

Provisoire

**Réservé aux participants**

11 juin 2018

Français

Original : anglais

---

**Commission du droit international**

**Soixante-dixième session (première partie)**

**Compte rendu analytique provisoire de la 3397<sup>e</sup> séance**

Tenue au Siège, à New York, le mardi 8 mai 2018, à 10 heures

**Sommaire**

Détermination du droit international coutumier (*suite*)

---

Le présent compte rendu est sujet à rectifications.

Celles-ci doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum, portées sur un exemplaire du compte rendu et adressées dès que possible au Chef de la Section de la gestion des documents ([dms@un.org](mailto:dms@un.org)).

Les comptes rendus rectifiés seront publiés sur le Système de diffusion électronique des documents (<http://documents.un.org/>).

18-07396 (F)



Merci de recycler



**Présents :**

*Président :* M. Valencia-Ospina

*Membres :* M. Argüello Gómez  
M. Aurescu  
M. Cissé  
M<sup>me</sup> Escobar Hernández  
M<sup>me</sup> Galvão Teles  
M. Gómez-Robledo  
M. Grossman Guiloff  
M. Hassouna  
M. Hmoud  
M. Huang  
M. Jalloh  
M<sup>me</sup> Lehto  
M. Murase  
M. Murphy  
M. Nguyen  
M. Nolte  
M<sup>me</sup> 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. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 10 h 5.

**Détermination du droit international coutumier**  
(point 6 de l'ordre du jour) (suite) (A/CN.4/710,  
A/CN.4/716 et A/CN.4/717)

**Le Président** invite les membres de la Commission à reprendre l'examen du cinquième rapport du Rapporteur spécial sur la détermination du droit international coutumier (A/CN.4/717).

**M. Murase** félicite le Rapporteur spécial pour son rapport et pour la manière dont il a traité le sujet à l'examen. S'il s'est souvent montré critique à l'égard des précédents rapports sur le sujet, il espère que le Rapporteur spécial comprend que la raison en est son attachement à ce sujet, qui le passionne. Certaines de ses vues n'ayant malheureusement pas été bien accueillies, il tient à les exprimer de nouveau en partie dans le cadre du débat sur le rapport à l'examen. Le premier point de désaccord concerne l'absence dans le projet de conclusions de définition et d'explication relative aux caractéristiques fondamentales du droit international coutumier, qui auraient pourtant dû être prévues dès le départ. La première des caractéristiques fondamentales du droit international coutumier est qu'il s'agit d'un droit non écrit. S'il est vrai que cela peut lui conférer une certaine souplesse, cela peut aussi poser des difficultés pour ce qui est de son application. Par exemple, le fait pour un État de reconnaître une personne coupable d'une violation du droit international coutumier peut être incompatible avec la règle *nullum crimen sine lege* ou *nulla poena sine lege*, qui trouve son fondement dans le droit écrit de nombreux pays.

Le droit international coutumier présente une deuxième caractéristique fondamentale qui n'est pas mentionnée dans le projet de conclusions : il est universellement contraignant. Ainsi, alors qu'un État peut décider de ne pas devenir partie à tel ou tel traité s'il ne souhaite pas s'acquitter des obligations qui en découlent, il n'a d'autre choix que de se conformer au droit international coutumier. En outre, le droit international coutumier peut se créer spontanément et il n'y a aucun moyen de savoir à chaque fois quand, où et comment il se crée – il n'y a pas de système d'alerte rapide en la matière. C'est une des raisons pour lesquelles l'étude du secrétariat intitulée « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier » (A/CN.4/710) revêt une telle importance. Les États devraient être clairement avertis de la possibilité d'une création spontanée de droit international coutumier ; leurs conseillers juridiques ont en effet tout lieu de se montrer prudents puisque toute déclaration officielle sur le droit international coutumier faite par un État ou par des représentants d'un État peut

par la suite être utilisée de façon inattendue contre cet État dans le cadre de procédures judiciaires. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit dans l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* [Australie c. Japon, Nouvelle-Zélande (intervenant)].

La définition du terme « détermination », employé dans l'intitulé du sujet, est une troisième question fondamentale qui n'est pas traitée dans le projet de conclusions. Il est simplement indiqué dans le commentaire que les mots « identifier » et « déterminer » sont utilisés indifféremment dans la version anglaise. On trouve également dans le texte du projet de conclusions et des commentaires les mots « rechercher », « apprécier », « accepter » et « établir ». Par conséquent, il est difficile de comprendre ce que signifie le terme « détermination ». On ne sait pas vraiment s'il englobe ou non le processus d'interprétation et d'application du droit international coutumier. Par comparaison, au paragraphe 3) du commentaire du projet de directive 9 (par. 1) sur la protection de l'atmosphère adopté en 2017, la détermination est décrite comme un exercice préalable à l'interprétation et à l'application du droit et distinct de ces deux processus. Il pourrait être utile d'établir cette distinction dans le cadre du projet de conclusions à l'examen.

