

Provisoire

**Réservé aux participants**

23 février 2017

Français

Original : anglais

---

**Commission du droit international**  
**Soixante-huitième session (Seconde partie)**

**Compte rendu analytique provisoire de la 3339<sup>e</sup> séance**

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le lundi 8 août 2016, à 10 heures

**Sommaire**

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-huitième session (*suite*)

*Chapitre V – Détermination du droit international coutumier (suite)*


---

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 portées sur 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.16-13749 (EXT)



\* 1 6 1 3 7 4 9 \*

Merci de recycler 



**Présents :**

*Président :* M. Comissário Afonso

*Membres :* M. Caflisch  
M. Candioti  
M. El-Murtadi  
M<sup>me</sup> Escobar Hernández  
M. Forteau  
M. Hassouna  
M. Hmoud  
M. Huang  
M<sup>me</sup> Jacobsson  
M. Kittichaisaree  
M. Laraba  
M. McRae  
M. Murase  
M. Murphy  
M. Niehaus  
M. Nolte  
M. Park  
M. Peter  
M. Petrič  
M. Saboia  
M. Singh  
M. Šturma  
M. Tladi  
M. Valencia-Ospina  
M. Vázquez-Bermúdez  
M. Wako  
M. Wisnumurti  
Sir Michael Wood

**Secrétariat :**

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

*La séance est ouverte à 10 heures.*

**Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-huitième session**  
(suite)

*Chapitre V – Détermination du droit international coutumier (suite)*  
(A/CN.4/L.883 et Add.1)

**Le Président** invite la Commission à reprendre son examen de la partie du chapitre V du projet de rapport publiée sous la cote A/CN.4/L.883/Add.1.

*Commentaire du projet de conclusion 3 (Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs) (suite)*

*Paragraphe 9 (suite)*

**M. Murphy** rappelle les propositions qu'il a faites à la séance précédente de la Commission : les mots « les manifestations d'une pratique sont » seraient remplacés par « l'existence d'une pratique générale est », les mots « lorsque l'on cherche à établir l'existence d'une pratique générale » seraient supprimés et la phrase qui constitue le paragraphe serait scindée en deux phrases, la première se terminant par les mots « respecter cet ordre ».

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) fait siennes ces propositions. Répondant à une question de **M. Saboia**, il indique que le reste du paragraphe demeurera inchangé.

*Le paragraphe 9, ainsi modifié, est adopté.*

*Le commentaire du projet de conclusion 3 dans son ensemble, ainsi modifié, est adopté.*

*Introduction de la Partie III (Pratique générale)*

**M. Vázquez-Bermúdez** propose que, dans la deuxième parenthèse, les mots « leur acceptation comme étant le droit » soient remplacés par « l'*opinio juris* ».

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit qu'il ne peut souscrire à cette proposition : il croit en effet comprendre qu'il a été convenu de limiter l'emploi de l'expression latine « *opinio juris* », déjà employée une fois dans l'introduction.

*L'introduction de la Partie III est adoptée.*

*Commentaire du projet de conclusion 4 (Exigence d'une pratique)*

*Paragraphe 1*

*Le paragraphe 1 est adopté.*

*Paragraphe 2*

**M. Šturma** propose qu'un renvoi aux travaux de la Commission sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités soit ajouté dans la note de bas de page 26.

*Le paragraphe 2 est adopté, moyennant cet ajout dans la note de bas de page 26.*

*Paragraphe 3*

**M. Nolte** dit qu'à la fin de l'avant-dernière phrase, il conviendrait d'ajouter un appel de note, la note correspondante renvoyant à la définition du terme « organisation

internationale » figurant dans le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales.

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit qu'il préférerait ne pas ajouter une telle note. Il a été décidé délibérément de ne pas faire figurer de définition de l'expression « organisation internationale » dans le texte ; de plus, la manière dont cette expression est utilisée dans la phrase en question ne correspond pas exactement à la définition donnée dans le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales. Il estime suffisant d'appeler l'attention du lecteur sur ce projet d'articles, même si c'est dans un but différent, dans la note de bas de page 29.

*Le paragraphe 3 est adopté.*

#### *Paragraphe 4*

**M. Tladi** dit que le début de la deuxième phrase serait plus clair s'il se lisait comme suit : « Ce sont des entités créées et habilitées par des États et/ou des organisations internationales ».

**M. Murphy** propose de remplacer, dans la troisième phrase, les mots « participation aux » par « pratique des » et « lorsqu'elle s'accompagne de l'acceptation de ces relations comme étant le droit » par « lorsqu'elle est acceptée par l'organisation internationale comme étant le droit ».

**M. Park** propose une correction d'édition pour réduire le nombre de parenthèses utilisées dans le paragraphe, qui lui semble excessif.

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit que la modification proposée par M. Tladi, loin de clarifier cette phrase, créerait une confusion. Bien que cela soit possible, il est rare qu'une organisation internationale soit partie à un traité créant une autre organisation internationale ; telle que libellée, cette phrase rend compte de la réalité actuelle.

**M. Tladi** dit que la modification qu'il propose visait à couvrir les cas dans lesquels des organisations internationales sont créées seulement par des États. Telle que libellée, la phrase en question ne le convainc pas.

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit qu'il préférerait qu'elle demeure inchangée.

**M. Murphy** propose, à titre de compromis, de remanier comme suit le début de la phrase en question : « Ce sont des entités créées et habilitées par des États (ou des organisations internationales) ».

