remarque concernant la forme finale que prendront les travaux de la Commission. Dans la mesure où les projets de conclusion et les commentaires s'y rapportant ont vocation à guider le travail des praticiens, il serait utile de réfléchir à la meilleure manière de présenter le texte final. La Commission présente en principe ses projets sous la forme d'abord d'un projet d'articles ou de conclusions, suivi de commentaires. S'il s'agit d'adopter un guide méthodologique, il serait peut-être utile de procéder différemment, en commençant par une brève introduction expliquant l'objet, le but et le contenu du projet, avant d'insérer le texte des projets de conclusion accompagnés de leurs commentaires. Un bref index des termes clés permettrait au lecteur qui s'interroge sur le rôle à donner à un élément de pratique déterminé, par exemple, de savoir dans quelle conclusion il peut trouver réponse à ses interrogations. Quant à la bibliographie, elle devrait être jointe au projet et, idéalement, se présenter sous forme thématique, de manière, là encore, à faciliter la tâche du lecteur.

M. Hmoud dit que l'étude du secrétariat sur le rôle des décisions des juridictions nationales confirme, comme l'a indiqué le Rapporteur spécial lorsqu'il a présenté son quatrième rapport sur le sujet, les projets de conclusion sur la question, à savoir les projets de conclusion 6, sur les formes de pratique, 10, sur les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit et 13, sur les décisions de juridictions. Cette étude montre aussi que la jurisprudence des juridictions internationales reconnaît la double nature – forme de la

pratique des États et preuve de l'*opinio juris* – des décisions des tribunaux internes, et invoque également celles-ci comme moyen auxiliaire de détermination de l'existence et du contenu de règles de droit, notamment de droit international coutumier.

L'approche adoptée par le Rapporteur spécial et la Commission met en balance comme il convient la nécessité d'élaborer des conclusions souples et pratiques et celle d'asseoir solidement celles-ci sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, les positions juridiques et la pratique des États et de leurs organes et la doctrine, tout en préservant le dynamisme qui préside à la création et à la détermination des règles de droit international coutumier. De plus, dans le cadre du sujet, les commentaires revêtent une importance particulière et ils devront être lus avec les projets de conclusion qu'ils explicitent, afin de donner aux praticiens les indications concrètes dont ils ont besoin pour pouvoir déterminer si une règle de droit international coutumier existe à un moment donné. Toutefois, même si elles visent à guider les praticiens, les conclusions expriment et doivent exprimer la *lex lata*, et peut-être sera-t-il nécessaire de revenir sur certaines d'entre elles en seconde lecture en fonction des réactions des États. Ceci est particulièrement vrai de celles relatives à la pratique des organisations internationales en tant qu'elle contribue dans certains cas à l'expression ou la création de règles coutumières, ou au rôle de la conduite d'autres acteurs. Il serait également utile que les États donnent leur opinion sur le rôle du silence ou de l'inaction en tant qu'élément objectif et subjectif.

Le Rapporteur spécial et la Commission ont à juste titre évité d'élargir indûment la portée du sujet à des questions touchant le contenu des règles de droit international coutumier ou le processus de formation de ces règles dans son aspect temporel. Des conclusions plus étoffées sur certaines questions, comme la transformation d'une règle de droit coutumier particulier en une règle de droit coutumier général, y compris les conditions touchant la pratique générale et l'*opinio juris* requise, pourraient toutefois être utiles aux praticiens.

S'agissant de savoir si l'on doit employer le terme « directives » au lieu de « conclusions » pour décrire le résultat des travaux sur le sujet, M. Hmoud estime que l'on doit conserver ce dernier terme car, même si elles visent à guider les praticiens, il s'agit bien de conclusions sur l'état du droit régissant la détermination du droit international coutumier.

En ce qui concerne la difficulté qu'il y a à déterminer le moment où une pratique accompagnée de son acceptation comme étant le droit atteint une telle masse critique qu'une règle de droit international coutumier est formée, le Rapporteur spécial fait observer à juste titre que tel n'est pas l'objet des projets de conclusion, lesquels visent à donner aux praticiens les moyens de déterminer l'existence ou le contenu d'une règle à un moment donné. Il serait contre-productif de s'arrêter sur l'élément temporel, même si la règle coutumière se forme au fil du temps et non à un moment particulier.

S'agissant de la pratique des organisations internationales, le paragraphe 2 du projet de conclusion 4, en ce qu'il indique que dans certains cas cette pratique contribue à la formation ou à l'expression de règles de droit international coutumier, relève de la *lex ferenda* car, comme l'a expliqué le Rapporteur spécial, cette proposition n'est étayée par aucune preuve. De fait, les formes de pratique visées dans le projet de conclusion 6 relèvent uniquement de la pratique des États. Ce paragraphe 2 devrait donc être libellé de manière moins catégorique, ou limiter à ce stade le rôle de la pratique des organisations internationales à un rôle subsidiaire de corroboration de la pratique des États.