Si M. Murase approuve, de façon générale, les projets de conclusion proposés, certains lui posent quelques problèmes. À propos du projet de conclusion 3 (Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs), il pense que, dans le cadre de la « détermination », quelle que soit la définition qui en sera finalement donnée, l'appréciation des moyens revêt une importance capitale. Les règles en matière d'administration de la preuve concernent avant tout des éléments de fait ; or, ce projet de conclusion porte sur les moyens de droit. Si, dans le cadre d'une procédure judiciaire, c'est au tribunal qu'il incombe au premier chef d'établir les faits, comme l'indique l'adage *jura novit curia*, les parties ont la responsabilité de démontrer l'existence des règles de droit qui sous-tendent leurs arguments sans attendre que le tribunal statue *proprio motu*. M. Murase estime donc que certaines questions relatives au droit de procédure, notamment la question de la charge de la preuve, ainsi que l'a suggéré l'Espagne, devraient être traitées de façon plus directe dans le projet de conclusions et les commentaires.

Comme suite aux observations de nombreux États, le Rapporteur spécial a modifié le projet de conclusion 4 (Exigence d'une pratique) de façon à donner plus de poids à la pratique des États au paragraphe 1, et moins à la pratique des organisations internationales. Il y est

parvenu en introduisant le verbe « peut », mais cette modification pourrait ne pas être suffisante. Le paragraphe 2 commence par la formule « [d]ans certains cas » ; il conviendrait, pour répondre aux interrogations de certains États, de préciser, dans le commentaire, ce que l'on entend par « certains cas ».

Compte tenu des observations faites par certains États, on comprend que le Rapporteur spécial ait introduit l'adjectif « délibérée » après le mot « inaction » dans le projet de conclusion 6 (Formes de pratique). Toutefois, le caractère « délibéré » ou non de l'inaction dans tel ou tel cas est une question assez subjective et M. Murase n'est pas certain qu'il soit opportun d'associer cet élément de subjectivité à la notion de « pratique », celle-ci devant être déterminée en fonction de critères objectifs.

En ce qui concerne le projet de conclusion 8 (La pratique doit être générale), le Rapporteur spécial propose de remplacer l'adjectif « constante » par l'expression « pratiquement uniforme ». M. Murase a le sentiment que cette modification ne viderait pas de sa substance l'exigence de généralité et n'abaisserait pas le seuil établi, bien que la formule « pratiquement uniforme » soit légèrement moins forte que l'adjectif « uniforme ». L'adjectif « constante » est repris de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, tandis que la formule « pratiquement uniforme » est tirée de l'arrêt rendu dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*. M. Murase, comme la plupart des membres de la Commission, est opposé à l'introduction d'une référence aux « États particulièrement intéressés » et estime que la solution consistant à expliquer ce point dans le commentaire est judicieuse.

Passant au projet de conclusion 15 (Objecteur persistant), M. Murase dit tenir à ce que son nom figure dans la liste des objecteurs persistants à la règle de l'objecteur persistant. L'objection persistante ne vise pas la détermination du droit international coutumier, mais son application. M. Murase est favorable à l'introduction d'un troisième paragraphe indiquant que le projet de conclusion est sans préjudice de toute question relative au *ius cogens*.

M. Murase n'est pas favorable à l'introduction du projet de conclusion 16 (Droit international coutumier particulier). L'examen du sujet devrait se limiter aux questions relatives à la coutume générale et ne pas tenir compte de la coutume particulière. Certains États estiment que les mots « ou autre » après les mots « régionale, locale » devraient être supprimés pour ne

pas donner lieu à une prolifération de la coutume particulière. M. Murase partage leur avis. Certains États, parmi lesquels la Grèce et la Fédération de Russie, se sont déclarés préoccupés par l'effet de la coutume particulière sur les États tiers. M. Murase estime qu'un nouveau paragraphe, comparable à l'article 34 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, devrait être introduit pour énoncer la règle *pacta tertiis*, et qu'il conviendrait d'accompagner ce paragraphe d'un commentaire concernant les éventuelles exceptions à cette règle. Ici, la question fondamentale est celle de l'opposabilité de la coutume particulière aux États tiers.

Pour ce qui est de la forme finale du produit, M. Murase semble être le seul membre de la Commission à juger plutôt étrange le choix d'élaborer des « conclusions ». S'il est vrai que les membres de la Commission et de la Sixième Commission sont maintenant habitués à entendre ce terme, d'autres personnes y réagissent très différemment. Les étudiants en droit que côtoie M. Murase ont réagi comme si un texte ainsi désigné avait peu d'importance, et M. Murase craint que les juges des juridictions nationales n'aient la même réaction. La Commission n'a pas pour unique rôle d'apporter des éclaircissements. C'est un organe normatif ; or, ce n'est pas l'image qu'elle renvoie en élaborant des « conclusions ». Cette désignation porte à croire, à tort, que la Commission s'est simplement complu à réaliser des études. Il est encore temps d'adopter la désignation de « directives » pour les sujets « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » et « Normes impératives du droit international général (*ius cogens*) », ainsi que pour le sujet à l'examen. M. Murase n'insistera pas sur ce point s'il est le seul à juger ce changement nécessaire, mais il estime que la prolifération des « conclusions » est un sujet de préoccupation important.

