

Provisoire

Réservé aux participants

12 juin 2018

Français

Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-dixième session (Première partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3396^e séance

Tenue au Siège, à New York, le lundi 7 mai 2018, à 10 heures

Sommaire


Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (*suite*)

Détermination du droit international coutumier

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).

18-07248 (F)



Merci de recycler 



Présents :

Président : M. Valencia-Ospina

Membres : M. Argüello Gómez
M. Aurescu
M. Cissé
M^{me} Escobar Hernández
M^{me} Galvão Teles
M. Gómez-Robledo
M. Grossman Guiloff
M. Hassouna
M. Hmoud
M. Huang
M. Jalloh
M^{me} Lehto
M. Murase
M. Murphy
M. Nguyen
M. Nolte
M^{me} Oral
M. Ouazzani Chahdi
M. Park
M. Peter
M. Petrič
M. Rajput
M. Reinisch
M. Ruda Santolaria
M. Saboia
M. Šturma
M. Tladi
M. Vázquez-Bermúdez
Sir Michael Wood

Secrétariat :

M. Chimimba Premier secrétaire adjoint de la Commission

La séance est ouverte à 10 heures.

Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (point 4 de l'ordre du jour) (suite) (A/CN.4/712 et A/CN.4/715)

Le Président invite le Rapporteur spécial à résumer le débat sur son cinquième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/715).

M. Nolte (Rapporteur spécial) dit que le débat a été étonnamment riche, étant donné le large accord général sur presque toutes les questions, et il remercie les membres de la Commission de leurs contributions judicieuses. Il relève que tant la rigueur que la souplesse dont il a fait preuve ont été évoquées à plusieurs reprises et il espère que la première s'entend de la substance de son travail et la seconde de son esprit de compromis, même si la rigueur dans l'approche quant au fond limite dans une certaine mesure la possibilité d'accepter des compromis. M^{me} Lehto a dit que parce qu'elle se joignait au débat au stade de la seconde lecture des projets de conclusion, elle serait prudente dans ses observations. Toutefois, même ceux qui participent au débat depuis le début ont parfois besoin qu'on leur rappelle l'histoire de celui-ci. M. Jalloh a fait observer que dans la mesure du possible, l'accord général auquel la Commission est parvenue jusqu'ici ne devait pas être remis en question en l'absence de raisons impérieuses pour ce faire et que nombre de questions ont été réglées dans les commentaires. Le projet de conclusions représente un travail collectif de la Commission, qui a affiné le texte plusieurs fois au fil des ans. De plus, plusieurs membres ont relevé à juste titre que les commentaires des États ne fournissaient aucune raison de procéder à des modifications majeures.

Très peu d'observations ont été faites sur le projet de conclusion 1 [1a] (Introduction), et une seule concernait le fond, à savoir celle de Sir Michael Wood d'ajouter les mots « entre États » à la fin du projet de conclusion et d'expliquer dans le commentaire la relation entre le sujet et les règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales. Le Rapporteur spécial indique qu'il pourrait accepter cette dernière proposition concernant le commentaire, même s'il considère que bien que le projet de conclusions traite principalement des traités entre États, il puisse être également pertinent s'agissant des traités auxquels des acteurs non étatiques sont parties. Il estime donc comme d'autres membres que la portée du sujet ne devrait pas être réduite à la dernière minute.

Il y a également eu très peu d'observations de fond sur le projet de conclusion 2 [1] (Règle générale et moyens d'interprétation des traités). La plus radicale a été formulée par M. Rajput lorsqu'il a déclaré que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités étaient subsidiaires par rapport au contexte aux fins de l'interprétation et qu'il ne fallait donc pas leur accorder trop de poids. À l'opposé, Sir Michael Wood a déclaré que les accords et la pratique ultérieurs devaient se voir accorder le même poids que les moyens d'interprétation visés à l'article 31, paragraphe 1 de la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial rappelle aux membres que la question du rôle et de l'importance relative des accords et de la pratique ultérieurs parmi les divers moyens d'interprétation ont fait l'objet en 2013 d'un débat approfondi qui a abouti au projet de conclusion tel qu'actuellement libellé ; ce texte a satisfait les tenants de ces opinions divergentes. Le Rapporteur spécial propose donc que le libellé actuel ne soit changé que s'il existe des raisons largement admises de le modifier.

Sir Michael Wood a proposé d'apporter une modification différente, fondamentale, au projet de conclusion, à savoir supprimer les paragraphes 2, 3 et 4. Il considère en effet que la reproduction, au paragraphe 3 du projet de conclusion, de parties de l'article 31, paragraphe 3, nuit à l'unité de la règle générale d'interprétation des traités et qu'un renvoi exprès à « toute pratique ultérieurement suivie » n'est ni nécessaire ni utile dans le projet de conclusion. Le Rapporteur spécial rappelle aux membres que la question de savoir comment décrire et refléter les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne de 1969 aux fins des projets de conclusion – notamment l'idée qu'il ne fallait pas remettre en question ni dénaturer les articles 31 et 32, ni faire aux accords et à la pratique ultérieurs une trop large place dans l'interprétation des traités – a également fait l'objet d'un débat approfondi à la Commission. Il espère donc que le débat sur ces questions ne sera pas rouvert au Comité de rédaction et il est à cet égard rassuré par l'observation de Sir Michael Wood selon laquelle il peut être répondu à ses préoccupations dans le commentaire.

M. Rajput a fait valoir que le mot « règle », au singulier, dans l'expression « la règle relative aux moyens complémentaires d'interprétation » figurant au paragraphe 1 du projet de conclusion est incompatible avec la mention des « moyens complémentaires d'interprétation », au pluriel, à l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969. De même, Sir Michael Wood a déclaré que la mention de « la règle relative aux moyens complémentaires » occultait la distinction faite

à l'article 32 entre le recours systématique aux moyens complémentaires pour « confirmer » le sens d'un traité et le recours à ces moyens, assujetti à des conditions strictes, pour « déterminer » ce sens. Le Rapporteur spécial fait observer que la question de savoir si l'article 32 énonce effectivement deux règles ou dispositions ou s'il présente simplement deux aspects de la même règle est une question de fond et pas seulement un point de technique rédactionnelle. Il n'est toutefois pas nécessaire au stade actuel de décider si cette interprétation de l'article 32 est la bonne. La distinction entre « confirmer » et « déterminer » est évoquée dans le commentaire du projet de conclusion et pourra y être développée selon que de besoin.

Le Rapporteur spécial dit qu'il considère que le projet de conclusion 2 tel qu'actuellement libellé rend bien compte de l'unité du processus d'interprétation des traités reflétée aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 et que l'ordre des paragraphes de ce projet de conclusion est logique. Il ne s'opposerait toutefois pas à l'adoption de la proposition de M. Grossman Guiloff consistant à déplacer le paragraphe 5, qui deviendrait le paragraphe 2, si les autres membres de la Commission le souhaitent. Il est également prêt à confirmer dans le commentaire que les règles d'interprétation énoncées aux articles 31 et 32 s'appliquent, en tant que règles du droit international coutumier, aux traités antérieurs à la Convention de Vienne de 1969, comme l'a proposé le Royaume-Uni, appuyé par M. Grossman Guiloff, M. Hassouna et M. Ruda Santolaria. Enfin, le Rapporteur spécial indique qu'il se félicite que les membres hispanophones de la Commission, M. Grossman Guiloff, M^{me} Escobar Hernández, M. Ruda Santolaria et M. Vázquez-Bermúdez, aient accepté sa proposition de remplacer les mots « *en el sentido del* » par les mots « *en virtud del* » dans le texte espagnol du paragraphe 4 et convient qu'il est nécessaire de vérifier si cette modification a des incidences dans les autres versions linguistiques du texte.

M. Hassouna et M. Rajput ont appuyé le projet de conclusion 3 [2] (Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques). M. Cissé a exprimé des doutes quant à l'utilité de ce projet de conclusion mais il n'a pas formulé d'objection ni proposé d'alternative.

S'agissant du projet de conclusion 4 (Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure), plusieurs membres ont fait des observations sur la proposition de M. Grossman Guiloff de placer dans le projet de conclusion 4 la définition du terme « accord » figurant dans le projet de conclusion 10 [9] (Accord des parties au sujet de l'interprétation d'un traité) pour faciliter la

compréhension du terme « accord ultérieur ». M. Reinisch s'est dit prêt à accepter cette proposition mais M^{me} Lehto et d'autres ont estimé que la nature juridique d'un accord ultérieur était suffisamment explicitée dans le commentaire du projet de conclusion 4. Le Rapporteur spécial souligne que ce projet de conclusion est structuré de manière à passer du général au particulier et qu'ainsi chaque question susceptible de venir à l'esprit du lecteur n'est pas immédiatement traitée. C'est pourquoi les questions qui peuvent se poser au sujet du terme « accord » sont envisagées dans le projet de conclusion 10. Si l'on transfère la définition de ce terme dans le projet de conclusion 4, de nouveaux problèmes rédactionnels se poseront. Le Rapporteur spécial propose donc de s'en remettre au renvoi au projet de conclusion 10 figurant dans le commentaire du projet de conclusion 4 et/ou à la capacité du lecteur d'assimiler rapidement l'ensemble du projet de conclusions.