S'agissant de l'inaction ou du silence en tant que forme de pratique ou manifestation d'une *opinio juris*, la prudence s'impose, et il faut donc se féliciter que tant le projet de conclusion pertinent que le commentaire y relatif expliquent que, pour que le silence soit considéré comme un élément subjectif et une preuve de l'acceptation, il faut que l'État concerné ait été en mesure de réagir et que les circonstances aient appelé une réaction.

La même prudence s'impose en ce qui concerne les résolutions des organisations internationales et leur force probante quant à l'existence d'une règle coutumière, car elles doivent être corroborées par la pratique et l'*opinio juris* des États. S'agissant par ailleurs de savoir si les textes issus des travaux de la Commission relèvent de la « doctrine » des publicistes les plus qualifiés, objet du projet de conclusion 14, étant donné le Statut de la Commission et son mandat de codification et de développement progressif du droit international, ses travaux devraient faire l'objet d'un traitement distinct, même s'ils présentent un intérêt subsidiaire pour la détermination des règles coutumières.

En ce qui concerne la règle de l'objecteur persistant et la notion de droit coutumier particulier, l'attention voulue a été accordée aux réserves exprimées par certaines délégations aussi bien dans les projets de conclusion que dans les commentaires pertinents. Comme indiqué dans le rapport, la règle de l'objecteur persistant est assujettie à des conditions rigoureuses, conformément à la *lex lata*. Quant au droit coutumier particulier, son existence est largement reconnue par les États et les juridictions internationales, et ne pas en mentionner les règles n'aurait aucun effet en termes de fragmentation du droit international puisqu'elles existent déjà dans ce droit.

Pour ce qui est des modifications proposées aux projets de conclusion, M. Hmoud indique qu'il n'a pas d'opinion bien arrêtée sur celle concernant le projet de conclusion 3, puisqu'elle ne change pas la teneur de celui-ci. Il est en effet entendu que les preuves de l'existence de chacun des deux éléments doivent être appréciées séparément. M. Hmoud n'est pas non plus opposé à ce que l'on remplace, dans le projet de conclusion 4, les mots « la formation » par « traduire », ce pour reprendre les termes utilisés par la Cour internationale de Justice. Il se félicite en outre de la suppression au paragraphe 1 des mots « contribue à », qui montre mieux que la pratique des organisations internationales n'a pas la même valeur que celle des États.

En ce qui concerne le projet de conclusion 6, la suppression proposée des formes de pratique correspondant à « la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence internationale » n'est pas absolument nécessaire dès lors que le commentaire précise que cette conduite doit être considérée davantage comme preuve de l'acceptation comme étant le droit que comme pratique. Quant aux modifications proposées concernant les projets de conclusion 9 et 12, M. Hmoud n'y est pas opposé, même s'il estime qu'il conviendrait de préciser dans le commentaire, s'agissant de la contribution des résolutions adoptées par les organisations internationales au développement des règles coutumières, que ces résolutions ne créent pas en elles-mêmes de telles règles mais peuvent corroborer la pratique des États ou l'*opinio juris*.

Enfin, en ce qui concerne les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, il s'agit de l'aspect du mandat de la Commission, énoncé à l'article 24 de son Statut, auquel celle-ci a accordé le moins d'attention. Le mémorandum de 1949 du secrétariat et le rapport de l'année suivante de la Commission, qui faisait fond sur le document de travail établi par Hudson, sont les seuls documents dans lesquels cette question a été envisagée. Plus de six décennies se sont écoulées depuis et de nombreux changements se sont produits : la qualité de la documentation reflétant la pratique des États s'est améliorée en même temps que son volume s'accroissait considérablement, l'informatique a rendu cette documentation plus accessible et on a assisté à une prolifération de traités codifiant le droit international coutumier ou créant de nouvelles règles qui font désormais partie du droit international général. De plus, une grande partie de la documentation disponible concerne la pratique des pays développés ou des États soucieux de faire connaître leurs positions en droit international. Il serait donc très utile que le secrétariat étudie de nouveau la question, comme le propose le Rapporteur spécial, et il importe qu'il explique dans l'étude qu'il établira quel est le poids à accorder aux divers exemples de la pratique des États et de