Le fait que la doctrine ne soit pas citée dans les commentaires des projets de conclusion et dans les rapports du Rapporteur spécial est un autre sujet de préoccupation. Cela ne se justifie nullement lorsqu'il est question d'un sujet aussi théorique que le droit international coutumier, et ce manque n'est pas comblé par la bibliographie très bienvenue et exhaustive qui est annexée au quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/695). Par exemple, il est fait mention, dans le commentaire, de la théorie de la « coutume instantanée », mais la doctrine dans laquelle cette question est traitée de manière approfondie n'est pas citée. De même, aucun article de doctrine n'est cité en ce qui concerne la notion d'opposabilité qui sous-tend le projet de conclusion 16. Le Rapporteur spécial lui-même fait expressément référence à la « doctrine » à

plusieurs endroits dans le commentaire, mais il ne la cite pas. Il ne s'agit pas simplement d'une question de courtoisie ou de respect à l'égard des universitaires : le fait de ne pas citer la doctrine pose un sérieux problème et cette pratique ne doit pas se généraliser. Ce problème doit être résolu avant l'adoption des commentaires du projet de conclusions.

Enfin, M. Murase est favorable au renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction et souscrit aux recommandations que le Rapporteur spécial propose d'adresser à l'Assemblée générale et qu'il formule au paragraphe 129 de son rapport.

**M. Tladi** dit que, dans son étude (A/CN.4/710), le secrétariat tente de répondre à une question importante pour la Commission, celle de savoir comment cesser de s'appuyer à l'excès sur la documentation européenne et nord-américaine. S'il est vrai que l'on se fonde aujourd'hui de plus en plus sur la documentation latino-américaine, on se réfère encore bien peu à la documentation asiatique et africaine. Certes, les documents européens et nord-américains sont plus faciles d'accès, mais il faut s'atteler à dissiper l'impression que le droit international a été façonné par les pays prospères, au détriment des autres. L'étude du secrétariat est un bon point de départ, mais il reste beaucoup à faire pour trouver des moyens de mettre au jour de la documentation relative au droit international coutumier issue de toutes les régions. M. Tladi souscrit pleinement aux moyens proposés pour rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, en particulier aux paragraphes 120 à 122 de l'étude. Il souscrit donc également à la recommandation du Rapporteur spécial tendant à ce que la Commission approuve les propositions du secrétariat.

Il est saisissant de lire, au paragraphe 80 de l'étude du secrétariat, que, sur les 194 ressources bibliographiques spécifiquement relatives au droit international, 102 se rapportent à des pays d'Europe occidentale et autres pays du même groupe, et seulement huit à des pays d'Afrique – et que ces huit émanent de cinq pays seulement, ce qui signifie qu'il n'existe aucune ressource en provenance des 49 autres pays du continent africain. Parmi les ressources citées, on trouve le *South African Yearbook of International Law*, dont M. Tladi coordonne la publication, mais même cette ressource n'est pas exhaustive. M. Tladi a trouvé en Afrique du Sud une ressource privée baptisée le Parliamentary Monitoring Group, qui se consacre à la veille parlementaire. Il propose que le secrétariat ajoute le site Web du groupe (pmg.gov.za) à sa liste de ressources bibliographiques.

Revenant au rapport du Rapporteur spécial, M. Tladi dit que, dans l'ensemble, la Commission est parvenue à un résultat excellent et bien équilibré, ce qui s'explique dans une large mesure par la grande collégialité dont le Rapporteur spécial a fait preuve dans la conduite des travaux. Il convient d'éviter toute retouche qui risquerait de rompre l'équilibre subtil issu de la première lecture du projet de conclusions. Il faut avant tout préserver la notion d'égalité entre les États dans l'élaboration du droit et éviter de consacrer l'idée qu'en ce qui concerne la pratique, certains États ont plus d'importance que d'autres.

En ce qui concerne le projet de conclusion 3, en particulier les observations des Pays-Bas (A/CN.4/716, p. 6 et 7), M. Tladi dit que, s'il semble évident que la démarche permettant de déterminer l'existence d'une règle est la même que celle qui permet d'en déterminer le contenu, il ne verrait aucun inconvénient à ce que l'on apporte des éclaircissements sur ce point dans le commentaire s'il existe un risque que le projet de conclusion donne lieu à une explication différente, ce dont il doute fortement. Il partage donc l'avis du Rapporteur spécial au sujet du projet de conclusion. Il n'est pas d'accord, en revanche, avec la déclaration d'Israël selon laquelle l'*opinio juris* des États qui n'ont pas de pratique ne présente pas d'intérêt. Cette idée ne trouve aucun fondement dans le droit international et n'a pas été étayée. Le Rapporteur spécial a pour sa part pris grand soin d'invoquer des décisions de la Cour internationale de Justice pour étayer le point de vue inverse.

Hormis de légères corrections de forme, M. Tladi ne recommande pas de modifier le projet de conclusion 4. Il met en garde, en particulier, contre la suppression de l'adverbe « principalement » au paragraphe 1.