**M. Forteau** dit qu'il n'est pas nécessaire, dans la deuxième phrase, de préciser qui a créé et habilité les organisations internationales. Les mots « par des États (ou par des États et/ou des organisations internationales) » peuvent donc être supprimés. Retenir la modification proposée par M. Murphy pour la troisième phrase rendrait celle-ci trop restrictive. La pratique des organisations internationales contribue à la coutume quand elle est acceptée non seulement par les organisations internationales elles-mêmes mais également par les États comme étant le droit.

**M. Nolte** doute de la logique de la troisième phrase : elle implique que la pratique des organisations internationales doit être accompagnée de l'acceptation comme étant le droit pour constituer une pratique, ce qui s'écarte de l'essence même de l'approche des deux éléments appliqués à la détermination du droit international coutumier dans le cas de la pratique des États. Il propose donc de supprimer les mots « lorsqu'elle s'accompagne de l'acceptation de ces relations comme étant le droit (*opinio juris*) ».

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit qu'il comprend la préoccupation de M. Nolte et qu'il considère que l'on peut y répondre en modifiant le début de la troisième phrase, en tenant compte de la proposition de M. Murphy de remplacer « participation aux » par « pratique des » : « Leur pratique dans les relations internationales peut aussi être tenue pour une pratique qui, lorsqu'elle s'accompagne de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), donne lieu ... ».

**M. Saboia** dit qu'il souscrit aux observations de M. Forteau. La Commission doit éviter de faire sienne une conception trop étroite de la contribution des organisations internationales au droit international, qui devient plus importante que jamais.

**M. Tladi** dit qu'il appuie lui aussi les observations de M. Forteau, qui semblent être le meilleur moyen de parvenir à un accord sur ce paragraphe.

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit qu'en l'absence d'objection quant au fond, il préférerait que l'on conserve les mots que M. Forteau a proposés de supprimer. Bien qu'une définition partielle des organisations internationales figure au paragraphe 3, celui-ci concerne la manière dont les organisations internationales sont créées, non par qui elles sont créées. Il importe de tenir compte de la relation entre les États et les organisations internationales lorsque l'on envisage la pratique de ces dernières.

**M. Murphy** fait observer que la modification qu'il propose d'apporter à la troisième phrase ne semble pas avoir été retenue. Il la considère importante et estime qu'il faudrait y procéder. Il ne s'agit pas ici de la pratique des États agissant dans le cadre d'une organisation internationale mais de la pratique des organisations internationales elles-mêmes, comme l'indique le paragraphe 3. Il doit être clair que la Commission vise l'*opinio juris* des organisations internationales en tant qu'un des deux éléments nécessaires à la formation du droit international coutumier.

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit que M. Forteau a soulevé une question intéressante qui appelle une réflexion approfondie et n'a pas encore été traitée de manière satisfaisante. L'expression « accompagnée de l'acceptation comme étant le droit » tiendrait compte de la position de M. Murphy sans en exclure d'autres ; il propose de l'adopter sous réserve de bien la réexaminer en seconde lecture.

**M. Hmoud** dit que, comme la Commission n'a pas encore examiné la question de la nature de l'acceptation et de l'auteur de celle-ci, il est peut-être préférable d'adopter le paragraphe dans son libellé actuel.

**Le Président** dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite laisser le paragraphe 4 inchangé, mise à part la correction éditoriale proposée par M. Park, le remplacement des mots « participation aux » par « pratique des » et le libellé proposé pour la troisième phrase par Sir Michael Wood.

*Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.*

#### *Paragraphe 5*

**M. Forteau** dit que, dans la dernière phrase, le mot « parfois » minimise le rôle des compétences exclusives au sein de l'Union européenne et propose de le remplacer par « dans certains domaines de compétence ». Il fait en outre observer que, dans la même phrase, le mot « peut-être » laisse sans réponse la question de savoir si la pratique en question existe pour d'autres organisations internationales.

**M. Nolte**, souscrivant aux observations de M. Forteau, propose de remplacer le membre de phrase « Cela se produit parfois au sein de l'Union européenne » par « Tel est le cas pour certaines compétences de l'Union européenne ». Le mot « peut-être » devrait être supprimé.

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit qu'il appuie l'idée qui sous-tend les amendements proposés. Il propose d'adopter le texte proposé par M. Nolte et de supprimer le reste de la phrase.

**M. McRae** dit qu'à moins que la Commission n'ait des exemples précis d'autres organisations internationales au sein desquelles la même situation prévaut, il serait préférable, comme l'a proposé Sir Michael Wood, de supprimer le reste de la phrase.

**Le Président** dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite modifier comme suit la phrase en question : « C'est le cas pour certaines compétences de l'Union européenne ».

*Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.*

#### *Paragraphe 6*

**M. Nolte** dit qu'il n'est pas sûr que ce que dit la dernière phrase soit exact. Il est fréquent que des États créent des organes dont les membres siègent à titre individuel mais qui n'en exercent pas moins des pouvoirs similaires à ceux des États. Par exemple, l'enquête menée par le Royaume-Uni sur sa politique en Iraq, à laquelle ont participé des experts indépendants, a été considérée comme une activité de l'État. De plus, les tribunaux eux-mêmes sont composés d'individus qui ne reçoivent pas d'instructions de l'État. Il propose donc de supprimer la dernière phrase, car il semble difficile de trouver des actes d'organisations internationales qui ne soient pas également, d'une manière ou d'une autre, des actes des États.