l'opinio juris, y compris les résolutions d'organes d'organisations internationales, qu'il distingue la correspondance diplomatique de la correspondance politique et qu'il donne des exemples d'autres actes des États pouvant être pertinents pour établir l'existence d'une pratique, d'une *opinio juris* ou de l'une et l'autre. Cette étude devrait de plus donner des exemples de la pratique et de *l'opinio juris* des États dont la participation aux relations internationales est peu active ou la pratique du droit international peu développée. Elle devrait donner en particulier des exemples du traitement réservé au silence dans le contexte de la pratique et de *l'opinio juris*, ainsi que de la pratique des organisations internationales contribuant ou pouvant contribuer à la création de règles coutumières. D'un point de vue pratique, la Commission pourrait aider considérablement le secrétariat dans cette tâche en demandant à l'Assemblée générale de prier les États, dans la résolution qu'elle adoptera sur le rapport de la Commission, de lui fournir les informations dont il a besoin pour cette étude et de répondre à ses demandes de renseignements.

M. Hassouna dit que l'examen des avant-projets de commentaire effectué par le groupe de travail créé à cette fin ne pourra qu'aider le Rapporteur spécial à donner leur forme définitive à ses projets de commentaire. Cette nouvelle méthode de travail pourrait être utilisée pour d'autres sujets à l'examen et, à cet égard, il a déjà été proposé par le passé de distribuer des avant-projets de commentaire à tous les membres de la Commission afin que le Rapporteur spécial puisse tenir compte de leurs vues lorsqu'il élabore ses projets de commentaire. Ce processus collectif d'élaboration de commentaires ou d'autres textes juridiques pourrait être envisagé dans les années à venir dans le cadre de l'actualisation des méthodes de travail de la Commission.

M. Hassouna remercie le Rapporteur spécial d'avoir mené de larges consultations sur les projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction et d'avoir participé à des réunions lors desquelles ils ont été examinés, notamment une réunion du groupe informel d'experts de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO) sur le droit international coutumier. Il note avec satisfaction que le Rapporteur spécial semble considérer les travaux de ce groupe comme généralement pertinents et constructifs au vu des observations faites par celui-ci sur la nécessité d'une approche rigoureuse et systématique de la détermination des règles coutumières, la pertinence de la pratique des organisations internationales, la notion d'« États spécialement touchés » et la règle de l'objecteur persistant.

D'autres observations du groupe d'experts de l'AALCO méritent également d'être citées, en particulier parce que le secrétaire général de cette organisation n'a pu le faire, ayant dû annuler sa visite à la Commission. Le groupe d'experts a notamment indiqué que le résultat de ses travaux devait préserver la souveraineté de l'État, que seul l'exercice de fonctions étatiques dans le domaine des relations internationales était pertinent s'agissant de la formation du droit international coutumier, que les éléments de preuve à prendre en considération devaient être les documents primaires, les documents secondaires comme les décisions des juridictions internationales ne pouvant être pris en compte que s'ils étaient bien étayés par les documents primaires, que l'approche des deux éléments était la bonne et que l'inégale rigueur avec laquelle les juridictions internationales l'appliquaient dans leurs décisions pour déterminer les règles de droit international coutumier était préoccupante. S'agissant des relations entre les traités et la coutume, l'existence d'une règle coutumière devait être déterminée de manière ordinaire, sur la base de l'approche des deux éléments, les traités faisant partie des documents à prendre en considération en tant que pratique ou acceptation comme étant le droit.

Les observations et suggestions faites par les États à la Sixième Commission en 2015 montrent que ceux-ci, dans leur immense majorité, souscrivent à l'approche adoptée par la CDI. De ce fait, les modifications qu'il est proposé d'apporter aux projets de conclusion, qui font l'objet de la section III du rapport à l'examen, améliorent la clarté et la

cohérence des dispositions et sont constructives sans prêter à controverse. Des délégations ont toutefois exprimé des préoccupations en ce qui concerne le paragraphe 2 du projet de conclusion 4, aux termes duquel « [d]ans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation ou à l'expression des règles du droit internationale coutumier ». Pour certaines délégations, ce paragraphe devrait être supprimé, mais le Rapporteur spécial considère à juste titre que la contribution des organisations internationales à la formation des normes coutumières est reconnue en droit international et ne devrait pas être sujette à discussion. Dans le même temps, c'est également à juste titre qu'il propose d'expliquer dans le commentaire que la pratique des organisations internationales doit être envisagée avec prudence parce que ces organisations sont extrêmement diverses dans leur composition et leurs attributions. Il semble utile, tant pour dissiper les préoccupations susmentionnées que pour fournir des indications pratiques à ceux qui seront appelés à déterminer des règles de droit international coutumier, ce qui est l'objet même des travaux de la Commission sur le sujet, de donner des exemples de cas dans lesquels la pratique d'organisations internationales a été jugée pertinente pour déterminer l'existence de règles coutumières.