À propos du projet de conclusion 6, M. Tladi dit qu'il accepte les modifications proposées par le Rapporteur spécial et se dit satisfait que des États représentant tout l'échiquier politique et ayant des niveaux de développement économique différents invitent à la prudence s'agissant de considérer le silence comme une forme de pratique. Il ne partage toutefois pas les opinions exprimées par certains États. Israël, par exemple, a proposé de nuancer la référence aux actes verbaux en ajoutant l'adverbe « parfois ». Bien qu'il affirme que cette proposition se fonde sur le droit international coutumier, il ne fournit aucun élément à l'appui de cette affirmation. Par ailleurs, Israël, la Nouvelle-Zélande et plusieurs autres États ont soulevé des points intéressants quant à la question de savoir s'il faut tenir compte des décisions des juridictions supérieures uniquement ou de celles de toutes les juridictions. Dans l'ensemble, M. Tladi souscrit aux

observations formulées à ce propos par le Rapporteur spécial au paragraphe 56 de son rapport. C'est en effet à bon droit que le Rapporteur spécial estime que certaines décisions de juridictions inférieures peuvent, pour une raison ou une autre, ne jamais être frappées d'appel et que ces décisions sont sans nul doute constitutives de la pratique des États. Il convient toutefois de préciser que, lorsqu'une décision est annulée, sa valeur en tant qu'élément constitutif de la pratique de l'État ne s'en trouve pas seulement amoindrie mais devient nulle. Il importe de rappeler que ce n'est pas parce qu'une juridiction supérieure est parvenue, dans le dispositif d'un arrêt, à des conclusions différentes de celles d'une juridiction inférieure que le jugement de cette dernière a été infirmé. Inversement, ce n'est pas parce qu'une juridiction supérieure confirme les conclusions d'une juridiction inférieure dans le dispositif d'un arrêt que le jugement est confirmé.

Passant au projet de conclusion 9 [Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)], M. Tladi dit comprendre l'argument de l'Autriche concernant l'*opinio necessitatis* mais, tout comme le Rapporteur spécial, il n'est pas convaincu qu'il présente un intérêt aux fins de la détermination ou même de la formation du droit international coutumier.

S'agissant du projet de conclusion 12 (Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales), M. Tladi est peu convaincu par les tentatives visant à minimiser l'importance des résolutions. Il partage l'avis selon lequel les résolutions d'entités universelles telles que l'Assemblée générale revêtent probablement une importance particulière mais ne pense pas, contrairement au Rapporteur spécial, qu'il faudrait nuancer cette idée en ajoutant une formule du type « dans certaines circonstances ». Le libellé actuel du projet de conclusion traduit déjà la réserve que les États intéressés ont exprimée. L'utilisation de la forme verbale « peut » dans le projet de conclusion 12 suffit à indiquer que, dans certaines circonstances, les résolutions en question ne constituent pas un élément de preuve. Le libellé du projet de conclusion ne porte pas à croire que les résolutions établissent le droit international coutumier ; il indique simplement qu'elles constituent une preuve de l'existence et du contenu de celui-ci. Qui plus est, le commentaire contient, lui aussi, une mise en garde. M. Tladi n'est donc pas favorable à ce que l'on modifie, de quelque façon que ce soit, le libellé du projet de conclusion 12.

M. Tladi a des doutes concernant la prise en compte de la doctrine de l'objecteur persistant, dans le projet de conclusion 15, et attend avec intérêt les observations des membres qui n'ont pas pris connaissance du texte au moment de son adoption en première lecture.

S'agissant du projet de conclusion 8 (La pratique doit être générale), M. Tladi sait gré au Rapporteur spécial de n'avoir pas recommandé d'en modifier le texte, même s'il a probablement été tenté de le faire. Bien qu'il ne partage pas du tout l'opinion du Rapporteur spécial, il apprécie la collégialité dont celui-ci a su faire preuve, notamment lors de la présentation de son rapport, lorsqu'il a recommandé que le Comité de rédaction envisage de modifier un texte qui avait été, à l'évidence, mal accueilli en première lecture. Au paragraphe 65 de son rapport, le Rapporteur spécial a fait savoir que les États-Unis insistaient sur l'importance de la pratique contraire. À ce propos, il a estimé – à juste titre, indéniablement – qu'il fallait bien entendu tenir compte de la pratique contraire émanant en particulier d'États dont la pratique était réputée être à l'origine de règles coutumières. Bien qu'il soit d'accord avec le Rapporteur spécial, M. Tladi estime que les préoccupations des États-Unis, qu'il partage, vont au-delà. Il est évident que, lorsque 20 États ont une pratique constante et 10 autres une pratique contraire, cela a pour effet sinon d'empêcher, à tout le moins de compliquer la création d'une règle coutumière sur le fondement de la pratique des 20 États en question.

M. Tladi en vient ensuite à la question des États particulièrement intéressés, à laquelle il est très attaché. Avant toute chose, il tient à signaler que certains États, certains membres de la Commission et certains universitaires ont suggéré que ceux qui, comme lui, remettent en question la doctrine des États particulièrement intéressés partent du principe que cette notion renvoie aux États puissants ou aux membres du Conseil de sécurité. Cela revient à simplifier grossièrement des arguments bien plus nuancés, dont certains ont été avancés au cours du précédent quinquennat par M. Forteau, M. Murase, M. Vázquez-Bermúdez et M. Tladi lui-même. Si ceux-ci admettent effectivement que la puissance fait partie intégrante des préoccupations soulevées par cette doctrine, ils ne croient pas que l'expression « États particulièrement intéressés » désigne les États puissants. Ils sont simplement conscients que c'est le sens qui peut lui être donné, comme l'indiquent deux sources citées dans les notes du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/672), à savoir la Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général et l'opinion dissidente du juge Schwebel jointe à l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*.