**M. Murphy** propose de remplacer, dans la dernière phrase, les mots « aux pouvoirs exercés par » par « aux actes des ». Quant à la proposition figurant entre parenthèses, il n'est guère probable que l'enquête menée par le Royaume-Uni sur sa politique en Iraq soit citée comme élément de la pratique de ce pays ayant contribué au droit international coutumier. Les groupes ainsi composés d'experts siégeant à titre individuel sont généralement considérés comme distincts de l'État, ce qui leur donne davantage de crédibilité lorsqu'ils examinent la conduite de celui-ci. La proposition entre parenthèses semble acceptable, car elle donne à penser qu'il peut y avoir des exceptions à cette règle. Pour ce qui est de la deuxième phrase, la Commission a cité les secrétariats des organisations internationales comme des exemples éventuels mais n'a pas recensé de précédents spécifiques dans la jurisprudence ni dans des déclarations faites par les États ou les organisations internationales eux-mêmes. L'orateur propose donc de remplacer les mots « Par exemple » par les mots « S'il n'y a pas de précédents spécifiques à cet égard ».

**M. Park**, rappelant le débat de la Commission lors de la première partie de la session en cours sur le sujet « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », dit qu'il se demande si le paragraphe 3 du projet de conclusion 13 (Prononcés d'organes conventionnels d'experts) du projet de conclusions sur ce sujet contredit la dernière phrase du paragraphe 6 à l'examen. De fait, le premier stipule que les prononcés d'organes conventionnels d'experts peuvent donner naissance à une pratique ultérieure, alors que la seconde semble indiquer qu'il est peu probable que les actes de ces organes constituent une pratique pertinente. Bien que les deux projets de conclusions aient trait à des sujets différents, il peut néanmoins en découler une certaine confusion quant à la pertinence pour la pratique des États des actes d'organes dont les membres siègent à titre individuel.

**M. Saboia** dit qu'il appuie la proposition de supprimer la dernière phrase. Outre les organes conventionnels, un exemple important d'organisation internationale dont il est probable que les actes seront considérés comme une pratique pertinente est celui de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'Organisation internationale du Travail qui, bien qu'elle soit un organe de cette

organisation, est manifestement indépendante ; sa pratique doit être considérée comme pertinente car elle influence l'application par les États des conventions de cette organisation.

**M. Forteau** dit qu'il est favorable à la suppression, dans la dernière phrase, de la proposition figurant entre parenthèses. Dans de nombreux États, des institutions indépendantes créées par les autorités administratives jouent un rôle public. Quant à la deuxième phrase du paragraphe, la Commission n'est pas encore assez avancée dans ses travaux sur le sujet pour dire s'il existe ou non des précédents dans la jurisprudence ou ailleurs ; il préférerait donc que l'on conserve à cette phrase son libellé actuel.

**M. Nolte** dit qu'il fait sienne l'opinion de M. Forteau au sujet de la deuxième phrase. Le conditionnel « pourrait » dénote une prudence suffisante. Il peut aussi accepter la suppression, dans la dernière phrase, de la proposition figurant entre parenthèses. L'Enquête sur la guerre en Iraq n'est peut-être pas le meilleur exemple dans le contexte actuel ; toutefois, si le rapport de cette enquête avait contenu une déclaration violant manifestement les droits de tel ou tel État, il aurait été nécessairement attribuable au Royaume-Uni, qui a créé ladite commission.

**M<sup>me</sup> Jacobsson** demande si lorsqu'il a mentionné l'Enquête sur la guerre en Iraq, M. Nolte la concevait comme une pratique étatique.

**M. Nolte** dit qu'au lieu de se focaliser sur un exemple unique, il préférerait adopter une perspective plus générale : si un État crée un organe d'experts indépendant et demande à cet organe de rendre un rapport et si ce rapport contient, au sujet d'un autre État, des informations inexactes causant un préjudice à celui-ci, cet acte sera attribuable à l'État qui a créé l'organe. Ainsi, l'État ne peut s'exonérer de tels actes, même si ce n'est pas un organe étatique au sens étroit du terme qui les a accomplis.

**M<sup>me</sup> Jacobsson** dit que dans son pays, et probablement aussi dans les autres pays nordiques, l'État crée souvent de tels organes. Leurs actes ne sont toutefois pas considérés comme attribuables à l'État, au moins tant que l'État ne les a pas officiellement fait siens.

**M. Tladi** dit que le paragraphe à l'examen concerne les organisations internationales, non les organes créés par des États. Il souhaiterait que l'on conserve la dernière phrase dans son libellé actuel.

**M. Hmoud** dit que lui aussi souhaite que l'on conserve la dernière phrase dans son libellé actuel, tel qu'il a été examiné au Groupe de travail.

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) propose de supprimer les mots « Par exemple » dans la deuxième phrase et de remplacer les mots « est généralement » par « peut être » dans la dernière.

**M. Saboia** dit qu'étant donné que la proposition du Rapporteur spécial ne change pas la substance de la dernière phrase, il demeure favorable à la suppression de celle-ci. Par contre, il approuve la suppression des mots « Par exemple » dans la deuxième phrase.

**M. Forteau**, qu'appuient **M. Nolte** et **M. Park**, dit qu'il est opposé aux modifications que le Rapporteur spécial propose d'apporter à la dernière phrase, car elles ne semblent pas compatibles avec le paragraphe 2 du commentaire du projet de conclusion 5. La définition figurant dans celui-ci de ce qui constitue la pratique des États est assez large et semble englober les actes des autorités administratives indépendantes qui sont composées d'experts mais n'ont pas un rôle gouvernemental. Il propose donc de supprimer soit la proposition figurant entre parenthèses dans la dernière phrase soit cette dernière phrase dans son ensemble.