Quant aux autres suggestions faites par les États à la Sixième Commission, elles ont trait à des questions déjà examinées à la Commission et sur lesquelles les membres ont pu pleinement s'exprimer, et il n'y a pas lieu d'y revenir.

La section IV du rapport porte sur la nécessité de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier. Y sont évoqués plusieurs moyens de réaliser cet objectif, y compris la large diffusion de publications relatives au droit international coutumier, la publication des informations fournies par les États en réponse aux demandes de la Commission et la publication de la pratique des États. Pour M. Hassouna, des difficultés se posent à cet égard qui tiennent, premièrement, aux incidences financières pour le secrétariat de l'élaboration de telles publications et de leur diffusion sur une grande échelle, deuxièmement, au nombre assez limité d'États, en particulier en développement, qui répondent aux questionnaires de la Commission et, troisièmement, au fait que pour l'essentiel seul un petit nombre d'États développés publient leur pratique. Malgré ces difficultés, l'historique que fait le Rapporteur spécial des travaux antérieurs de la Commission sur cette question et de l'évolution intervenue depuis, y compris, en particulier, les nouvelles formes de documentation et les nouvelles technologies permettant d'y avoir accès, démontre de manière convaincante qu'un nouvel examen de la question par la Commission, qui tiendrait compte de cette évolution, serait très utile aux publicistes. À cet égard, M. Hassouna appuie la proposition tendant à ce que le secrétariat soit prié d'établir un rapport sur la documentation actuellement disponible en actualisant l'Étude générale des recueils et répertoires de documents relatifs au droit international coutumier. Il considère en outre qu'un examen du Plan modèle de classement des documents concernant la pratique des États en matière de droit international public adopté par le CAHDI constituerait un bon point de départ. En ce qui concerne les modifications que le Rapporteur spécial propose d'apporter aux projets de conclusion pour tenir compte des suggestions et observations faites depuis la soixante-septième session de la Commission, elles sont pour la plupart acceptables. M. Hassouna considère toutefois qu'elles devraient être renvoyées au Comité de rédaction pour un « toilettage » final, pour reprendre une expression chère au Rapporteur spécial.

Pour ce qui est du programme de travail futur, M. Hassouna espère que la première lecture des projets de conclusion et des commentaires y relatifs pourra être achevée à la session en cours afin que la seconde lecture puisse avoir lieu en 2018, même si des modifications des projets de conclusion et des commentaires sont toujours possibles en première comme en seconde lecture. Il serait utile d'annexer au rapport une bibliographie qui, pour être vraiment complète et représentative, doit citer des sources de toutes les régions et tous les systèmes juridiques, et dans toutes les langues.

M. Candiotti, relevant que les projets de conclusion ne couvrent qu'une partie du sujet à l'examen, à savoir la détermination du droit international coutumier, alors que la « localisation » de ce droit est un aspect tout aussi important, dit que tous les intervenants ont souligné l'importance d'une étude sur la documentation disponible visant à actualiser celle de 1949. Cette partie pratique – où chercher et trouver le droit international coutumier dans les sources disponibles – pourrait prendre la forme d'une annexe au projet de conclusions. M. Candiotti approuve aussi la proposition de M. Forteau visant à insérer une note introductive avant le texte des projets de conclusion.

M. Park remercie le Rapporteur spécial de la présentation de son quatrième rapport et de son projet d'annexe contenant une bibliographie sélective, et il accueille avec satisfaction l'étude établie par le secrétariat sur le rôle des décisions des juridictions nationales. Les 25 observations formulées dans ce document permettront de clarifier le contenu des projets de conclusions 6 et 13 pour ce qui est du rôle que peuvent jouer les décisions des juridictions internes dans la détermination du droit international coutumier. M. Park appelle l'attention sur le fait que, dans la version anglaise, « *identification* » et « *determination* » sont utilisés indifféremment alors que, dans la version française, ils sont tous deux traduits par « détermination ».

Le quatrième rapport est concis mais il fait bien la synthèse des observations et suggestions faites par les États au sujet des 16 projets de conclusion provisoirement adoptés en 2014 et 2015 par le Comité de rédaction, qui ont amené le Rapporteur spécial à proposer des modifications pour certains des projets de conclusion. Au paragraphe 27 de son rapport, le Rapporteur spécial indique que « l'inclusion d'un projet de conclusion sur la règle de l'objecteur persistant a été approuvée par presque toutes les délégations qui ont évoqué la question à la Sixième Commission », ce dont il conclut « qu'il est généralement admis que cette règle fait bien partie du corpus du droit international ». Or la règle de l'objecteur persistant prête encore à controverse parmi les juristes et la pratique des États dans ce domaine est encore insuffisante, de sorte que le passage susmentionné risque d'être mal compris par les publicistes et les fonctionnaires qui ne sont pas particulièrement familiarisés avec la théorie du droit international.