Un second groupe d'observations sur le projet de conclusion 4 concernait les mots « les parties » figurant au paragraphe 1. M. Park, appuyé par M^{me} Oral, M. Ruda Santolaria, M. Ouazzani Chahdi et M. Rajput, a proposé de remplacer ces mots par les mots « toutes les parties ». Il est exact que, dans ce paragraphe, les mots « les parties » signifient « toutes les parties », comme l'indique clairement le commentaire. Par contre, dans la définition de la pratique ultérieure qui figure au paragraphe 2, il est légitime, comme l'a également fait valoir M. Park, de ne pas viser « toutes les parties », parce qu'il n'est pas nécessaire que chaque partie ait suivi la pratique ultérieure en cause et également parce que l'accord des autres parties, qui est nécessaire, peut dans certaines circonstances être établi par leur silence. Ce raisonnement est conforme à la position adoptée par la Commission en 1966 dans le commentaire du projet d'articles sur le droit des traités : « En omettant le mot 'toutes', la Commission n'a pas voulu modifier la règle ... Elle n'a omis le mot 'toutes' que pour éviter une méprise possible, qui ferait croire que chaque partie doit individuellement avoir suivi cette pratique, alors qu'il suffit qu'elle l'ait acceptée. ». Pour le Rapporteur spécial, employer les mots « toutes les parties » au paragraphe 1 mais pas au paragraphe 2 risque d'induire le lecteur en erreur en lui donnant à penser que seuls les accords ultérieurs et non la pratique ultérieure requièrent l'accord de toutes les parties. Il préfère donc conserver le libellé actuel du paragraphe 1, une position qu'appuient M. Šturma et M. Vázquez-Bermúdez.

Le projet de conclusion 5 (L'attribution d'une pratique ultérieure) a occasionné, en ce qui concerne le terme « attribution », un débat animé que le Rapporteur spécial a lui-même suscité en indiquant qu'il comprenait

la crainte des États-Unis que ce terme donne l'impression erronée que toute conduite pouvant être attribuée à un État en vertu des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite peut être considérée comme une pratique ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité en vertu des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial rappelle qu'effectivement, lorsqu'il a pour la première fois proposé ce qui allait devenir le projet de conclusion 5, il a visé non l'attribution au sens des articles sur la responsabilité de l'État mais l'attribution « à un État partie aux fins de l'interprétation d'un traité » (voir [A/CN.4/660](#), par. 125). Ce n'est qu'après le débat de la Commission, lors duquel des membres ont demandé un renvoi aux articles sur la responsabilité de l'État, qu'il a accepté d'y renvoyer dans le commentaire.

Le débat qui a eu lieu à la session en cours a abouti à un large accord, quant au fond, sur la nécessité de préciser que la notion d'« attribution » au sens des articles sur la responsabilité de l'État ne couvrirait pas totalement ce qui était visé au projet de conclusion 5. Dans leurs observations, les membres ont adopté l'une ou l'autre de deux approches fondamentales. La première consiste à abandonner la notion d'attribution et à ne viser que « la conduite » ; une explication pourrait alors être donnée dans le commentaire quant aux conduites pouvant et devant être considérées comme une pratique ultérieure. Si cette approche est suivie, le commentaire doit indiquer clairement que la conduite doit être attribuable au sens de la responsabilité de l'État en tant que condition nécessaire mais non suffisante pour être considérée comme une pratique ultérieure. La seconde approche consiste à conserver la notion d'attribution mais à reformuler le paragraphe 1 pour indiquer que la conduite doit non seulement être attribuable à un État au sens de la responsabilité de l'État mais également relever d'une application reconnue du traité, dans l'esprit de la proposition figurant dans le rapport. Dans ce dernier cas, il sera nécessaire d'indiquer dans le commentaire que cette attribution n'est pas la seule condition qui doit être satisfaite pour qu'une conduite puisse être considérée comme une pratique ultérieure. Pour le Rapporteur, l'une et l'autre approches aboutissent à l'objectif généralement accepté et il est persuadé que le Comité de rédaction trouvera une solution satisfaisante dans un esprit de coopération. Il ajoute qu'il a pris note des diverses propositions des membres concernant le libellé de cette disposition et qu'il les soumettra au Comité de rédaction.

Seuls quelques membres ont fait des observations sur le paragraphe 2 du projet de conclusion 5, et la

plupart d'entre eux l'ont appuyé. M. Nguyen a exprimé des doutes et a proposé un texte révisé, que le Comité de rédaction pourra examiner.

En ce qui concerne le projet de conclusion 6 (Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure), seul le paragraphe 1 a fait l'objet d'observations. Le Rapporteur spécial indique qu'il a créé une certaine confusion en recommandant, dans son rapport, non de supprimer l'expression « généralement pas » mais de la remplacer par l'expression « pas toujours ». Il estimait en effet cette modification nécessaire après avoir recommandé de retenir la proposition de l'Irlande d'insérer les mots « par exemple » après les mots « Tel n'est généralement pas le cas ». Toutefois, lorsqu'il a présenté son rapport à la session en cours, il a retiré cette proposition d'utiliser l'expression « pas toujours », contestée à juste titre par M. Park. Il recommande donc d'insérer les mots « par exemple » et de supprimer purement et simplement le mot « généralement », sans le remplacer. Tous les membres qui ont commenté ce paragraphe, à savoir M. Šturma, M. Grossman Guiloff, M^{me} Oral et M. Hassouna, ont appuyé en substance cette recommandation, qui constituera une bonne base pour les délibérations du Comité de rédaction.

S'agissant du projet de conclusion 7 (Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation), M. Rajput a proposé de reformuler la seconde phrase du paragraphe 1 pour ne pas donner l'impression qu'il existe une hiérarchie entre les exemples d'effets donnés. Le Rapporteur spécial dit qu'il n'est pas persuadé que le texte crée une telle impression. S'agissant du paragraphe 2, M. Grossman Guiloff a proposé de remplacer le mot « préciser » par le mot « confirmer », au motif que c'est celui qui est employé à l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969. « Confirmer » n'est toutefois pas le seul terme employé à l'article 32 – « déterminer » y figure également – et « préciser » est un terme général qui englobe ces deux sens. Dans le même ordre d'idées, M. Nguyen a proposé de remplacer le verbe « préciser » par « identifier ». Le Rapporteur spécial espère que M. Rajput, M. Grossman Guiloff et M. Nguyen pourront accepter le libellé actuel des paragraphes 1 et 2, qui ont fait l'objet de débats approfondis.

S'agissant de la première phrase du paragraphe 3, M. Rajput a exprimé des réserves au sujet de l'emploi du terme « présumées », estimant qu'il consacre une fiction juridique, à savoir que les accords ou la pratique ultérieurs doivent être présumés se limiter à l'interprétation des traités et ne pas concerner l'amendement ou la modification de ceux-ci. Or le mot

« présumées » dénote une présomption interprétative, en d'autres termes une aide à l'intention des interprètes lorsque ceux-ci doivent déterminer si un accord ultérieur ou une pratique ultérieure spécifique vise à amender ou modifier un traité. Les présomptions interprétatives sont communes en droit, comme l'atteste, par exemple, au niveau national, la présomption de constitutionnalité des lois. De la même manière, la Commission elle-même a formulé une présomption interprétative lorsque, dans ses commentaires de 1964 sur le projet d'articles sur le droit des traités, elle a indiqué qu'elle « a[vait] abordé le problème de l'interprétation des traités en partant de l'idée que le texte du traité doit être présumé constituer l'expression authentique de l'intention des parties ». La question de savoir si un accord ultérieur ou une pratique ultérieure vise à interpréter ou à modifier un traité est une question préliminaire qui doit être résolue avant de pouvoir déterminer le rôle de l'accord ultérieur ou de la pratique ultérieure dans l'interprétation du traité. Cette question relève bien du sujet et elle est importante en pratique. M. Murphy a fait valoir que la présomption exprimée dans cette phrase n'était pas fondée, au moins en ce qui concerne l'accord ultérieur, et a donc proposé de supprimer la phrase. D'autres membres ont exprimé des doutes au sujet de celle-ci, mais pour des raisons différentes, alors que d'autres membres encore ont déclaré qu'ils considéraient que le libellé actuel du paragraphe était satisfaisant ou acceptable.