**Le Président** dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter le paragraphe 6 moyennant la suppression de la totalité de la dernière phrase et des mots « Par exemple » dans la deuxième phrase.

*Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.*

*Paragraphes 7 et 8*

*Les paragraphes 7 et 8 sont adoptés.*

*Paragraphes 9 et 10*

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) présente une version révisée des paragraphes 9 et 10, dans laquelle il propose de remplacer les mots « De même » qui figurent dans l'avant-dernière phrase du paragraphe 10 par « Par exemple » et de transférer cette phrase, ainsi que la dernière phrase du paragraphe 10 et la note de bas de page correspondante, à la fin du paragraphe 9. Dans la première phrase du paragraphe 10, le mot « Ainsi » serait supprimé, ce paragraphe commençant donc par « Les déclarations officielles », et le mot « jouent » serait remplacé par « peuvent également jouer ». Dans la deuxième phrase, le mot « donc » serait inséré entre les mots « peuvent » et « contribuer ».

**M. Murphy** dit qu'il approuve les révisions proposées par le Rapporteur spécial. Il propose en outre de remplacer, dans la deuxième phrase du paragraphe 9, les mots « En elle-même, cette conduite » par « En elle-même, leur conduite ».

*Les paragraphes 9 et 10, ainsi modifiés, sont adoptés.*

*Le commentaire du projet de conclusion 4 dans son ensemble, ainsi modifié, est adopté.*

*Commentaire du projet de conclusion 5 (Comportement de l'État en tant que pratique de l'État)*

*Paragraphes 1 à 3*

*Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.*

*Paragraphe 4*

**M. Murphy** propose de remplacer, dans la troisième phrase, la formule « d'autres sujets de droit international institués par les États (à savoir les organisations internationales) » par « des organisations internationales ». Plus généralement, on voit mal pour quelle raison l'action collective de plusieurs États et celle des autres sujets de droit international créés par les États doivent être distinguées. Si l'une et l'autre constituent une pratique pertinente, cette distinction n'est peut-être pas nécessaire et la dernière phrase peut être purement et simplement supprimée.

**M. Saboia** dit qu'il s'oppose à la suppression de la dernière phrase, qui est utile en ce qu'elle souligne l'importance des organisations internationales lorsqu'elles agissent pour appuyer les États ou conjointement à ceux-ci.

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit que lui aussi préférerait que l'on conserve la dernière phrase, avec les amendements proposés par M. Murphy en ce qui concerne la formule commençant par les mots « d'autres sujets ».

*Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.*

*Paragraphe 5*

*Le paragraphe 5 est adopté.*



*Le commentaire du projet de conclusion 5 dans son ensemble, ainsi modifié, est adopté.*

*Commentaire du projet de conclusion 6 (Formes de pratique)*

*Paragraphe 1*

*Le paragraphe 1 est adopté.*

*Paragraphe 2*

**M. Murphy** propose d'insérer le mot « parfois » entre les mots « peut » et « constituer » dans la deuxième phrase.

**M. Tladi** dit qu'il voit mal sur quelle source de droit faisant autorité on peut s'appuyer pour dire qu'un comportement verbal ne peut que « parfois » constituer une pratique. Notant également que le mot « parfois » ne figure pas dans le projet de conclusion 6, il préférerait que la dernière phrase demeure inchangée.

**M. McRae** dit que lui non plus n'est pas favorable à l'insertion du mot « parfois », qui ne semble rien ajouter au sens de la phrase.

**M. Murphy** dit qu'ajouter le mot « parfois » réduirait l'ambiguïté qui s'attache au mot « peut ». Il n'insistera toutefois pas pour qu'il soit inséré.

**M<sup>me</sup> Jacobsson** dit qu'elle aimerait avoir des éclaircissements au sujet de l'expression « comportement verbal (écrit ou oral) ».

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit qu'il n'est pas favorable à l'insertion du mot « parfois » dans la deuxième phrase. L'objet de la formule sur laquelle des éclaircissements sont demandés est d'indiquer qu'un comportement verbal, et pas seulement matériel, peut constituer une pratique. Il propose, pour que cela soit plus clair, de remplacer les mots « écrit ou oral » par « qu'il soit écrit ou oral ».

**M<sup>me</sup> Jacobsson** dit qu'elle appuie cette modification de la formule figurant entre parenthèses.

**M. Forteau** propose de remplacer les mots « comportement verbal » par « comportement consistant en déclarations ».

**M. Tladi** dit que s'il ne s'oppose pas à cette modification, il estime que l'expression « comportement verbal » n'a rien d'incorrect.

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit que le mot « verbal » est défini comme consistant en paroles ou composé de paroles et que son utilisation au paragraphe 2 reflète le libellé du paragraphe 1 du projet de conclusion 6, qui vise les « actes matériels et verbaux ». Il préférerait donc que l'on conserve l'expression « comportement verbal », suivie de la formule révisée « (qu'il soit écrit ou oral) ».

*Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.*

*Paragraphe 3 à 7*

*Les paragraphes 3 à 7 sont adoptés.*

*Le commentaire du projet de conclusion 6 dans son ensemble, ainsi modifié, est adopté.*

*Commentaire du projet de conclusion 7 (Appréciation de la pratique d'un État)**Paragraphe 1*

**M. Tladi** dit que l'expression « la position de cet État » qui figure dans la première phrase et dont le sens n'est pas clair dans ce contexte, devrait être remplacée par les mots « sa pratique ».