En ce qui concerne le chapitre III du rapport, M. Park note que les modifications que le Rapporteur spécial propose d'apporter aux projets de conclusions 3 et 9 sont essentiellement d'ordre rédactionnel, alors que celles qui concernent les projets de conclusions 4, 6 et 12 portent sur le fond. S'agissant de ces dernières et, en particulier, des propositions de modification du projet de conclusion 4, M. Park note qu'au paragraphe 32, le Rapporteur spécial justifie le remplacement des mots « à la formation, ou à l'expression » par les mots « en tant qu'elle traduit, ou crée » par le fait que cette formulation s'inspire de l'arrêt rendu en 1982 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*. M. Park n'est pas convaincu du bien-fondé de cette proposition de modification car le terme « *creative* » dans la version anglaise lui semble d'usage moins courant que les mots « *formation* » et « *expression* ».

Pour ce qui est du projet de conclusion 6, dans lequel le Rapporteur spécial propose de supprimer le membre de phrase « la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale » au motif que cette conduite est en fait plus souvent utile comme preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), M. Park fait valoir qu'il importe davantage de savoir si les États respectent ou ignorent délibérément une résolution adoptée que de connaître leur réaction lorsqu'ils ont adopté cette résolution. Leur conduite dans ce contexte peut devenir une preuve importante non seulement de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), mais aussi de l'existence d'une pratique, ce pourquoi M. Park préférerait que le texte adopté par le Comité de rédaction ne soit pas modifié.

Pour ce qui est du projet de conclusion 12, qui traite de l'effet des résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales sur le droit international coutumier, M. Park note qu'au paragraphe 37 de son rapport, le Rapporteur spécial indique que sa proposition de suppression des mots « ou contribuer à son développement » au paragraphe 2 vise à mettre davantage l'accent sur la détermination du droit international coutumier et que la contribution potentielle des résolutions des organisations internationales et des conférences intergouvernementales au développement du droit pourra être traitée dans le commentaire pertinent. Cependant, il est bien établi que ces résolutions peuvent contribuer au développement du droit international coutumier. En outre, le Rapporteur spécial reconnaît lui-même la pertinence de la question de la formation du droit international coutumier au paragraphe 16 de son rapport. En conséquence, M. Park préférerait que le texte adopté par le Comité de rédaction soit conservé en l'état.

À la fin du chapitre IV du rapport, qui traite des moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, le Rapporteur spécial indique qu'il aimerait connaître les vues des membres de la Commission concernant le point de savoir si, et dans l'affirmative comment, le sujet doit faire l'objet d'un nouvel examen. Étant donné que le terme « *evidence* » dans la version anglaise est traduit par « documentation » dans la version française, cette question pourrait être interprétée comme portant sur les moyens de procéder efficacement à la compilation et à la publication de documents établissant la pratique des États et des décisions de juridictions nationales et internationales sur des questions de droit international prévues à l'article 24 du Statut de la Commission. Pour M. Park toutefois, cette question n'est pas nécessairement une priorité : à l'ère de l'information, il s'agit plutôt de savoir comment compiler et publier la documentation pertinente, d'une part, et comment classer et évaluer les informations recueillies, de l'autre. On ne peut pas non plus faire abstraction du caractère évolutif du droit international coutumier. En effet, la pratique des États peut être contradictoire, incohérente, voire également divisée en ce qui concerne l'application de certains instruments internationaux. En ce qui concerne la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, par exemple, la question de savoir si les « rochers » visés au paragraphe 3 de l'article 121 peuvent être considérés comme des îles lorsqu'ils ont été transformés et agrandis par un État n'a pas encore été tranchée. De même, les articles 58 et 59 font l'objet de différentes interprétations s'agissant du point de savoir si un État peut effectuer des manœuvres militaires dans la zone économique d'un autre État sans le consentement de celui-ci. Pour ce qui est de la délimitation de la zone économique exclusive et de celle du plateau continental, prévues aux articles 74 et 83, respectivement, certains États préfèrent la méthode de l'équidistance, d'autres le principe de l'équité, compte tenu des circonstances. La création d'une zone d'identification de défense aérienne peut aussi être contraire à des règles de droit international, en particulier la liberté de la haute mer. Enfin, lors de la réunion plénière de la Conférence du désarmement tenue à Genève en 2016, plusieurs États, s'appuyant sur l'avis consultatif rendu en 1996 par la Cour internationale de Justice en l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, ont insisté sur la nécessité de retirer et de détruire complètement les armes nucléaires des arsenaux nationaux. Assiste-t-on là à l'émergence d'une *opinio juris* ? Ou les États dotés de l'arme nucléaire essaient-ils de se servir du projet de conclusion 15 concernant l'objecteur persistant face à de nouvelles normes de *jus cogens* ?