Comme on l'a fait observer, les trois phrases du paragraphe 3 sont liées. Elles reposent sur une abondante jurisprudence et d'autres éléments, qui sont cités dans le commentaire. Dans plusieurs des décisions citées, les juridictions ont conclu que malgré certaines indications contraires, un accord ultérieur ou une pratique suivie dans l'application d'un traité avait eu pour effet de contribuer à l'interprétation d'une disposition particulière du traité en cause et n'amendait pas ni ne modifiait ce traité, ni ne visait à l'amender ou le modifier. La nécessité de déterminer si un accord ultérieur ou une pratique ultérieure contribue à l'interprétation d'un traité ou vise à amender ou modifier ce traité est elle-même une question d'interprétation, qui est un aspect important du sujet. De fait, dans le cadre de ses travaux sur le droit des traités, la Commission s'est penchée sur l'effet des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure en ce qui concerne tant l'interprétation des traités que leur amendement ou leur modification. Elle avait de bonnes raisons de le faire, puisqu'il importe d'aider les interprètes à déterminer quand l'interprétation prend fin et quand l'amendement ou la modification commence. La question est envisagée au paragraphe 3, précisément pour éviter que le projet de conclusions soit invoqué

pour modifier un traité par le biais d'une pratique ultérieure, comme l'a noté M. Hmoud. La clause « sans préjudice » – la troisième phrase du paragraphe – ne suffit pas en elle-même pour donner aux interprètes les indications voulues. Le Rapporteur spécial dit que c'est pourquoi il est convaincu que le paragraphe 3 dans son ensemble est bien fondé et doit être conservé. Il est néanmoins prêt à accepter des modifications mineures pour renforcer l'idée fondamentale qui y est exprimée. Une telle modification, préconisée par M^{me} Galvão Teles, M. Ruda Santolaria, M^{me} Lehto et M. Grossman Guiloff, consisterait à faire de la troisième phrase du paragraphe 3 un paragraphe distinct, afin de souligner la distinction entre l'interprétation et l'amendement ou la modification.

S'agissant du projet de conclusion 8 [3] (L'interprétation des termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps), M^{me} Oral et M. Ouazzani Chahdi ont exprimé des doutes au sujet du mot « présumée », et M. Murphy a dit que ce mot devrait être supprimé si le Rapporteur spécial ne pouvait expliquer pourquoi les mots « l'intention présumée » étaient préférables au mot « l'intention ». M. Murase a fait observer que l'expression « l'intention présumée » semblait donner la priorité à l'intention originaire des parties et lui subordonner les autres facteurs. M. Reinisch, M. Hmoud et M. Ruda Santolaria ont par contre fait valoir que cette expression devait être conservée. M. Hmoud, en particulier, a souligné que la Cour internationale de Justice avait utilisé le mot « présumée » s'agissant de l'intention des parties à un traité dans l'arrêt qu'elle avait rendu en 2009 dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*. De plus, le paragraphe 9) du commentaire du projet de conclusion répond à la préoccupation de M. Murase en citant le commentaire antérieur du projet d'articles sur le droit des traités : « l'interprétation a pour objet d'élucider le sens du texte et non pas d'étudier *ab initio* les intentions supposées des parties ». L'emploi de l'expression « intention présumée » dans le projet de conclusion bénéficie d'un appui considérable. Toutefois, si les membres de la Commission continuent d'entretenir des doutes, la solution serait non de supprimer purement et simplement le mot « présumée » mais de supprimer la référence à « l'intention », présumée ou non. Le Rapporteur spécial indique que de fait, dans sa proposition initiale, il avait délibérément omis de viser « l'intention », et que ce n'est qu'après un long débat que la Commission avait adopté le libellé actuel. Si les membres veulent étudier la possibilité de supprimer la mention de l'intention, il faudra rouvrir le débat sur le projet de conclusion, ce qui pour le

Rapporteur spécial ne semble pas justifié au stade actuel.

En ce qui concerne le projet de conclusion 9 [8] (Poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation), les observations des membres ont uniquement porté sur la proposition du Royaume-Uni de mentionner, au paragraphe 2, la constance et le rayonnement de la pratique ultérieure, une proposition que le Rapporteur spécial a repris dans ses recommandations. M. Murphy s'est vigoureusement opposé à cette modification, estimant qu'elle n'avait aucun sens parce que la pratique devait déjà être cohérente et générale pour que l'accord de toutes les parties soit établi au sens de l'alinéa 3) b) de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969. M. Murase et M. Park ont exprimé des préoccupations similaires. Le Rapporteur spécial indique que la raison pour laquelle il recommande d'accepter la modification proposée est que, comme la pratique ultérieure au sens de l'alinéa 3) b) de l'article 31 ne doit pas nécessairement être la pratique de toutes les parties mais doit seulement établir l'accord de celles-ci, le nombre de parties suivant effectivement une pratique ultérieure sera souvent pertinent s'agissant du poids à accorder à celle-ci dans le processus d'interprétation. Cette explication pourrait figurer dans le commentaire pour éviter toute confusion, et cela répondrait à la préoccupation exprimée par M^{me} Lehto. Une autre possibilité consisterait à envisager la proposition de M. Murase de modifier le paragraphe 2 comme suit : « Le poids de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b) dépend en outre de la mesure dans laquelle la conduite est répétée, de la manière dont elle est répétée et du nombre des parties qui la suivent activement. ». Le Rapporteur spécial indique qu'il préférerait toutefois ajouter une référence à la cohérence et au rayonnement, comme il le recommande dans son rapport, une proposition appuyée par plusieurs membres.

S'agissant du projet de conclusion 10 [9] (Accord des parties au sujet de l'interprétation d'un traité), M. Murphy, commentant la première phrase du paragraphe 1, a dit que dans le contexte de l'article 31, paragraphe 3 b) de la Convention de Vienne de 1969, il n'était pas nécessaire que chaque partie « connaisse et accepte » une « communauté » de vues de toutes les parties. Par exemple, les cours suprêmes de trois États parties à un traité peuvent toutes rendre des décisions dans lesquelles elles aboutissent à la même interprétation des dispositions de ce traité sans avoir connaissance de leurs décisions respectives. Selon M. Murphy, il n'est nul besoin d'établir que chaque cour suprême avait connaissance de l'existence d'une communauté de vues entre les trois cours suprêmes

concernées. M. Murphy a donc proposé de remplacer le mot « communauté » par le mot « identité », le membre de phrase en question se lisant alors comme suit : « suppose une identité de vues au sujet de l'interprétation du traité connue des parties et acceptée par elles ». Sir Michael Wood et M^{me} Oral semblent être favorables à cette proposition, mais la plupart des membres préfèrent conserver à cette phrase son libellé actuel. Comme l'a fait observer M. Ouazzani Chahdi, il est indiqué dans le rapport que l'expression « communauté de vues » est employée dans les commentaires de 1964 et 1966 du projet d'articles sur le droit des traités.

Le Rapporteur spécial dit qu'il comprend la préoccupation exprimée par M. Murphy ; de fait, la Commission en a déjà tenu compte dans une certaine mesure en indiquant, au paragraphe 8) du commentaire du projet de conclusion, que « [d]ans certaines circonstances, la connaissance et l'acceptation de la position de l'autre partie ou des autres parties peuvent être supposées, en particulier dans le cas des traités qui sont appliqués au niveau national ». L'exemple donné par M. Murphy n'est peut-être qu'une de ces circonstances. Le Rapporteur spécial propose donc d'étoffer le commentaire sur ce point sans modifier le libellé du projet de conclusion ou le principe qui y est reflété.

En ce qui concerne la seconde phrase du paragraphe 1, Sir Michael Wood et M. Hassouna ont confirmé l'idée qui y est exprimée, à savoir qu'un accord ultérieur ne doit pas nécessairement être juridiquement contraignant. M. Hmoud a dit qu'il continuait de penser qu'un tel accord devait être juridiquement contraignant ; le Rapporteur spécial ne considère toutefois pas cette observation comme une objection fondamentale. Sir Michael Wood a proposé une modification purement formelle que le Comité de rédaction examinera.

Le paragraphe 2, qui traité notamment du rôle du silence, n'a pas suscité de nombreux commentaires, si ce n'est qu'il a été appuyé par M. Nguyen et M. Grossman Guiloff, et que M. Šturma a exprimé des doutes en ce qui le concerne sans toutefois proposer de texte pour le remplacer.

S'agissant du projet de conclusion 11 [10] (Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties), la plupart des observations ont porté sur le point de savoir si le mot « consensus » figurant au paragraphe 3 devait être remplacé ou supprimé. M. Hmoud a proposé de le supprimer au motif que le consensus a un caractère procédural et ne traduit pas l'unanimité ; M^{me} Oral a fait la même proposition au

motif que sa mention était source de confusion. D'autres membres ont toutefois appuyé la mention ou l'ont acceptée. M. Gómez-Robledo, constatant qu'il n'existait aucune définition convenue du terme « consensus », a proposé de viser les décisions « adoptées par un vote ou sans vote ».