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit que le libellé actuel exprime comme il convient l'idée que la Commission souhaite exprimer ; répéter le mot « pratique » risque de rendre la phrase quelque peu circulaire. Il n'est toutefois pas catégoriquement opposé à la proposition de M. Tladi.

**M. Murphy** dit que si le libellé actuel de la première phrase le satisfait, une solution pourrait consister à la remanier comme suit : « Le projet de conclusion 7 concerne l'appréciation de la pratique d'un État particulier afin d'apprécier l'existence d'une pratique générale (qui fait l'objet du projet de conclusion 8). »

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit que le texte que propose M. Murphy n'exprimerait pas comme il convient l'idée que la pratique d'un État particulier est évaluée dans le cadre de l'évaluation de l'existence d'une pratique générale. Il préférerait donc que l'on conserve à la première phrase son libellé actuel.

*Le paragraphe 1 est adopté.*

*Paragraphe 2*

**M. Murphy** propose de remplacer les mots « c'est-à-dire qu'elle devrait inclure » par « y compris » dans la deuxième phrase.

*Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.*

*Paragraphe 3*

**M. Murphy** dit que pour que ce paragraphe soit plus lisible, la première phrase devrait être scindée en deux phrases et reformulée. La première phrase se terminerait après les mots « au cours d'un conflit armé » ; la nouvelle deuxième phrase se lirait comme suit : « Toutefois une position différente a été adoptée devant le Tribunal supérieur spécial par le Gouvernement grec lorsqu'il a refusé de faire exécuter l'arrêt rendu par la Cour de cassation grecque et a défendu cette position devant la Cour européenne des droits de l'homme, et par la Cour de cassation grecque elle-même dans une décision ultérieure. »

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit qu'il peut accepter de scinder la première phrase en deux phrases, dont la première se terminerait par les mots « au cours d'un conflit armé ». Quant à la deuxième phrase, il n'est pas favorable à toutes les modifications proposées par M. Murphy parce que, notamment, c'est le Tribunal supérieur spécial qui a adopté une position différente, et non le Gouvernement grec. Il propose donc de libeller la nouvelle phrase comme suit : « Toutefois, une position différente a été adoptée par le Tribunal supérieur spécial, par le Gouvernement grec lorsqu'il a refusé de faire exécuter l'arrêt rendu par la Cour de cassation grecque et a défendu cette position devant la Cour européenne des droits de l'homme, et par la Cour de cassation grecque elle-même dans une affaire ultérieure. »

*Le paragraphe 3, ainsi modifié par M. Murphy et le Rapporteur spécial, est adopté.*

*Paragraphe 4*

*Le paragraphe 4 est adopté.*

*Paragraphe 5*

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit que la dernière phrase devrait être scindée en deux phrases, la première se terminant par les mots « la pratique de l'organe supérieur ». La nouvelle avant-dernière phrase du paragraphe se lirait comme suit : « De même, par exemple, en cas de divergence dans la pratique des organes de niveaux différents du même État, il est peu probable que cela aboutisse à accorder moins de poids à la pratique de l'organe supérieur. » La deuxième nouvelle phrase conserverait son libellé initial.

*Le paragraphe 5, ainsi modifié par le Rapporteur spécial, est adopté.*

*Le commentaire du projet de conclusion 7 dans son ensemble, ainsi modifié, est adopté.*

*Commentaire du projet de conclusion 8 (La pratique doit être générale)*

*Paragraphe 1*

*Le paragraphe 1 est adopté.*

*Paragraphe 2*

**M. Murphy** propose de remanier comme suit la dernière phrase pour qu'elle soit plus compréhensible : « Dans chaque cas, cependant, la pratique devrait être de nature à permettre de dégager un usage constant et uniforme. »

*Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.*

*Paragraphe 3*

**M. Murphy** dit que les citations tirées des deux affaires visées dans la note de bas de page 49 – l'affaire *Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa and Others* et l'affaire 2 BvR 1506/03 dont a connu la Cour constitutionnelle fédérale allemande – ne semblent pas étayer directement la proposition énoncée dans le texte, à savoir qu'une participation universelle à une pratique particulière n'est pas requise. Si ces affaires sont citées dans d'autres contextes, la suppression de la note de bas de page pourrait être envisagée.

**M. Nolte** dit qu'il n'est pas favorable à la suppression de la totalité de cette note car la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande étaye bien l'opinion selon laquelle la pratique ne doit pas être nécessairement uniforme pour constituer une pratique générale.

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit qu'il aurait tendance à penser comme M. Murphy que la citation de l'affaire *Kaunda* n'étaye pas la proposition énoncée dans le paragraphe, bien qu'elle soit intéressante et puisse être utilisée ailleurs dans le commentaire. Comme M. Nolte, il préfère conserver la citation de la décision allemande, car elle étaye effectivement la teneur du commentaire. Il propose donc de supprimer la référence à l'affaire *Kaunda* figurant dans la note de bas de page 49.

*Le paragraphe 3 est adopté moyennant cette modification de la note de bas de page 49.*

*Paragraphe 4*

**M. Nolte** dit que par souci d'exactitude, les mots « certaines règles » figurant dans la dernière phrase devraient être remplacés par « de nombreuses règles ».

**M. Park** dit que le libellé actuel de cette phrase est surprenant dans la mesure où, dans le cadre des travaux du Groupe de travail sur la détermination du droit international

coutumier, le Rapporteur spécial a en fait proposé la formule « de nombreuses règles ». Quoi qu'il en soit, il estime que la dernière phrase du paragraphe 4 n'a aucun lien logique avec ce paragraphe, qui traite expressément des États particulièrement concernés. Il propose donc de la supprimer.