M. Park n'a pas de réponse claire à ces questions mais, à travers ces exemples, il souhaite montrer qu'il ne suffit pas de compiler la documentation relative au droit international coutumier, mais qu'il importe de bien analyser la pratique des États et de sélectionner les documents les plus fiables susceptibles d'être compilés ou publiés. Enfin, la question de savoir si, et dans l'affirmative comment, le sujet devrait faire l'objet d'un nouvel examen, devrait être adressée aux États et figurer dans l'annexe au projet de conclusions, comme cela a été fait pour les conclusions sur le dialogue réservataire

adoptées en 2011 par la Commission, qui ont été reproduites dans l'annexe au Guide de la pratique sur les réserves aux traités. Les États et les organisations internationales devraient régulièrement passer en revue et rendre publiques leur pratique en matière de droit international coutumier car la coopération des États sera cruciale pour la disponibilité de la documentation.

M^{me} Escobar Hernández remercie le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier et tient à le féliciter du travail qu'il a accompli pendant le quinquennat et grâce auquel la Commission pourra adopter à la session en cours le texte complet des projets de conclusion et des commentaires qui s'y rapportent. Le Rapporteur spécial a fidèlement suivi le plan de travail qu'il avait annoncé en 2012 ; le résultat auquel il est parvenu correspond dans ses grandes lignes à l'objectif qu'il s'était fixé, à savoir élaborer un document propre à aider les praticiens du droit, en particulier au plan national, à déterminer l'existence de règles coutumières et leur contenu. M^{me} Escobar Hernández ne doute pas que, sous l'habile présidence de M. Vásquez-Bermúdez, le groupe de travail chargé d'examiner les avant-projets de commentaire proposés par le Rapporteur spécial pourra présenter une nouvelle version des projets de texte pour examen et adoption en plénière.

M^{me} Escobar Hernández voudrait aussi adresser ses sincères félicitations au secrétariat pour son étude sur le rôle des décisions des juridictions nationales. Ce document, qui est d'excellente facture et bien structuré, facilite grandement la compréhension du raisonnement suivi par les tribunaux internationaux lorsqu'ils sont amenés à examiner des décisions de juridictions nationales. Cette étude, notamment les observations générales n^{os} 23, 24 et 25, qui sont particulièrement importantes, devrait être reflétée dans le résultat final des travaux de la Commission, par exemple dans les commentaires, et plus précisément dans le commentaire général dont il est question au paragraphe 13 du rapport.

Avant d'en venir aux modifications proposées par le Rapporteur spécial, M^{me} Escobar Hernández voudrait faire brièvement quelques observations sur deux questions abordées aux paragraphes 12 et 14 du rapport, à savoir la forme finale des travaux de la Commission – conclusions ou directives – et l'affirmation selon laquelle les conclusions et les commentaires s'y rapportant doivent être lus comme un tout indissociable. Ces deux questions sont étroitement liées puisque le résultat des travaux dépendra en grande partie de la teneur des projets de conclusion et des commentaires y afférents. Il convient de relever à cet égard que leur forme actuelle ne semble pas pleinement adaptée au regard de l'objectif recherché qui est d'adopter un « guide de la pratique ». La proposition du Rapporteur spécial d'attendre la seconde lecture pour trancher la question de la forme finale semble donc opportune. Ensuite, pour ce qui est de la proposition de M. Murase tendant à inclure des références bibliographiques dans le résultat final des travaux, M^{me} Escobar Hernández estime que les commentaires ne peuvent en effet ignorer la contribution de la doctrine à la détermination de la coutume, d'autant que la doctrine constitue, d'après les projets de conclusion, un « moyen auxiliaire » à cette fin. Il ne semble donc pas justifié de supprimer toute référence bibliographique dans les commentaires, même s'il convient de veiller à leur concision. Le Rapporteur spécial a d'ailleurs fait l'effort d'établir une bibliographie qui offre l'avantage de présenter les références pertinentes de manière groupée et systématique. Les commentaires, outre des références ponctuelles à telle ou telle œuvre doctrinale, pourraient y renvoyer de manière générique et l'on pourrait aussi dire un mot sur le rôle de la doctrine dans un commentaire général. Enfin, M^{me} Escobar Hernández souscrit à l'approche précisée par le Rapporteur spécial au paragraphe 16 du rapport, approche plus équilibrée au regard du débat tenu par la Commission sur le couple identification/formation de la coutume.