Sur le fond, M. Tladi signale que seuls quatre des 15 États qui ont formulé des observations sur le projet de conclusion 8 ont critiqué la manière dont la Commission avait traité la question des États

particulièrement intéressés. Les quatre États qui ont insisté sur le rôle important des États particulièrement intéressés ont tous fait référence aux affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, dont a connu la Cour internationale de Justice. Il convient de noter toutefois que, dans ces affaires, les États particulièrement intéressés sont mentionnés dans un *obiter dictum* auquel la Cour n'a jamais plus renvoyé et que, dans ces affaires, elle a aussi fait d'autres déclarations sur le droit international coutumier. Du reste, aucun membre de la Commission ni aucun État ne semble insister pour que l'on introduise une condition normative dans le projet de conclusions. De plus, hormis les affaires précitées, les tenants de la doctrine des États particulièrement intéressés ne citent que peu de textes de référence pour étayer leur argumentation. Or, pour un principe aussi lourd de conséquences, il serait opportun que l'on puisse se fonder sur des références autres que quelques extraits de manuels de droit et un *obiter dictum* prononcé cinquante ans auparavant qui n'a plus jamais été repris par la Cour internationale de Justice. Le seul autre argument avancé pour justifier l'idée que la doctrine des États particulièrement intéressés fait partie du droit international coutumier consiste à dire que cela est logique. M. Tladi propose d'éprouver la logique des arguments avancés par les différents pays partisans de cette idée.

La Chine a déclaré que « [l]a pratique de tout pays, grand ou petit, riche ou pauvre, fort ou faible, doit être pleinement prise en considération, à condition que le pays en question ait un intérêt concret et une véritable influence pour ce qui est de la formation de règles dans tel ou tel domaine ». Or, c'est précisément le problème de la doctrine des États particulièrement intéressés : elle entend consacrer, en tant que norme juridique, l'idée que la pratique de certains États ne devrait pas être « pleinement prise en considération ». La déclaration de la Chine soulève également la question de savoir ce que l'on entend par « véritable influence ». De l'avis de M. Tladi, il est peu probable que le Lesotho, État enclavé, puisse avoir une véritable influence sur l'élaboration des règles juridiques relatives aux États enclavés, puisqu'il est à la fois petit, pauvre et faible.

Dans leur déclaration, Israël et les Pays-Bas, à la différence de la Chine, n'ont pas évoqué de réalité concrète, mais se sont contentés d'invoquer le droit comme fondement de leur raisonnement. Ils ont affirmé qu'il était communément admis que les États particulièrement intéressés jouaient un rôle fondamental dans la formation et la détermination du droit international coutumier. Israël a ensuite indiqué que, lorsque la pratique ou l'*opinio juris* des États particulièrement intéressés ne pouvaient être établies,

cela démontrait qu'il n'existait pas de règle de droit international coutumier. Toutefois, pour étayer son argumentation, il a simplement invoqué les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, sur lesquelles, comme M. Tladi l'a déjà expliqué, on ne saurait véritablement se fonder pour valider une hypothèse aussi radicale.

Les États-Unis semblaient penser qu'il serait difficile de ne pas appliquer la doctrine des États particulièrement intéressés, sans pour autant indiquer pourquoi. M. Tladi, quant à lui, tient à expliquer pour quelles raisons, outre l'absence de texte de référence, cette doctrine est inappropriée.

En premier lieu, tous les États sont particulièrement intéressés par les règles du droit international. Il est souvent avancé que les États qui ont un plateau continental sont particulièrement intéressés par les règles y relatives. Toutefois, les États enclavés sont eux aussi particulièrement intéressés, puisque les règles pertinentes peuvent limiter la superficie de la zone dans laquelle ils sont habilités à agir en vertu du droit international. Comme le dit M. Shahabuddeen dans son opinion dissidente jointe à l'avis sur les *armes nucléaires*, « [l]orsque ce qui est en jeu, c'est la licéité de l'emploi d'une arme susceptible d'anéantir l'humanité et donc tous les États, la question de savoir quels sont les États particulièrement intéressés vise non la propriété de l'arme, mais les conséquences de son utilisation. De ce point de vue, tous les États sont également intéressés, car, à l'instar de ceux qui y habitent, ils ont tous le même droit d'exister ».

En deuxième lieu, on voit mal pourquoi la pratique et l'*opinio juris* de certains États revêtiraient une importance particulière aux fins de la formation et de la détermination des règles du droit international coutumier alors que ces règles ont le même caractère contraignant pour tous les États sans distinction. Tel serait le cas si, par exemple, seuls les États en mesure de mener des missions spatiales étaient particulièrement intéressés par les règles régissant l'espace, alors même que les règles qu'ils établiraient seraient contraignantes pour tous les États dans une égale mesure. Pareille situation serait injuste et, bien que l'équité ne soit pas une norme juridique, elle doit jouer un rôle dans le contexte normatif actuel, qui ne confère aucune autorité juridique aux États particulièrement intéressés.

En troisième lieu, selon cette doctrine, il n'aurait pas pu y avoir de règle de droit international coutumier proscrivant l'apartheid, puisque l'Afrique du Sud, qui était à l'époque synonyme d'apartheid, était dans les faits l'unique État particulièrement intéressé.