**M. Tladi** dit qu'il n'est pas satisfait du paragraphe 4 dans son libellé actuel et souhaite proposer des amendements dont il s'est entretenu avec le Rapporteur spécial. Il propose en particulier de remanier la première phrase comme suit : « La notion de généralité suppose ainsi que la participation à la pratique soit le fait des États qui sont particulièrement impliqués dans l'activité considérée ou les plus susceptibles d'être concernés par la règle alléguée, ayant participé à l'activité pertinente. » Quant à la dernière phrase, il n'est pas favorable à sa suppression, proposée par M. Park. Toutefois, il s'oppose vigoureusement à l'utilisation de la formule « certaines règles » au début de cette phrase et il préférerait que cette phrase commence par les mots « Par rapport à la plupart des règles ».

**M. Vázquez-Bermúdez** dit qu'il peut accepter la proposition de M. Tladi concernant la première phrase. S'agissant de la dernière, il pense comme d'autres membres qu'on ne peut conserver l'expression « certaines règles ». Il est favorable à l'emploi de l'expression « de nombreuses règles », conformément à ce qu'a proposé le Rapporteur spécial dans le cadre du Groupe de travail.

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit que d'une manière générale il approuve les modifications apportées par M. Tladi à la première phrase et propose de remplacer le dernier mot de la phrase, « l'activité » par « la pratique ». Quant à la dernière phrase, il propose de la remanier comme suit : « Dans de nombreux cas, la totalité ou la quasi-totalité des États seront également concernés. »

**M. Hmoud** dit que dans la dernière phrase il préférerait que l'on conserve les mots « directement concernés » car il y a là une comparaison avec les États spécialement touchés. Ce qu'il faut entendre par « également » dans ce contexte n'est pas clair.

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit que le mot « également » vise à indiquer que dans de nombreux cas il n'y aura pas d'États spécialement touchés.

**M. Tladi** dit que s'il comprend la question soulevée par M. Hmoud, le mot « également » ne lui pose pas de problème.

**M. McRae** dit qu'il n'est pas certains qu'il soit nécessaire d'indiquer la mesure dans laquelle les États sont concernés par les règles en question. Il propose donc de rédiger comme suit la fin de la dernière phrase : « la totalité ou la quasi-totalité des États seront concernés. »

**M. Nolte** dit qu'une qualification, que ce soit « directement » ou « également », est nécessaire pour opposer les États en question aux États « particulièrement impliqués ». Personnellement, il préfère l'expression « également concernés ».

**M. Murphy** dit qu'étant donné le nombre des amendements proposés, le texte écrit de la nouvelle version du paragraphe qui est proposée devrait être distribué aux membres de la Commission.

**Le Président** propose de suspendre la séance pour que le Rapporteur spécial puisse rédiger une nouvelle version de ce paragraphe.

*La séance est levée de 11 h 50 à 12 h 10.*

**Le Président** invite la Commission à adopter la nouvelle version du paragraphe 4 proposée par le Rapporteur spécial qui a été distribuée aux membres et se lit comme suit :

« Dans l'évaluation de la généralité, il importe de prendre en considération la mesure dans laquelle les États qui sont particulièrement impliqués dans l'activité considérée ou les plus

susceptibles d'être concernés par la règle supposée ont participé à la pratique. Il serait manifestement impossible de déterminer, par exemple, l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier relative à la navigation dans des zones maritimes sans prendre en considération la pratique des États côtiers et des États qui ont les flottes les plus importantes, ou l'existence et le contenu d'une règle sur l'investissement étranger sans évaluer la pratique des pays exportateurs de capitaux ainsi que celle des États dans lesquels l'investissement est réalisé. Dans de nombreux cas, la totalité ou la quasi-totalité des États seront également concernés. »

*Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.*

*Paragraphe 5*

*Paragraphe 5 est adopté.*

*Paragraphe 6*

**M. Vázquez-Bermúdez** dit que les mots « pratiquement uniforme » figurant dans la première phrase devraient être remplacés par « cohérente » pour aligner le texte sur celui des paragraphes 5 et 7.

*Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.*

*Paragraphe 7*

**M. Murphy** dit que la note de bas de page 54, qui contient des exemples d'écarts par rapport à une règle coutumière alléguée, n'est peut-être pas utile compte tenu de l'objectif général du commentaire du projet de conclusion 8. Il propose donc de la supprimer.

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit qu'il ne s'oppose pas à cette suppression.

*Le paragraphe 7 est adopté, moyennant la suppression de la note de bas de page 54.*

*Paragraphes 8 et 9*

*Les paragraphes 8 et 9 sont adoptés.*

*Le commentaire du projet de conclusion 8 dans son ensemble, ainsi modifié, est adopté.*

*Introduction de la Partie IV (Acceptée comme étant le droit (opinio juris))*

*L'introduction de la Partie IV est adoptée.*

*Commentaire du projet de conclusion 9 (Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (opinio juris))*

*Paragraphes 1 à 3*

*Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.*

*Paragraphe 4*

**M. Nolte** dit qu'il convient de supprimer les parenthèses encadrant la deuxième phrase, qui devrait commencer par « Cependant, ».

*Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.*

*Paragraphe 5*

**M. Vázquez-Bermúdez** dit qu'il conviendrait d'ajouter l'expression « *opinio juris* » entre parenthèses après les mots « comme étant le droit » dans la première phrase.