Venant aux modifications que le Rapporteur spécial propose d'apporter aux projets de conclusions 6 et 12 et à la question de la valeur à accorder à la pratique des organisations internationales, M^{me} Escobar Hernández dit que cette pratique contribue de manière indiscutable à la formation de la coutume internationale, aussi bien directement que par la volonté exprimée par les États pendant le processus d'adoption des résolutions et par leur comportement ultérieur à cet égard. Cette contribution n'a rien d'extraordinaire ou d'exceptionnel : c'est même tout l'inverse. M^{me} Escobar Hernández ne peut donc pas appuyer les modifications proposées par le Rapporteur spécial concernant ces deux projets de texte. Le membre de phrase « la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale » renvoie à une forme de pratique pertinente dont il faut tenir compte dans la détermination du droit international coutumier. La proposition du Rapporteur spécial tendant à supprimer le verbe « peut » au paragraphe 1 du projet d'article 12 n'est pas non plus opportune parce qu'ainsi modifié, ce paragraphe serait trop catégorique. Il viendrait remettre en cause la relation entre les résolutions des organisations internationales et la coutume internationale et ne rendrait pas fidèlement compte de la réalité. De plus, supprimer les mots « ou contribuer à son développement », au paragraphe 2 du projet de conclusion 12, serait faire fi du débat tenu par la Commission sur cette question. La référence aux organisations internationales étant le fruit d'un compromis entre les diverses propositions des membres, il serait malvenu de modifier la version adoptée en première lecture.

Pour répondre aux préoccupations exprimées par certains États, dont le Rapporteur spécial fait état au paragraphe 25 du rapport, il vaudrait mieux utiliser les commentaires où l'on pourrait faire mention de plusieurs indicateurs objectifs de la contribution des résolutions des organisations internationales. Il importe aussi de bien faire ressortir la différence entre le rôle des États, des organisations internationales et des autres acteurs non étatiques dans le processus de formation de la coutume et, par conséquent, de mettre en relief la valeur distincte de leurs pratiques respectives aux fins de détermination de l'élément matériel de la coutume. Cette distinction étant suffisamment bien reflétée dans l'actuel projet de conclusion 4, ce projet de texte devrait être laissé en l'état. Toute modification viendrait bouleverser un équilibre délicat et pourrait porter à croire que la Commission cherche à minimiser la contribution de la pratique des organisations internationales.

M^{me} Escobar Hernández n'est pas hostile à la proposition tendant à remplacer les mots « la formation » par le verbe « traduire » car cette modification n'a pas d'incidence sur le fond. Toutefois, il lui semble qu'elle renvoie, du moins dans la version espagnole, à un élément intentionnel, ce qui n'est pas vraiment adapté au caractère informel du processus de formation de la coutume. Si cette proposition était acceptée, les précisions nécessaires devraient être apportées sur ce point dans le commentaire.

M^{me} Escobar Hernández souscrit aux considérations du Rapporteur spécial sur les règles spéciales relatives à l'objecteur persistant et à la coutume particulière, qui reflètent bien les travaux antérieurs de la Commission. Un projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier ne saurait faire l'économie d'une référence expresse à la coutume particulière, notamment la coutume régionale. Les observations du Rapporteur spécial sur les questions à traiter dans le commentaire méritent également d'être appuyées. Celles portant sur l'objecteur persistant sont aussi pertinentes, mais il convient de ne pas oublier que, dans certains cas, l'objection est formulée par les États à titre purement provisoire et stratégique avant qu'ils n'expriment leur position définitive, ce qui favorise dans de nombreux cas l'acceptation finale de la norme concernée. L'on pourrait peut-être refléter ce point dans le commentaire.

La proposition du Rapporteur spécial visant à rendre compte de manière indirecte, dans les commentaires des projets de conclusion pertinents, du rôle de la Commission dans la détermination du droit international coutumier n'est pas la solution idéale parce qu'elle méconnaît un élément particulièrement important : la Commission n'est pas un organe « universitaire » ou apparenté, mais un organe subsidiaire de l'Assemblée générale chargé de la codification et du développement progressif du droit international. À ce titre, elle a contribué et est appelée à contribuer notablement au processus de détermination du droit coutumier – ce qu'illustrent les mentions récurrentes de ses travaux par les tribunaux internationaux, notamment. La meilleure manière de régler cette question serait donc d'élaborer un projet de conclusion distinct. Une fois encore, se référer aux travaux de la Commission dans le commentaire afférent au projet de conclusion relatif à la doctrine n'est pas la solution la plus appropriée. Enfin, M^{me} Escobar Hernández approuve les propositions du Rapporteur spécial concernant le programme de travail futur et estime qu'il serait très utile que le secrétariat élabore un rapport sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier. Beaucoup de temps a passé depuis la publication de la première étude sur le sujet ; les changements survenus avec l'apparition d'Internet et des nouvelles technologies doivent être pris en considération pour assurer une meilleure représentation des diverses cultures juridiques et des différents groupes régionaux et groupes d'intérêts. En conclusion, M^{me} Escobar Hernández approuve le renvoi des projets de conclusion proposés au Comité de rédaction.