Le Rapporteur spécial estime qu'il faut conserver la référence au consensus. Il est exact que ce terme est procédural, mais c'est exactement l'idée : le consensus est dans un contexte donné la procédure la plus importante en pratique. Cette référence ne devrait toutefois pas susciter de confusion. En ce qui concerne sa formulation, le Rapporteur spécial note que l'idée de la mettre entre parenthèses, comme il le propose dans son rapport, a recueilli un certain appui, tout comme l'idée de la laisser en l'état. Il pense donc qu'aucune modification n'est nécessaire, mais il appartiendra au Comité de rédaction d'examiner cette question.

En ce qui concerne le paragraphe 3, M. Murphy a proposé de remplacer les mots « des parties » par les mots « de toutes les parties » dans le membre de phrase « un accord des parties sur le fond », au motif que toutes les parties ne sont pas nécessairement présentes à une conférence des États parties. Le Rapporteur spécial dit qu'il ne pense pas qu'une telle modification soit nécessaire, pour des raisons comparables à celles qu'il a exposées en ce qui concerne la proposition faite au sujet du paragraphe 2 du projet de conclusion 4. S'il est vrai qu'une décision d'une conférence des États parties à laquelle toutes les parties ne sont pas présentes ne peut, en elle-même, constituer un accord ultérieur des parties au sujet de l'interprétation, elle pourra toutefois traduire un tel accord avec le temps si les parties qui n'étaient pas présentes à la conférence n'ont pas formulé d'objection lorsque les circonstances appelaient une réaction au sens du paragraphe 2 du projet de conclusion 10.

En ce qui concerne le projet de conclusion 12 [11] (Actes constitutifs d'organisations internationales), le Rapporteur spécial indique que pour tenir compte de la demande de certains États tendant à ce que la distinction entre la pratique ultérieure des parties et la pratique des organisations internationales soit plus nette, il recommande dans son rapport d'ajouter les mots « des parties » au paragraphe 2 après les deux occurrences de l'adjectif « ultérieur », comme l'ont proposé la Roumanie et l'Espagne. La plupart des membres ont souscrit à cette proposition.

M. Murphy a proposé de remanier le paragraphe 3 du projet de conclusion, ce qui rouvrirait le débat sur l'ensemble du paragraphe. Le texte de ce paragraphe a été adopté après un débat exhaustif au Comité de

rédaction et il a été accepté par la Commission dans son ensemble, avec le commentaire, qui a été adopté mot à mot. Ce paragraphe ne saurait donc être qualifié de compromis de dernière minute. De plus, il n'indique pas, comme le suggère M. Murphy, que la pratique d'une organisation internationale constitue l'objet et le but d'un traité, mais seulement que cette pratique peut contribuer à l'interprétation de l'acte constitutif de l'organisation en application des articles 31, paragraphe 1 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. La Cour de justice des Caraïbes a suivi ce raisonnement dans un arrêt cité dans le rapport. Il est exact que l'élément principal de cet arrêt – à savoir qu'une décision particulière de la Communauté des Caraïbes « servait l'objectif communautaire fondamental de liberté de circulation ... envisagé par le TRC [Traité révisé de Chaguaramas] » – est sans rapport avec la question à l'examen. La Cour a toutefois aussi jugé que la décision de la Communauté clarifiait un aspect de l'objectif du Traité. Ainsi, elle a tenu compte, entre autres, de la pratique de l'organisation pour déterminer l'objet et le but du traité, même si elle n'a pas expressément invoqué l'article 31, paragraphe 1. Cette décision n'est qu'un exemple de la manière dont la pratique d'une organisation internationale peut contribuer à l'interprétation de l'acte constitutif de cette organisation ; d'autres exemples sont donnés dans le commentaire. Au cours du débat, M^{me} Lehto a dit qu'elle appuyait la référence aux articles 31, paragraphe 1 et 32 pour les raisons exposées dans le commentaire ; M. Ouazzani Chahdi a exprimé un appui comparable. Le Rapporteur spécial espère donc que M. Murphy peut accepter que l'on conserve au paragraphe 3 son libellé actuel.

S'agissant du projet de conclusion 13 [12] (Prononcés d'organes conventionnels d'experts), le Rapporteur spécial note que c'est le projet de conclusion qui a suscité le plus de commentaires, sans aucun doute parce que lui-même a exceptionnellement décidé de rouvrir le débat sur un paragraphe qui ne figurait pas dans le projet de conclusion adopté en première lecture. Les réactions à sa proposition d'ajouter ce paragraphe au projet de conclusion en tant que nouveau paragraphe 4 ont été mitigées, et il tient à rappeler les deux raisons pour lesquelles il fait cette proposition à un stade aussi tardif.

La première est qu'une lettre a été reçue du Président du Comité des droits de l'homme après l'adoption du projet en première lecture, dans laquelle celui-ci indiquait que de l'avis du Comité, la contribution que les prononcés d'organes conventionnels d'experts peuvent apporter, qu'ils donnent ou non naissance à une pratique ultérieure des

parties, mériterait d'être reconnue dans le projet de conclusions de manière plus affirmée que sous la forme d'une clause de sauvegarde au paragraphe 4 de la conclusion 13 [12]. Cette observation méritait d'être examinée en plénière. De fait, certains États, par exemple les Pays-Bas, ont déclaré à la Sixième Commission qu'un examen plus approfondi de la qualification juridique de la pratique des organes conventionnels d'experts aurait été le bienvenu.

Le Rapporteur spécial dit que la seconde raison est que les débats qui ont eu lieu à la Commission et à la Sixième Commission ont souffert d'une certaine confusion, dont il se sent partiellement responsable et qui tient au fait que souvent on ne fait pas la distinction voulue entre la pratique ultérieure des parties à un traité et les autres formes de pratique pertinente, comme la pratique des organisations internationales. Ces autres formes de pratique pertinente ne sont pas seulement celles visées au paragraphe 3 du projet de conclusion 12. Les prononcés du Comité des droits de l'homme, par exemple, ont été qualifiés de « pratique » du Comité par la Cour internationale de Justice dans l'avis consultatif qu'elle a donné sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*. Pour le Rapporteur spécial, le sujet « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » ne se limite pas à la pratique des États ; si les prononcés d'organes conventionnels peuvent être considérés comme une « pratique », ils relèvent bien du sujet. Le débat qui a eu lieu à la Commission et à la Sixième Commission a toutefois été axé sur l'arrêt rendu dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, dans laquelle la Cour a qualifié les prononcés du Comité des droits de l'homme de « jurisprudence interprétative » et non de « pratique ». Ce débat s'est donc transformé en un débat sur le rôle et la valeur de ces prononcés en général. Or, pour le Rapporteur spécial, l'emploi par la Cour du terme « jurisprudence interprétative » ne visait pas à modifier la manière dont la Cour qualifie ces prononcés, à savoir de forme de pratique. Il ajoute que pour les raisons exposées, sa proposition ne devrait pas être considérée comme surprenante ni illégitime, comme l'a suggéré M. Murphy, pas plus qu'il ne crée une occasion artificielle de certifier le rôle des organes conventionnels d'experts, comme l'a dit M. Rajput.

Le débat a montré que le nombre des membres appuyant sa proposition était presque égal à celui des membres qui y sont opposés. M. Šturma et M. Park ont dit qu'ils gardaient l'esprit ouvert à cet égard mais ont souligné que le nouveau paragraphe 4 proposé devrait être concilié avec la clause « sans préjudice » existante.

M^{me} Escobar Hernández, tout en indiquant qu'elle n'était pas opposée à la proposition, a néanmoins proposé ses propres modifications. Toutefois, aucune conclusion claire ne peut être tirée du débat parce que divers membres ont donné des raisons différentes à l'appui de leur opinion. Le Rapporteur spécial rappelle que certains des membres qui ont appuyé sa proposition ont par exemple déclaré qu'ils ne considéraient pas les prononcés d'organes conventionnels d'experts comme une pratique ultérieure des parties ; d'autres, qui se sont opposés à sa proposition, l'ont fait au motif que ces prononcés ne relevaient pas du sujet. Il est nécessaire, pour pouvoir adopter une des formulations proposées, que la Commission décide si les prononcés d'organes conventionnels d'experts constituent une forme de pratique qui relève du sujet.

Le Rapporteur spécial dit qu'il est d'accord avec les membres qui pensent que ce n'est pas dans le cadre des travaux sur le sujet à l'examen que l'importance et les effets juridiques des prononcés d'organes conventionnels d'experts doivent faire l'objet d'un examen exhaustif général. Il propose pour cette raison de conserver la clause « sans préjudice », sans que le maintien de cette clause n'exclue l'ajout du nouveau paragraphe proposé. « Pratique » est après tout le terme qui a été utilisé par la Cour internationale de Justice pour désigner ces prononcés. La véritable question, qui n'a pas été pleinement abordée lors des débats, est la mesure dans laquelle ces prononcés jouent un rôle analogue à la pratique des organisations internationales dans l'application de leur acte constitutif. Le Rapporteur spécial dit qu'il espère que le Comité de rédaction lui donnera l'occasion d'expliquer cet aspect limité de la question pour arriver à une bonne solution.