Pour conclure, même s'il pourrait poursuivre longtemps sur la question des États particulièrement intéressés, M. Tladi tient à remercier le Rapporteur spécial pour son excellent travail sur le sujet. Il attend avec intérêt l'adoption du projet de conclusions en deuxième lecture, avant la fin de la session en cours. Après avoir entendu les observations de M. Murase, il pourrait revoir son opinion au sujet de l'emploi du terme « conclusions » au lieu de « directives ».

**M. Murphy** dit que l'étude du secrétariat intitulée « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier » (A/CN.4/710) est un recueil d'une richesse impressionnante. Toutes les recommandations formulées au chapitre II sont judicieuses et devraient être transmises à l'Assemblée générale. M. Murphy est favorable à ce que l'on ajoute le projet de conclusions de la Commission, une fois qu'il aura été parachevé, à une nouvelle version de l'étude. De manière générale, les États semblent favorables au projet de conclusions, bien qu'ils aient exprimé des préoccupations qui justifieraient certaines modifications du texte du projet et des commentaires. Heureusement, presque toutes les modifications proposées par le Rapporteur spécial tiennent compte de ces préoccupations.

En ce qui concerne le projet de conclusion 3, certains États comme la Chine ont estimé qu'il fallait préciser que l'appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs du droit international coutumier (la pratique générale et l'*opinio juris*) devait être rigoureuse. Si la Chine a proposé, pour ce faire, d'ajouter un troisième paragraphe au projet de conclusion, M. Murphy estime qu'il suffirait peut-être d'ajouter, dans la version anglaise, un adjectif comme « rigorous » ou « careful » devant le mot « assessment » au paragraphe 2.

Le projet de conclusion 4, en particulier le paragraphe 2, reste le plus épineux et a suscité différentes réactions de la part des États. Comme les Pays-Bas l'ont dit avec délicatesse : « Nous ne pouvons manquer de constater que le rôle des organisations internationales dans la formation et la détermination du droit international coutumier a suscité la controverse lors de l'élaboration du texte du projet de conclusions sur le sujet à l'examen. ». M. Murphy attribue cela au fait que la Commission, par facilité ou peut-être par conviction, persiste à dire que la pratique des organisations internationales, en tant que telle, crée des règles de droit international, sans s'atteler à la tâche, plus ardue, d'expliquer exactement de quelle manière et pour quelles raisons. Comme l'a fait observer la Nouvelle-Zélande, « [le] fondement conceptuel [de cette hypothèse] ne ressort clairement ni du texte du

projet de conclusion, ni du commentaire y afférent ». La question n'est pas ici de savoir si la pratique des États au sein des organisations internationales doit être considérée comme une forme de pratique de l'État aux fins d'une analyse du droit international coutumier. Il ne s'agit pas davantage de dire si un acte d'une organisation internationale est susceptible ou non de susciter de la part des États des réactions qui compteraient également comme une forme de pratique étatique. Ce que postule le paragraphe 2 du projet de conclusion 4, c'est au contraire que la pratique d'une organisation internationale « en tant que telle », même sans aucune intervention des États, peut former ou créer le droit international coutumier. L'hypothèse se veut nuancée au paragraphe 2 par l'expression « [d]ans certains cas », mais ni le projet de conclusion ni le commentaire n'indique clairement de quels cas il s'agirait, comme l'ont fait remarquer plusieurs États. Singapour a demandé que l'on introduise au moins une expression telle que « [d]ans des cas limités » pour tenter de contenir les répercussions du paragraphe 2.

M. Murphy voit pour sa part trois problèmes conceptuels dans ce paragraphe. Premièrement, celui-ci ne précise pas ce qui constitue exactement la pratique d'une organisation internationale. Les projets de conclusions 5 et 6 décrivent respectivement la pratique de l'État et les formes de pratique de l'État mais sont muets au sujet de la pratique et des formes de pratique des organisations internationales. Il est indiqué au paragraphe 3) du commentaire que ces projets de conclusion et d'autres peuvent s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux organisations internationales. Il reste à savoir si cela signifie, selon le libellé du projet de conclusion 5, que la pratique d'une organisation internationale, comme la pratique de l'État, consiste en l'exercice des fonctions exécutives, législatives, judiciaires ou autres de l'organisation. Si tel est le cas, la pratique de la Cour internationale de Justice, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, constitue une forme de pratique pertinente aux fins de la formation ou de la création du droit international coutumier. Or, cela ne cadre pas avec le projet de conclusion 13, selon lequel les décisions de la Cour ne créent pas directement de règles du droit international coutumier mais sont des moyens auxiliaires de détermination de ces règles. On peut aussi se demander si la pratique des organisations internationales englobe le comportement du secrétariat de la Commission du droit international ou celui du Président du Comité de rédaction.