M. Kolodkin remercie le Rapporteur spécial de la présentation de son quatrième rapport et de ses avant-projets de commentaire, que le groupe de travail a déjà eu l'occasion d'examiner. Il remercie également le secrétariat pour son étude sur le rôle des décisions des juridictions nationales.

M. Kolodkin approuve la plupart des propositions concrètes de modification formulées par le Rapporteur spécial. Il ne juge toutefois pas opportunes, même si elles sont inspirées de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, les modifications qu'il est proposé d'apporter au paragraphe 1 du projet de conclusion 4, en particulier pour ce qui est de la version russe. Dans son libellé original, le paragraphe 1 tend à dire que la pratique des États, aussi importante soit-elle, ne fait que contribuer à la formation ou à l'expression des règles de droit international coutumier. S'il est modifié comme le propose le Rapporteur spécial, il risque de donner à entendre que la pratique peut en elle-même créer une norme de droit coutumier. Selon M. Kolodkin, le paragraphe 1 tel qu'il est actuellement libellé n'est pas incompatible avec l'arrêt de la Cour et il n'y a aucune raison de le modifier.

En ce qui concerne la proposition du Rapporteur spécial tendant à remplacer « établir » par « déterminer » au paragraphe 2 du projet de conclusion 12, M. Kolodkin préférerait que l'emploi du verbe « déterminer » ne devienne pas systématique dans l'ensemble du projet. En effet, ce verbe est généralement associé aux décisions faisant autorité rendues par les tribunaux et les autres organes compétents, par exemple la Cour, au sujet de l'existence de normes coutumières du droit international et de leur teneur, alors que le terme anglais « *identification* » renvoie généralement à l'établissement de l'existence de normes coutumières et de leur contenu, non seulement par les organes susmentionnés, mais aussi par les praticiens du droit international. Dans ce cas, il serait préférable d'employer « *identification* » dans la version anglaise ou d'employer indifféremment « *identification* » et « *determination* » comme s'ils étaient synonymes. M. Kolodkin souhaiterait que le Comité de rédaction prenne ces remarques en considération.

Bien que la proposition du Rapporteur spécial tendant à prier le secrétariat d'établir un rapport sur la documentation relative au droit international coutumier soit à première vue intéressante, M. Kolodkin estime que la Commission ne devrait pas se hâter de prendre une décision sur ce point. En effet, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a

soumis récemment au Comité des conseillers juridiques sur droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe une proposition portant sur la mise à jour du Plan modèle révisé de classement des documents concernant la pratique des États en matière de droit international public, qui va dans le même sens que la proposition du Rapporteur spécial. La proposition du Royaume-Uni n'a pas suscité un grand enthousiasme au sein du CAHDI, peut-être parce que sa mise en œuvre suppose la mobilisation de ressources que tous les États n'ont pas. En conséquence, M. Kolodkin propose que la Commission se borne pour l'instant à demander au secrétariat d'établir le document en question, sans préciser comme le fait le Rapporteur spécial au paragraphe 49 de son rapport qu'il s'agit d'une première étape. Lorsque les membres auront reçu ce document, ils reprendront l'examen de cette question. Il serait intéressant de consulter les États afin de savoir s'ils jugent opportun que ce sujet soit traité par la Commission.

M. Petrič a des doutes quant à l'opportunité des modifications que le Rapporteur spécial propose d'apporter aux projets de conclusions 6 et 12. Cela étant, ces propositions ne soulevant pas d'objection quant au fond puisqu'elles sont d'ordre rédactionnel, M. Petrič est certain que le Comité de rédaction saura régler les problèmes posés. Pour ce qui est du programme de travail futur, il approuve sans réserve la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que la question des moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, problème crucial qui appelle des solutions sur le long terme, continue d'être examinée.

Organisation des travaux de la session (point 1 de l'ordre du jour)

Le Président invite le Président du Comité de rédaction à donner lecture de la composition du groupe de rédaction sur les crimes contre l'humanité.

M. Šturma (Président du Comité de rédaction) dit que le groupe de rédaction sur les crimes contre l'humanité est composé des membres suivants : M. Murphy (Rapporteur spécial), M^{me} Escobar Hernández, M. Forteau, M. Hmoud, M. Kamto, M. Kolodkin, M. McRae, M. Petrič, M. Saboia, M. Singh, M. Vásquez-Bermúdez, M. Wako, Sir Michael Wood, M. Park et lui-même.

La séance est levée à 11 h 55.