Le projet de conclusion 13 n'a guère fait l'objet d'autres observations. M. Hmoud et M. Nguyen ont souscrit à la modification recommandée en ce qui concerne la référence au silence dans la seconde phrase du paragraphe 3. Sir Michael Wood a exprimé des doutes au sujet de l'emploi du terme « *pronouncements* » dans le texte anglais, alors qu'il l'avait accepté en première lecture, et M. Gómez-Robledo a proposé de le remplacer par le terme « *determinations* ». Le Rapporteur spécial a expliqué dans son quatrième rapport (A/CN.4/694) qu'il avait choisi le terme « prononcés » en raison de sa généralité et de sa neutralité ; à l'issue des débats en plénière et au Comité de rédaction, la Commission l'a accepté. Lors du débat à la session en cours, M. Jalloh et d'autres membres l'ont approuvé. Le Rapporteur spécial espère donc que Sir Michael Wood et M. Gómez-Robledo pourront l'accepter.

En ce qui concerne la forme finale du projet de conclusions, M. Murase a proposé d'employer le terme « directives » au lieu du terme « conclusions ». Le Rapporteur spécial dit que s'il comprend que l'objectif de M. Murase est de conférer au résultat des travaux de la Commission sur le sujet une plus grande autorité juridique, il juge préférable de souligner que les travaux de la Commission ont abouti à des conclusions tirées de l'identification et de l'interprétation de sources telles que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 et de l'observation de la pratique. De nombreux autres membres appuient cette approche.

Le Rapporteur spécial propose que la Commission renvoie les projets de conclusion au Comité de rédaction.

Le Président dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite renvoyer les projets de conclusion 1 [1a] à 13 [12] au Comité de rédaction, compte tenu des observations faites durant le débat et des recommandations du Rapporteur spécial.

Il en est ainsi décidé.

Détermination du droit international coutumier

(point 6 de l'ordre du jour) (A/CN.4/710, A/CN.4/716 et A/CN.4/717)

Sir Michael Wood (Rapporteur spécial), présentant son cinquième rapport sur la détermination du droit international coutumier (A/CN.4/717), dit que ce rapport est axé sur les commentaires et observations écrits des États concernant les projets de conclusion et commentaires y relatifs adoptés en première lecture à la soixante-huitième session de la Commission, en 2016. Il contient également une section consacrée au mémorandum du Secrétariat sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier (A/CN.4/710), que la Commission avait demandé au Secrétariat d'établir à sa soixante-huitième session. Enfin, il contient une section sur la forme définitive du résultat des travaux de la Commission sur le sujet. Les commentaires et observations écrits présentés par les États font également l'objet du document A/CN.4/716, qui a été publié après la présentation du rapport à l'examen. Le Rapporteur spécial dit qu'il a été impressionné par le sérieux avec lequel les États ont commenté en détail de nombreux aspects de la méthodologie d'identification des règles du droit international coutumier. Le débat qui a eu lieu sur le sujet à la Sixième Commission lors des quatre dernières sessions de l'Assemblée générale a été stimulant et enrichissant.

Dans le cadre du sujet à l'examen, ce n'est qu'à sa soixante-huitième session, en 2016, que la Commission

a adopté des commentaires. Elle a pu intégrer les observations faites par les États à la Sixième Commission de 2013 à 2015 au fur et à mesure qu'elle affinait les projets de conclusion et avant de commencer à travailler sur les commentaires, et cette contribution des États a eu une influence considérable. Le Rapporteur spécial indique que son rapport est axé sur les débats tenus à la Sixième Commission en 2016, lors de la soixante et onzième session de l'Assemblée générale, lors de laquelle les États ont eu pour la première fois la possibilité de commenter l'ensemble complet de 16 projets de conclusion accompagnés de commentaires. Si la Commission regrette souvent de ne pas recevoir davantage de commentaires écrits des États, en ce qui concerne le sujet à l'examen, la richesse du débat tenu à la Sixième Commission a dans une certaine mesure compensé cette carence.

Le Rapporteur spécial indique que dans l'introduction de son rapport, il décrit brièvement l'histoire procédurale du sujet. La proposition d'inscrire le sujet, alors intitulé « Formation et identification du droit international coutumier », a été examinée dans le cadre du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme lors des soixante-deuxième et soixante-troisième sessions de la Commission, en 2010 et 2011, avec l'appui enthousiaste du Président du Groupe de travail, M. Candioti. À sa soixante-quatrième session, en 2012, la Commission a inscrit le sujet à son programme de travail et tenu un débat préliminaire. Les travaux ont sérieusement commencé à la session suivante. Les membres de la Commission ont examiné le premier rapport du Rapporteur spécial, qui traitait de la coutume en tant que source du droit international en général, ainsi que de la portée du sujet et des diverses sources à consulter. Ils ont été aidés dans cette tâche par un impressionnant mémorandum du Secrétariat, intitulé « Éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet » (A/CN.4/659). Ce mémorandum décrivait la pratique de la Commission en matière de détermination du droit international coutumier et reposait sur des recherches approfondies et judicieuses, et contenait 31 observations, qui correspondaient en substance à plusieurs des projets de conclusion que la Commission avait proposés en première lecture dans le cadre de ses travaux sur le sujet. La Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général adoptés en 2000 par l'Association de droit international a également beaucoup aidé la Commission.

Le Rapporteur spécial indique qu'au chapitre I de son cinquième rapport, il analyse les commentaires et observations oraux et écrits des États et, le cas échéant,

explique les modifications, reproduites dans l'annexe, qu'il propose d'apporter aux projets de conclusion et aux commentaires. À cet égard, le texte anglais de l'annexe contient deux coquilles : dans la conclusion 4 (Exigence d'une pratique) le mot « *contributes* » qui figure au paragraphe 2 doit se lire « *contribute* » et dans la conclusion 6 (Formes de pratique), le mot « *includes* » qui figure au paragraphe 1 doit se lire « *include* ». Dans l'ensemble, compte tenu des commentaires reçus, les projets de conclusion n'appellent pas de révisions radicales ; le Rapporteur spécial pense néanmoins que les modifications qu'il propose amélioreront assurément le texte. Il indique qu'il propose également d'affiner certains passages des commentaires, mais ceux-ci ne pourront être finalisés qu'une fois que les projets de conclusion auront été adoptés en seconde lecture. Il serait utile que la Commission crée un groupe de travail à composition non limitée, comme elle l'a fait en 2016, qui examinerait les modifications qu'il est proposé d'apporter aux commentaires avant que ceux-ci soient traduits, sans préjudice du processus habituel d'examen qui a lieu à la fin de la session dans le cadre de l'adoption du rapport annuel. Le Rapporteur spécial dit qu'il croit comprendre que M. Vázquez-Bermúdez est prêt à présider un tel groupe de travail.

Le chapitre I.A du rapport concerne les commentaires d'ordre général faits par les États. Dans l'ensemble, les États ont bien accueilli les projets de conclusion, ce qui indique que la Commission est sur la bonne voie. Certains États ont néanmoins dit qu'il était nécessaire d'indiquer clairement, dans un projet de conclusion ou le commentaire, que la détermination des règles du droit international coutumier appelait une approche rigoureuse et systématique, et impliquait un examen exhaustif, empirique et objectif des éléments de preuve disponibles. Bien qu'il pense que ces points sont déjà clairs dans les projets de conclusion et commentaires adoptés en première lecture, le Rapporteur spécial dit qu'il est prêt à les souligner dans le commentaire.

Une autre question importante qui a été évoquée était celle de la nécessité de réaliser un équilibre optimal entre les projets de conclusion et les commentaires. La Commission a été consciente de cette nécessité tout au long de ses travaux, et le Rapporteur spécial estime que d'une manière générale l'équilibre actuel est satisfaisant. Il convient néanmoins que dans un ou deux cas, des éléments du commentaire pourraient utilement être incorporés au texte des projets de conclusion. Il serait également utile d'insérer la phrase suivante, tirée d'une note de bas de page du texte adopté en première lecture, au début du commentaire général : « Comme il

se doit pour les travaux de la Commission, les projets de conclusion doivent être lus conjointement avec les commentaires. ».

Le Rapporteur spécial indique que, dans son rapport, il s'est également penché sur l'affirmation de certains États selon laquelle, à deux égards précis, les projets de conclusion ne reflétaient pas la méthode existante de détermination des règles du droit international coutumier. L'intention de la Commission n'était assurément pas de s'écarter de la méthode existante, et le Rapporteur spécial estime qu'elle a réalisé son objectif, à savoir exposer l'état actuel du droit international sur la formation des règles du droit international coutumier et la preuve de leur existence, sans préjudice de la manière dont ce droit pourra évoluer à l'avenir.