Ce sont ces zones grises qui dérangent certains États, comme le Bélarus, qui a estimé que les actes des organisations internationales « ne devraient être pris en considération [...] que dans la mesure où ils se



rappellent à la pratique des États agissant dans le cadre de ces organisations, principalement au sein de leurs organes représentatifs, et non lorsqu'ils relèvent de leurs secrétariats, organes conventionnels ou autres organes du même type ». L'intention était d'empêcher que le droit international coutumier puisse être créé par tout comportement, quel qu'il soit, de toute entité associée de quelque façon que ce soit à une organisation internationale. Dans le commentaire du projet de conclusion 4, la Commission, en voulant signaler que la pratique des organisations internationales étroitement associée aux États est la plus pertinente, ne fait que semer plus encore la confusion. Si elle souligne au paragraphe 4) du commentaire que les organisations internationales sont des acteurs indépendants qui ont leurs propres droits et obligations, elle indique au paragraphe 8) qu'il convient d'accorder davantage de poids à la pratique d'une organisation internationale lorsqu'elle est exercée directement au nom des États membres de celle-ci. Cette schizophrénie a été remarquée même par les partisans du paragraphe 2.

Le deuxième problème conceptuel tient au fait que l'on ignore comment définir la pratique des organisations internationales dès lors que la pratique générale doit être « suffisamment répandue et représentative », ainsi que le prescrit le projet de conclusion 8. Dans le cas des États, le principe est relativement clair : 130 États sur 193 doivent avoir une pratique constante, par exemple. Toutefois, si l'on prend en considération dans le calcul les milliers d'organisations internationales qui existent, il est impossible de déterminer quelle « pratique générale » est nécessaire à l'établissement d'une règle. On pourrait avancer qu'il n'est pas nécessaire de tenir compte de toutes les organisations internationales, mais uniquement de celles qui comptent véritablement. Ainsi le Conseil de sécurité, qui contribue plus que toute autre entité à la paix et à la sécurité internationales, est peut-être l'unique entité à prendre en considération en ce qui concerne cette fonction particulière. Il n'est à aucun moment précisé dans le projet de conclusions quel acteur ou quelle entité doit participer à la pratique générale nécessaire à la formation d'une règle de droit, et quel groupe d'acteurs doit avoir un comportement répandu et représentatif.

Le troisième problème conceptuel tient au fait que les acteurs qui suivent une pratique ne sont pas nécessairement liés par la règle qui en découle. Le droit international coutumier se fonde traditionnellement sur l'idée que l'ensemble des États, par leur pratique et leur *opinio juris*, peuvent créer des règles contraignantes pour eux. Or, le projet de conclusions ne prévoit pas que la pratique d'une organisation internationale contribue à

la formation d'une règle qui devient ensuite contraignante pour cette organisation. Cela donne lieu à un dilemme : on ignore en effet comment une organisation internationale pourrait être convaincue que sa pratique répond à une contrainte juridique si cette contrainte juridique n'existe pas.

S'ils ne sont pas résolus, ces problèmes conceptuels subsisteront et continueront d'être source de confusion et d'incertitude ; il faut espérer qu'ils ne conduiront pas à une utilisation pernicieuse des travaux de la Commission. Il serait possible de répondre à certaines des préoccupations exprimées au sujet du paragraphe 2 en libellant plus clairement le texte du projet de conclusion et le commentaire. Pour sa part, M. Murphy est convaincu que les solutions proposées par le Rapporteur spécial sont un pas dans la bonne direction ; simplement, elles ne sont pas suffisantes. Il serait utile de signaler dans le commentaire que la pratique très limitée et le manque de jurisprudence à l'appui du paragraphe 2 « déplac[ent] le curseur entre codification et développement progressif en direction de ce dernier » – en d'autres termes, le paragraphe 2 n'a pas encore nécessairement la même valeur que les autres projets de conclusion.

Passant au projet de conclusion 8, M. Murphy dit qu'il approuve la modification proposée par le Rapporteur spécial, qui permet de répondre aux préoccupations soulevées par plusieurs États. Il souhaiterait, en sus, que l'expression « suffisamment répandue » soit remplacée par l'adjectif « fréquente ». L'adverbe « suffisamment » soulève en effet la question de savoir ce qui est « suffisant », tandis que l'adjectif « fréquente » a un sens plus large et correspond à la terminologie employée par la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*. A tout le moins, l'adverbe « suffisamment », plus dommageable qu'utile, devrait être supprimé.

M. Murphy regrette que l'on n'ait pas trouvé un moyen de faire mention des « États particulièrement intéressés » dans le projet de conclusion 8. Cela permettrait de mieux protéger les petits États, qui risqueraient autrement de n'être pas pris en considération dans l'analyse du droit international coutumier. Par exemple, lorsqu'il est question de déterminer l'existence d'une règle coutumière régissant le passage dans des eaux archipélagiques, il est essentiel de tenir compte de la pratique des États archipels, et pas uniquement des puissances maritimes qui transitent par l'archipel. Il ne s'agit pas d'accorder plus de poids à la pratique des États particulièrement intéressés, mais de veiller à ce que cette pratique soit prise en considération. C'est en cela que M. Murphy ne partage pas l'avis de M. Tladi. Il continue d'espérer que la question sera

traitée de façon pertinente dans le commentaire, sinon dans le texte du projet de conclusion lui-même.