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) propose, par souci de cohérence terminologique, de remplacer les mots « constitue l'expression d'une » par « est assortie de l' » dans la note de bas de page 63.

*Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.*

*Paragraphe 6*

*Le paragraphe 6 est adopté.*

*Le commentaire du projet de conclusion 9 dans son ensemble, ainsi modifié, est adopté.*

*Commentaire du projet de conclusion 10 (Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (opinio juris))*

*Paragraphe 1 à 7*

*Les paragraphes 1 à 7 sont adoptés.*

*Le commentaire du projet de conclusion 10 dans son ensemble est adopté.*

*Introduction de la Partie V (Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier)*

**M. Murphy** propose que dans la troisième phrase du deuxième paragraphe, l'ordre des expressions « codification » et « développement progressif » soit inversé de manière à reprendre le texte du statut de la Commission. Dans la dernière phrase, les mots « et des sources citées » devraient être ajoutés après les mots « travaux et ».

**M. Nolte** dit que bien qu'il ne s'oppose pas à l'analyse de l'intérêt du résultat des travaux de la Commission aux fins de la détermination du droit international coutumier, il craint qu'accorder une place particulièrement importante à ce résultat en le mentionnant dans l'introduction de la Partie V ne suscite des critiques. Le paragraphe en question pourrait peut-être être déplacé.

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit qu'il convient avec M. Murphy que, dans la troisième phrase du deuxième paragraphe, l'expression « mandat unique de codification et de développement progressif du droit international » devrait être remplacée par « mandat unique de développement progressif du droit international et de codification ». Il n'estime toutefois pas opportun d'insérer une référence aux sources dans la dernière phrase, ne serait-ce que parce que, dans la troisième phrase, la réalisation par la Commission d'études approfondies de la pratique des États est mentionnée, ce qui semble répondre à la préoccupation de M. Murphy.

En réponse à M. Nolte, le Rapporteur spécial rappelle qu'il y a eu un long débat tant au Groupe de travail sur la détermination du droit international coutumier qu'au sein de la Commission sur la manière d'évoquer le résultat des travaux de celle-ci. Plusieurs membres souhaitaient que la question soit traitée dans un projet de conclusion, d'autres faisant valoir qu'une telle approche accorderait une trop large place à la Commission. Lui-même a proposé que la question soit envisagée dans le projet de conclusion 14, relatif à la doctrine, mais il s'est heurté à une vive opposition, au motif que les résultats des travaux de la Commission étaient différents de la doctrine. À l'issue d'un long débat, il a été décidé qu'ils devaient être mentionnés dans l'introduction de la Partie V. S'il est exact que le produit des travaux de la Commission est mentionné près du début de la Partie V, il ne fait

pas l'objet d'un projet de conclusion et n'est envisagé que brièvement dans les commentaires, alors même que, pour le Rapporteur spécial, il a davantage de poids que la doctrine. Si les États critiquent la place de ce paragraphe, la Commission pourra la revoir en seconde lecture.

**M. Tladi** dit que le Rapporteur spécial s'est efforcé de tenir compte des deux opinions opposées exprimées durant le débat quant à la manière d'évoquer le produit des travaux de la Commission et qu'il n'est donc pas certain que l'on puisse faire mieux.

Quant à la dernière phrase du second paragraphe, il pense comme M. Murphy que l'on devrait viser les sources. La troisième phrase ne traite pas suffisamment de la question en ce qu'elle souligne pourquoi le résultat des travaux de la Commission revêt une importance particulière et non le fait que la pratique pertinente des États doit être prise en compte pour déterminer le poids qui s'attache aux prises de position de la Commission.

**M. Saboia** dit qu'il approuve le remaniement proposé pour la troisième phrase du second paragraphe. Ce paragraphe dans son ensemble est important et soigneusement libellé, et la Commission n'y fait pas l'éloge de ses propres travaux. Il ne s'oppose pas à la modification de la dernière phrase proposée par M. Murphy et M. Tladi.

**M. Forteau** propose que pour rendre compte des observations faites au sujet du second paragraphe, la première phrase indique que la Commission n'a pas jugé approprié de consacrer un projet de conclusion distinct à ses travaux.

**M. Nolte** propose que le second paragraphe de l'introduction soit incorporé au paragraphe 6 du commentaire du projet de conclusion 14. La première phrase de ce paragraphe 6 pourrait être modifiée comme suit : « Le produit des travaux de la Commission du droit international, parfois inclus dans la "doctrine", a un caractère différent. Il revêt un poids particulier. » Le reste du paragraphe 6 serait constitué par le second paragraphe de l'introduction, amputé de sa première phrase.

**M<sup>me</sup> Escobar Hernández** dit qu'elle est satisfaite du libellé actuel du second paragraphe, qui rend compte du débat qui a eu lieu au sein du Groupe de travail quant à la manière d'évoquer le produit des travaux de la Commission. L'ajout proposé par M. Forteau, bien qu'inutile, est acceptable s'il contribue à régler la question soulevée par M. Nolte. L'oratrice dit qu'elle ne peut toutefois accepter la proposition de M. Nolte de transférer le second paragraphe au paragraphe 6 du commentaire du projet de conclusion 14.

**M. Hmoud** dit qu'à sa connaissance, le Groupe de travail est convenu de mentionner les produits des travaux de la Commission dans l'introduction de la Partie V. La Commission doit s'en tenir à cet accord, en particulier parce que ce produit ne peut être assimilé à la doctrine.