En ce qui concerne le chapitre I.B du rapport, consacré aux observations faites sur des projets de conclusion spécifiques, les États n'ont pas exprimé de préoccupations sérieuses s'agissant des projets de conclusion 1 (Portée), 2 (Deux éléments constitutifs) et 3 (Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs). Cela est en soi très encourageant, étant donné l'importance centrale de ces trois conclusions. Le projet de conclusion 4 (Exigence d'une pratique) indique que dans certaines circonstances la pratique des organisations internationales peut elle-même contribuer à la formation et l'expression de règles du droit international coutumier. Il semble s'agir là d'une des questions les plus controversées du projet. Le Rapporteur spécial dit qu'avant de se pencher sur cette question, il souhaite proposer deux modifications, essentiellement formelles. Premièrement, les mots « d'une pratique générale » devraient être placés avant les mots « en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier » et, deuxièmement, dans les trois paragraphes, les mots « à la formation ou à l'expression » devraient être remplacés par « à traduire ou à créer » (« en tant qu'elle traduit ou crée » au paragraphe 1). Depuis qu'elle a modifié le titre du sujet, la Commission a largement évité d'employer le mot « formation » et son emploi dans le projet de conclusion 4 est quelque peu anormal. Les termes « traduire ou créer » sont ceux employés par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*. Placer l'idée de « traduire » en premier contribue également à mettre l'accent sur la détermination plutôt que sur la formation.

En ce qui concerne la principale question de fond concernant le projet de conclusion 4, à savoir le rôle de la pratique des organisations internationales, les paragraphes 35 à 39 et 41 à 49 du rapport exposent les

positions divergentes des États et les vues du Rapporteur spécial lui-même concernant la marche à suivre. Le Rapporteur spécial indique qu'outre ce qui est dit dans le rapport, un élément important de la pratique des États est récemment venu à sa connaissance, car plus de 60 États ont reconnu la pertinence éventuelle de la pratique des organisations internationales en tant qu'elle crée et traduit des règles du droit international coutumier : les Conditions générales des prêts souverains adoptées par la Banque asiatique d'investissement dans les infrastructures en 2016. Le Rapporteur spécial estime que des améliorations, en particulier du point de vue de la clarté, peuvent et doivent être apportées au projet de conclusion 4 et au commentaire y relatif. Certains États ont souligné que ce projet de conclusion ne mettait pas suffisamment en évidence le rôle principal de la pratique et de l'*opinio juris* des États. Dans le même temps, un nombre important d'États ont insisté sur le fait que, comme indiqué dans le projet de conclusion, dans le monde contemporain, les organisations internationales peuvent jouer et jouent inévitablement un rôle, dans certaines conditions, dans le développement et la création du droit international coutumier. Le Rapporteur spécial dit qu'ainsi qu'il a cherché à l'indiquer clairement, à son avis, aucun des commentaires ne nie l'une ou l'autre de ces propositions. Il devrait donc être possible de trouver une formulation répondant aux préoccupations de toutes les parties. Bien que le texte adopté en première lecture ait été critiqué de toutes parts, il estime qu'il n'est pas loin de réaliser un équilibre adéquat, mais qu'il peut néanmoins être amélioré, et c'est précisément l'objet de la seconde lecture. Les modifications qu'il propose tentent de trouver un terrain d'entente et de refléter plus exactement l'état actuel du droit. Elles doivent être lues en même temps que les modifications qu'il est proposé d'apporter au commentaire.

Le projet de conclusion 6 (Formes de pratique), s'il n'est pas controversé, a suscité des suggestions intéressantes, en particulier concernant la mention de l'inaction au paragraphe 1. Le Rapporteur spécial indique qu'il propose de qualifier l'inaction de « délibérée », comme elle l'est déjà dans le projet de commentaire.

Certains États ont estimé que le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 (Appréciation de la pratique d'un État) était rédigé en termes trop absolus, bien que la Commission ait délibérément employé le verbe « peut ». Le Rapporteur spécial indique qu'il propose d'ajouter les mots « selon les circonstances » après ce verbe pour qu'il soit totalement clair que la disposition ne vise pas à énoncer une règle absolue. Le commentaire explique

déjà le type de circonstances qui doivent être prises en considération.

S'agissant du projet de conclusion 8 (La pratique doit être générale), certains États ont souhaité que la généralité de la pratique soit plus précisément qualifiée. Le Rapporteur spécial dit qu'il propose donc d'insérer les mots « pratiquement uniforme » au paragraphe 1, qui sont les termes employés par la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*. Plusieurs États ont estimé que davantage d'attention devait être accordée à la notion d'« États particulièrement intéressés » et ont proposé de la consacrer dans le projet de conclusion lui-même au lieu de se contenter de la mentionner dans une note de bas de page du commentaire. Le Rapporteur spécial dit qu'il partage cette opinion et espère que la Commission révisera le projet de conclusion en conséquence, peut-être en s'inspirant du texte qu'il a proposé dans son deuxième rapport (A/CN.4/672).

D'une manière générale, les États ont bien accueilli le projet de conclusion 12 (Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales). Néanmoins, pour assurer la cohérence de l'ensemble du projet de conclusion, le mot « établir » qui figure au paragraphe 2 pourrait être remplacé par le mot « déterminer ». Il serait également utile d'insérer les mots « dans certaines circonstances » pour souligner que les résolutions doivent être envisagées avec prudence, comme l'indique déjà le commentaire. Cette modification alignerait le texte sur les termes utilisés par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*.

D'une manière générale, les États ont une nouvelle fois bien accueilli le projet de conclusion 15 (Objecteur persistant) et ont fait des suggestions utiles, en particulier concernant le commentaire. Une question qui a continué de susciter de nombreuses observations est celle de savoir si l'objection persistante peut devenir une norme du *jus cogens*. Le Rapporteur spécial dit qu'il est largement admis que la question sera examinée dans le cadre du sujet « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) », mais la Commission pourra vouloir ajouter au projet de conclusion 15 un nouveau paragraphe 3 pour indiquer plus clairement ce qui est déjà dit dans le commentaire, à savoir que le projet de conclusion est sans préjudice de toutes questions concernant les normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

Le Rapporteur spécial relève que plusieurs observations ont été faites au sujet du projet de conclusion 16 (Droit international coutumier

particulier) mais que la seule modification qu'il propose est purement formelle et consiste à ajouter les mots « entre eux », qui figurent dans le commentaire, au paragraphe 2, dont la fin se lirait donc « qui est accepté par eux comme étant le droit entre eux (*opinio juris*) ». Il estime que cette formulation soulignerait utilement qu'une règle de droit international coutumier particulier doit être une règle que les États concernés acceptent comme une règle entre eux, et non comme une règle générale du droit international.

S'agissant du chapitre II de son rapport, le Rapporteur spécial rappelle qu'à sa soixante-huitième session, en 2016, la Commission a demandé au Secrétariat d'établir un mémorandum sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, dans lequel il ferait le point sur l'état actuel de cette documentation et formulerait des propositions d'amélioration. Une étude comparable menée à l'occasion de la première session de la Commission, en 1949, en préalable à l'examen de la question par la Commission en application de l'article 24 de son Statut, a contribué à rendre la documentation relative au droit international plus accessible. Le *Recueil des sentences arbitrales*, l'*Annuaire juridique des Nations Unies* et la *Série législative des Nations Unies* sont parmi les publications juridiques créées par l'Assemblée générale dans le domaine du droit international suite à cette première étude. Il existe une énorme différence entre l'étude de 1949 et le mémorandum de 2018, due au fait que le droit international et la manière dont la documentation relative à ce droit est accessible ont considérablement changé au cours des 70 années écoulées, mais il existe également une continuité. Dans son mémorandum (A/CN.4/710), le Secrétariat décrit en détail les ressources actuellement disponibles et fait diverses propositions pour rendre encore plus accessible la documentation relative au droit international. Ce faisant, il souligne qu'il est extrêmement important de continuer de créer des bibliothèques spécialisées en droit international et d'en garantir l'accès au public, une observation que le Rapporteur spécial juge particulièrement importante. À cet égard, il exprime sa gratitude à la Bibliothèque de l'Office des Nations Unies à Genève et rend hommage à celle qui l'a longtemps dirigée, M^{me} Irina Gerassimova, disparue récemment. M^{me} Irina Gerassimova a énormément aidé de nombreux membres de la Commission et apporté une contribution remarquable au droit international.