**M. Murphy** dit qu'il pense avec M. Nolte que le produit des travaux de la Commission se voit accorder trop d'importance. Les décisions de la Cour internationale de Justice, par exemple, ne sont pas mentionnées avant le projet de conclusion 13. Il préférerait que l'on transfère le paragraphe en question dans le commentaire du projet de conclusion 14, comme l'a proposé M. Nolte, en ajoutant une phrase expliquant que le produit des travaux de la Commission diffère de la doctrine. Il n'approuve pas la révision de la première phrase proposée par M. Forteau, qui tend à mettre l'accent sur les délibérations internes de la Commission.

Le problème en ce qui concerne la dernière phrase du second paragraphe est que le poids à accorder aux déterminations de la Commission ne doit pas dépendre uniquement de l'état d'avancement de ses travaux et de la réaction des États au résultat de ceux-ci.

**M. Vázquez-Bermúdez** dit qu'en son état actuel le second paragraphe rend compte succinctement du débat qui a eu lieu au sein du Groupe de travail. Il ne considère donc pas qu'il soit nécessaire de modifier la dernière phrase. Toutefois, pour répondre à la préoccupation exprimée par M. Murphy et M. Tladi, les mots « entre autres » pourraient être insérés entre deux virgules après le mot « dépend ».

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit que la première phrase peut être remaniée comme suit : « La Commission a décidé de ne pas inclure à ce stade une conclusion distincte sur les textes issus des travaux de la Commission du droit international. Ces textes méritent toutefois une attention particulière aux fins de la question qui nous intéresse. » Quant à la dernière phrase, il propose de la libeller comme suit : « Le poids à accorder aux déterminations de la Commission dépend toutefois de divers facteurs, dont les sources sur lesquelles se fonde la Commission, l'état d'avancement de ses travaux et, surtout, la réaction des États aux produits obtenus. »

*L'introduction de la Partie V, ainsi modifiée, est adoptée.*

*Commentaire du projet de conclusion 11 (Traités)*

*Paragraphe 1*

**M. Nolte** propose d'ajouter les mots « en droit international coutumier » après les mots « formes de pratique » dans la deuxième phrase, car le libellé actuel risque de donner à penser que cette phrase vise la pratique ultérieure dans l'application des traités.

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit qu'aucun malentendu n'est possible. Les projets de conclusion concernent la détermination du droit international coutumier et il est parfaitement clair que la Commission ne vise pas la pratique dans d'autres contextes. Il serait de toute façon incorrect de viser la « pratique en droit international coutumier ».

*Le paragraphe 1 est adopté.*

*Paragraphe 2*

**M. Murphy** dit que, dans la troisième phrase, les mots « de l'existence ou » sont rendus superflus par la deuxième partie de la phrase et devraient être supprimés. Il propose également de remanier comme suit la dernière phrase de la note de bas de page 75, dont le libellé actuel est quelque peu maladroit : « L'article 38 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités fait référence à la possibilité "qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un État tiers en tant que règle coutumière de droit international reconnue comme telle". »

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit qu'il approuve la modification de la note 75. Par contre, les termes de la troisième phrase du paragraphe correspondent à ceux utilisés dans le reste du document et devraient demeurer inchangés.

**M. Nolte** propose de remplacer les mots « mise en œuvre » par « application » dans la deuxième phrase, pour reprendre les termes de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

*Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.*

*Paragraphe 3*

**M. Murphy** dit qu'afin d'éviter toute ambiguïté il conviendrait d'insérer le mot « parfois » après le mot « pouvant » dans la première phrase. S'agissant de la note de bas de page 78, il demande si, dans l'affaire *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a effectivement dit dans son jugement que le fait que la convention en



question « ait recueilli une large adhésion, puisqu'elle [était] la plus largement acceptée de toutes les conventions internationales » indiquait que les dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant faisaient désormais partie du droit international coutumier. Il se demande s'il n'y a pas là une extrapolation de ce qu'a dit le Tribunal et s'il ne serait pas préférable, de toute manière, de remplacer « ses dispositions pertinentes » par « certaines de ses dispositions ».

**M. Saboia** dit qu'il ne peut accepter l'insertion du mot « parfois ».

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit qu'il n'est pas non plus favorable à l'insertion du mot « parfois ». Il dit qu'il répondra à la question de M. Murphy concernant la citation de l'affaire *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* une fois qu'il aura vérifié les termes du jugement en question.

*Le paragraphe 3 est laissé en suspens.*

#### *Paragraphe 4*

**M. Nolte** propose, par souci de clarté et pour faire écho au texte de la Convention de Vienne, de remanier la dernière phrase du paragraphe comme suit : « Il faut pouvoir démontrer que les États ne suivent pas une pratique (seulement) en exécution de l'obligation conventionnelle (“dans l'application du traité”), mais parce qu'ils sont convaincus que la règle énoncée est, ou est devenue, une règle de droit international coutumier. »

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit que l'ajout proposé par M. Nolte introduit une complexité qu'il préférerait éviter. De plus, il n'est pas sûr que « dans l'application du traité » veuille dire la même chose que « parce que le traité leur en fait obligation ».

**M. Nolte** dit que « dans l'application du traité » correspond à la terminologie courante, à la différence de « parce que le traité leur en fait obligation ». L'orthodoxie voudrait que la phrase soit clarifiée comme il l'a proposé.

**Sir Michael Wood** (Rapporteur spécial) dit que le problème peut être réglé en remplaçant les mots « *by virtue* » par « *because* » dans le texte anglais.

*Le paragraphe 4, ainsi modifié dans le texte anglais, est adopté.*

*La séance est levée à 13 heures.*