Le Rapporteur spécial indique que dans son rapport, il recommande à la Commission de faire siennes les propositions du Secrétariat et de les transmettre à l'Assemblée générale pour examen. Il

recommande également que le mémorandum soit publié à nouveau en temps voulu avec le texte des projets de conclusion et commentaires y relatifs adoptés en seconde lecture. Il sait gré au Secrétariat de son mémorandum et de ses études antérieures sur le sujet à l'examen et espère que durant le débat, les membres commenteront ce mémorandum. À cet égard, il serait bon que des fonctionnaires du Secrétariat présentent régulièrement à la Commission les études établies à la demande de celle-ci, eu égard à l'importance du rôle qu'elles jouent souvent dans ses travaux sur le fond. Le Groupe de travail des méthodes de travail pourra vouloir examiner d'un point de vue plus général le rôle du Secrétariat, qui jadis participait plus activement aux travaux de la Commission.

Le Rapporteur spécial indique qu'au chapitre III de son rapport, il propose que le résultat final des travaux de la Commission comprenne trois éléments : un ensemble de conclusions assorties de commentaires, le mémorandum du Secrétariat et une bibliographie. Certains se sont demandé si le terme « directives » ne serait pas préférable au terme « conclusions » pour décrire le résultat des travaux de la Commission sur le sujet, étant donné l'objectif, à savoir donner des indications pratiques sur la manière de déterminer l'existence éventuelle et le contenu de règles du droit international coutumier. Bien qu'il s'agisse en dernière analyse d'une question de préférence personnelle, le Rapporteur spécial estime, après avoir réfléchi à la question, que le terme « conclusions » convient : il n'est pas incompatible avec la fourniture d'indications pratiques, a une connotation moins dogmatique et a été employé pour d'autres sujets.

Le Rapporteur spécial indique qu'au paragraphe 129 de son rapport, il propose que la Commission recommande à l'Assemblée générale de prendre note des conclusions de la Commission sur la détermination du droit international coutumier dans une résolution, de les annexer à celle-ci et de les diffuser largement, de recommander les conclusions et les commentaires y relatifs à l'attention des États et de quiconque peut être amené à déterminer l'existence de règles du droit international coutumier, et d'accueillir avec satisfaction le mémorandum établi par le Secrétariat et de décider de donner suite aux propositions qui y figurent.

Le Rapporteur spécial dit qu'il aimerait connaître l'opinion des membres en ce qui concerne les modifications qu'il propose d'apporter aux projets de conclusion, les autres modifications qui pourraient y être apportées, la question de savoir s'il convient de conserver le terme « conclusions » ou d'adopter un autre terme, les recommandations à adresser à l'Assemblée

générale, la question de savoir si les projets de conclusion doivent être renvoyés au Comité de rédaction, comme lui-même le recommande, et ce qui pourrait être ajouté, dans quelque langue que ce soit au projet de bibliographie, qui constituera l'annexe II de son cinquième rapport.

Le Président rend hommage à la mémoire de M^{me} Irina Gerassimova au nom des membres de la Commission.

M. Nanopoulos (Division de la codification), présentant le mémorandum du Secrétariat intitulé « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier » (A/CN.4/710), dit que, depuis l'étude menée en 1949, la documentation relative au droit international coutumier et les conditions d'accès à celle-ci ont connu une évolution frappante, notamment à la suite de l'augmentation du nombre des États et des organisations internationales ainsi qu'en raison du développement du droit international dans de nombreux domaines. L'étude de 1949 visait principalement à remédier au caractère lacunaire de la documentation relative au droit international et à sa dissémination limitée. À cet égard, certaines difficultés subsistent, auxquelles se sont ajoutés de nouveaux obstacles.

Plus de 2 500 informations bibliographiques ont été collectées qui proviennent de quatre sources : les États Membres de l'Organisation des Nations Unies et les États non membres, les entités du système des Nations Unies ainsi que les entités et organisations ayant reçu une invitation permanente à participer en tant qu'observateurs aux travaux de l'Assemblée générale, les centres de recherche universitaires, les bibliothèques et le Réseau mondial des sociétés pour le droit international, et le résultat des recherches menées par la Division de la codification. Les ressources bibliographiques ont été organisées dans le mémorandum en six annexes : I) ressources par État ; II) ressources par organisation ; III) ressources par domaine du droit international ; IV) collection des traités et informations dépositaires ; V) ressources relatives aux juridictions internationales, aux juridictions hybrides et aux organes de surveillance de l'application des traités ; et VI) ressources émanant d'organes œuvrant à l'examen, à la codification, au développement progressif et à l'harmonisation du droit international. Le matériel collecté l'a été dans 91 langues, énumérées à l'annexe VII.

Le chapitre I du mémorandum passe en revue la documentation réunie, analyse l'état actuel de celle-ci, et envisage les obstacles potentiels à l'accès à la documentation. L'approche suivie a été strictement

bibliographique ; les ressources sont analysées par catégories de source documentaire et les liens avec les divers projets de conclusion adoptés provisoirement en première lecture en 2016 sont analysés. Dans son mémorandum, le Secrétariat a cherché à indiquer à ceux appelés à appliquer le droit international coutumier où trouver les informations pertinentes pour la détermination d'une règle particulière et de son contenu.

En ce qui concerne les obstacles potentiels à l'accès à la documentation, certaines catégories de documents, par exemple la pratique exécutive des États, demeurent difficilement accessibles, et il existe d'importantes disparités entre les régions. De plus, la confidentialité de nombreux documents constitue un obstacle à la détermination de certaines règles du droit international coutumier. Cette disparité dans l'accès à certaines catégories de documents fait qu'il est encore plus nécessaire de disposer de ressources bibliographiques spécialisées, expressément consacrées au droit international ; ces ressources sont encore en nombre limité, avec des disparités considérables selon les régions. Un autre obstacle fondamental tient au fait qu'une grande partie des informations n'est disponible qu'en une seule langue. Le multilinguisme apparaît donc comme essentiel pour permettre un accès réellement universel à la documentation relative au droit international coutumier. À cet égard, les publications des organisations internationales revêtent un intérêt particulier, dans la mesure où le multilinguisme y est plus développé qu'au niveau des États. La fracture numérique est un obstacle évident à l'accès à l'information, car la plupart des ressources sont disponibles en ligne, et dans de nombreux cas exclusivement. Il est donc vital que les documents continuent d'être publiés sous forme imprimée et que les bibliothèques, en particulier celles spécialisées en droit international, continuent d'exister, car elles sont souvent le seul lieu où certains documents peuvent être consultés et offrent également l'expertise nécessaire pour naviguer dans les fonds documentaires. À cet égard, M. Nanopoulos rend hommage à Irina Gerassimova au nom du Secrétariat. Par ses conseils inappréciables, elle a apporté une contribution essentielle au mémorandum à l'examen et à de nombreux autres. La masse significative d'informations disponibles rendent difficile l'identification des sources pertinentes. Pour orienter la recherche de façon méthodique, il est en premier lieu nécessaire de déterminer le type d'informations susceptibles de présenter un intérêt réel pour la détermination de la règle en question. En deuxième lieu, des ressources bibliographiques thématiques peuvent exister qui portent sur le domaine pertinent du droit international. En troisième lieu, la détermination d'une règle du droit international

coutumier peut s'appuyer sur des recherches effectuées ailleurs. À cet égard, ces sources, qualifiées de moyen auxiliaire de détermination du droit international au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, peuvent être considérées comme les plus importantes en pratique.

Le chapitre II du mémorandum contient des propositions visant à rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, qui sont rangées dans quatre catégories : 1) propositions concernant des moyens pour les États de rendre plus accessible la documentation attestant leur pratique et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) ; 2) propositions concernant les moyens pour le système des Nations Unies de continuer d'établir et d'améliorer ses publications juridiques relatives au droit international et d'en assurer la plus large diffusion possible ; 3) propositions concernant les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier dans le contexte du développement progressif et de la codification du droit international ; et 4) proposition de création d'une base de données en ligne actualisée régulièrement aux fins de la diffusion systématique et exhaustive d'informations bibliographiques sur la documentation relative au droit international coutumier.

Au paragraphe 126 de son rapport, le Rapporteur spécial recommande à la Commission d'approuver les propositions du Secrétariat et de les transmettre à l'Assemblée générale pour examen. Il recommande également que le mémorandum soit publié à nouveau en temps voulu avec le texte des conclusions et commentaires adoptés en seconde lecture. Le Secrétariat est prêt à donner suite à ces recommandations si la Commission et l'Assemblée générale le décident.

M. Park remercie le Rapporteur spécial de son rapport, qui résume et explique clairement les commentaires et observations des États sur les projets de conclusion et commentaires y relatifs adoptés en première lecture. Notant que 16 États ont communiqué des observations écrites, il fait valoir que davantage d'observations devraient être recueillies, étant donné l'importance du sujet. Il est préoccupé par le fait que le Rapporteur spécial semble privilégier une approche volontariste, par opposition à une approche objectiviste, de la formation du droit international coutumier, comme l'atteste sa proposition réitérée de remplacer les mots « à la formation ou à l'expression » par les mots « à traduire ou à créer » dans le projet de conclusion 4, sa proposition d'attribuer un rôle plus limité aux organisations internationales et sa recommandation de conserver la règle de l'objecteur persistant dans le projet de conclusion 15.

S'agissant du projet de conclusion 2, M. Park pense comme le Rapporteur spécial qu'il peut être nécessaire d'apporter certaines modifications au commentaire pour clarifier la mention de « l'approche déductive » et répondre ainsi aux préoccupations de certains États. En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet de conclusion 4, il n'approuve pas la proposition du Rapporteur spécial de remplacer les mots « à la formation ou à l'expression » par les mots « à traduire ou à créer ». Le Rapporteur spécial a déjà fait cette proposition dans son quatrième rapport, mais la Commission ne l'a pas adoptée. Les mots « formation » et « expression » sont plus couramment employés dans ce contexte. Quant au paragraphe 2, bien que les vues des États sur la pratique des organisations internationales soient divergentes, M. Park craint que l'ajout du mot « peut » proposé par le Rapporteur spécial ne minimise le rôle des organisations internationales dans la détermination du droit international coutumier. M. Park s'oppose également au remplacement des mots « à la formation ou à l'expression » par les mots « à traduire ou à créer », pour les raisons qu'il a déjà exposées. Étant donné l'importance du rôle des organisations internationales dans la détermination du droit international coutumier, le paragraphe 2 devrait conserver son libellé actuel.

En ce qui concerne le projet de conclusion 5, le Rapporteur spécial se penche, au paragraphe 50 de son rapport, sur la question de savoir si la pratique des États doit être publiquement accessible ou au moins connue des autres États afin qu'ils aient la possibilité d'y objecter. C'est une question importante sur laquelle de nombreux États ont fait des observations, et la Commission devra y revenir.

S'agissant du projet de conclusion 6, le Rapporteur spécial recommande d'ajouter le mot « délibérée » après le mot « inaction » au paragraphe 1, en réponse aux observations de certains États. Or, un tel ajout réduirait l'acceptation du terme « inaction » et risquerait de poser des problèmes concernant la charge de la preuve. Le paragraphe 3 du projet de conclusion 10 traite également de l'inaction, mais celle-ci n'y est pas qualifiée de « délibérée ». La nécessité de coordonner ces paragraphes devrait être prise en considération. Enfin, aux paragraphes 57 et 58 de son rapport, le Rapporteur spécial demande si la Commission souhaite revenir sur l'ordre dans lequel les formes de pratique sont énumérées au paragraphe 2 et si la précision figurant au paragraphe 3 doit y être maintenue ou être transférée dans le commentaire. En réponse à ces deux questions, M. Park dit que lui-même préfère conserver le texte actuel.

En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet de conclusion 8, le Rapporteur spécial propose de remplacer le mot « constante », employé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* par le terme « pratiquement uniforme » employé par la Cour dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*. Comme aussi bien le terme « constante » que le terme « pratiquement uniforme » semblent être des critères appropriés pour déterminer la mesure dans laquelle la pratique doit être générale, il sera nécessaire, si la Commission adopte les recommandations du Rapporteur spécial, d'expliquer dans le commentaire pourquoi ces termes ont été préférés à d'autres termes employés par la Cour dans ses arrêts.

La question des « États particulièrement intéressés » dans le contexte du projet de conclusion 8 n'est toujours pas résolue. M. Park dit qu'il souscrivait à la proposition antérieure du Rapporteur spécial sur le sujet, à savoir indiquer qu'il fallait tenir dûment compte de la pratique des « États particulièrement intéressés » dans la formation du droit international coutumier. Bien que certains membres de la Commission se soient opposés à cette proposition parce qu'ils la jugeaient contraire au principe de l'égalité souveraine des États, la question demeure dans le cadre de l'examen de la formation du droit international coutumier.

S'agissant du paragraphe 2 du projet de conclusion 12, M. Park appuie la proposition du Rapporteur spécial d'y insérer les mots « dans certaines circonstances », de manière à mieux rendre compte du rôle que peuvent jouer les résolutions, et de remplacer le verbe « établir » par le verbe « déterminer », par souci de cohérence.

Le texte du projet de conclusion 15 a été affiné, ce qui réduit peut-être la possibilité d'une invocation abusive de la règle de l'objecteur persistant. M. Park dit qu'il continue toutefois de s'opposer à la consécration de cette règle controversée dans les projets de conclusion. Lors du quinquennat précédent, M. Caflisch, M. Forteau et lui-même ont été des « objecteurs persistants » au projet de conclusion 15. M. Park indique que comme les travaux de la Commission sur le sujet entrent dans leur phase finale, il ne bloquera pas le consensus sur l'adoption de ce projet de conclusion mais tient toutefois à ce que ses vues soient consignées dans le compte rendu. Les raisons pour lesquelles il s'oppose à la règle de l'objecteur persistant sont au nombre de trois. Premièrement, cette règle se fonde sur une position qui privilégie le volontarisme par rapport à l'objectivisme ou la formation spontanée du droit international

coutumier. Deuxièmement, sa consécration dans le projet de conclusions implique qu'il s'agit d'une règle non controversée et établie en droit international général. Or les opinions divergentes des États sur le sujet sont clairement attestées dans le résumé analytique des débats tenus à la Sixième Commission en 2015 (A/CN.4/689, par. 26). Troisièmement, bien que le Rapporteur spécial affirme dans son rapport que la règle de l'objecteur persistant a été reconnue dans la pratique internationale, par la doctrine et par la Commission elle-même, la pratique des États est insuffisante, et certains auteurs ne reconnaissent pas cette règle. C'est pourquoi M. Park doute qu'en consacrant la Commission donne des indications exactes aux juristes et fonctionnaires qui ne maîtrisent pas parfaitement la théorie du droit international.

En ce qui concerne le projet de conclusion 16, M. Park relève que le Rapporteur spécial, bien qu'il ne propose d'apporter aucune modification au paragraphe 1, suggère de le reformuler pour préciser que les règles du droit international coutumier particulier « comprennent celles qui sont régionales ou locales », en expliquant dans le commentaire qu'il s'agit là des formes les plus courantes et qu'il n'est pas exclu que d'autres puissent exister. Pour M. Park, le paragraphe 1 doit demeurer inchangé. Lors du précédent quinquennat, la Commission a eu des débats intéressants sur le projet de conclusion 16, notamment sur l'opposabilité aux États tiers du droit international coutumier régional. Elle a conclu qu'une règle de droit international coutumier particulier ne créait en elle-même ni obligations ni droits pour les États tiers. Néanmoins, pour M. Park, des questions théoriques demeurent sans réponse, comme celle de savoir si une règle reconnue comme règle du droit international coutumier par de nombreux États se transforme en une règle du droit international coutumier général, ou si elle demeure une règle d'un droit international coutumier particulier qui s'applique entre un nombre d'États qui est important mais demeure « limité ». Une autre question est celle de savoir si un État qui craint qu'une règle de droit international coutumier particulier devienne une règle du droit international coutumier général est tenu de réagir comme le prévoient le projet de conclusion 10, paragraphe 3 et le projet de conclusion 15. Ces questions tiennent au fait que la démarcation entre droit international coutumier général et droit international coutumier particulier n'est pas nette.

La Commission a également examiné, dans le contexte du projet de conclusion 16, la question des « autres » formes de droit international coutumier particulier, qui peuvent se faire jour entre les États sur

la base de facteurs autres que leur situation géographique, par exemple une cause, une activité ou un intérêt communs. Cette notion a gagné en pertinence en raison du caractère extrêmement connecté du monde actuel, dans lequel d'autres formes de droit international coutumier particulier peuvent plus facilement voir le jour qu'auparavant. Par exemple, un groupe d'États sans lien géographique ni régional peut reconnaître le droit d'asile d'un point de vue humanitaire, ou une coalition de pays partageant les mêmes valeurs peuvent procéder à une intervention humanitaire armée en cas d'emploi d'armes chimiques par un État contre sa population civile.

En ce qui concerne la partie III du rapport, M. Park dit qu'il sait gré au Secrétariat du travail qu'il a accompli pour établir le mémorandum et appuie pleinement les propositions visant à améliorer l'accès au droit international coutumier qui y figurent. Il espère que le Secrétariat continuera d'ajouter des ressources, de les réanalyser et de les reclasser en tant que de besoin. Il estime comme le Rapporteur spécial que la Commission devrait transmettre les propositions du Secrétariat à l'Assemblée générale pour examen.

S'agissant de la partie IV du rapport, M. Park dit qu'il approuve la forme finale proposée par le Rapporteur spécial pour le résultat des travaux de la Commission sur le sujet à l'examen ainsi que l'utilisation du terme « conclusions ». Il espère que les projets de conclusion seront adoptés en seconde lecture à la session en cours.

La séance est levée à 12 h 45.