Dans leurs observations sur le projet de conclusion 9, les États-Unis ont estimé que l'on pouvait améliorer le libellé du paragraphe 1 en supprimant les mots « ou d'un droit », très probablement parce que l'*opinio juris* évoque généralement le « sentiment de l'existence d'une obligation juridique », alors que la Commission parle de l'existence « d'une obligation juridique ou d'un droit ». M. Murphy souscrit à la recommandation du Rapporteur spécial tendant à ce que l'on tienne compte de cette préoccupation dans le commentaire en indiquant, d'une manière ou d'une autre, que le caractère général de cette formule n'a pas pour objet de modifier l'interprétation classique de l'*opinio juris*.

M. Murphy est favorable au maintien de la règle énoncée dans le projet de conclusion 15 ; on trouverait en effet singulier que la Commission décide de ne pas tenir compte de cette règle connue et bien acceptée. M. Murphy n'est, par contre, pas convaincu de la nécessité d'ajouter un troisième paragraphe et trouve curieux que l'on estime que ce projet de conclusion, entre tous, nécessite l'ajout d'une clause « sans préjudice » ; d'autres dispositions du projet de conclusions, ainsi que d'autres textes sur d'autres sujets, nécessiteraient sans doute eux aussi une clause de ce type. Cette question pourrait peut-être être traitée dans le commentaire.

M. Murphy est favorable à ce que le résultat final des travaux sur le sujet soit qualifié de projet de conclusions et approuve l'approche triple proposée par le Rapporteur spécial, qui souhaite que le projet de conclusions et les commentaires soient présentés conjointement avec l'étude du secrétariat et une bibliographie. En conclusion, il dit être favorable au renvoi de tous les projets de conclusion au Comité de rédaction, pour une nouvelle révision, et remercie une fois de plus le Rapporteur spécial pour son travail considérable sur ce projet, qui laissera à la Commission un héritage durable.

**M<sup>me</sup> Galvão Teles** remercie le Rapporteur spécial pour son rapport et pour les efforts qu'il a déployés tout au long de l'examen du sujet. Le travail de la Commission est de la plus haute importance, d'un point de vue pratique, pour les États et les parties prenantes qui doivent faire face à ce que l'on pourrait parfois appeler le mystère de la détermination du droit international coutumier. Bien que le droit conventionnel ait pris de l'importance, le droit international coutumier reste une source pertinente lorsqu'il s'agit de définir les règles applicables dans différents types de relations

internationales. Pour preuve, les projets de conclusion adoptés en première lecture ont déjà retenu l'attention des praticiens et des auteurs, ont été invoqués devant des tribunaux et ont été examinés à la faveur de plusieurs manifestations académiques et dans des articles de doctrine. De fait, le sujet est à la base même des travaux de codification menés par la Commission.

Il faut remercier le secrétariat pour son excellente et utile étude sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier (A/CN.4/710). Associée au projet de conclusions et aux commentaires y relatifs, elle sera un outil précieux pour tous ceux qui travaillent dans le domaine du droit international et de son application. Comme seul un petit nombre d'États Membres a soumis des observations écrites sur le texte du projet de conclusions et des commentaires y relatifs adopté en première lecture, peut-être pourrait-on avoir un meilleur aperçu des différentes positions des États en analysant les interventions faites au cours des débats à la Sixième Commission et tout au long du processus d'examen du sujet. M<sup>me</sup> Galvão Teles est d'accord pour dire que les commentaires et les observations des États pourraient être mieux structurés, de manière à permettre un examen plus complet et plus approfondi par la Commission en deuxième lecture, et que, de manière générale, il est important d'accroître la participation active des États aux travaux de la Commission.

Compte tenu du stade avancé du texte, M<sup>me</sup> Galvão Teles limitera ses observations aux projets de conclusion pour lesquels le Rapporteur spécial a proposé des modifications. La principale préoccupation qui sous-tend son analyse générale est que les conclusions ne doivent pas être trop rigides, comme l'écrit le Rapporteur spécial au paragraphe 20 de son rapport et pour les trois raisons qu'il invoque. Une autre préoccupation essentielle, évoquée par le Rapporteur spécial au paragraphe 21 de son rapport, concerne la valeur de la pratique des organisations internationales, qui doit être dûment prise en considération dans le projet de conclusions.

Le projet de conclusion 4 est l'un des projets présentés dans le rapport qui mérite le plus d'attention, eu égard en particulier à la référence à la pratique des organisations internationales, au paragraphe 2, et à la place de cette référence dans le projet de conclusion, lequel concerne principalement la pratique des États (par. 1) mais renvoie également à la conduite d'autres acteurs (par. 3). M<sup>me</sup> Galvão Teles fera essentiellement porter ses observations sur les paragraphes 1 et 2.

L'objectif du projet de conclusion tel que révisé est de mettre en évidence le rôle prépondérant des États

et le rôle complémentaire des organisations internationales et d'autres acteurs dans la formation du droit international coutumier. Or, les paragraphes 1 et 2 semblent renvoyer une image assez limitée, voire réductrice, du rôle et de la place des organisations internationales dans ce contexte. Cet aspect a été mis en lumière et examiné dans un certain nombre d'articles de doctrine intéressants dans lesquels s'exprimaient des opinions divergentes sur les projets de conclusion avant leur adoption en première lecture. Traditionnellement, la théorie des sources du droit international repose presque exclusivement sur l'action ou le consentement des États, considérés comme les seuls intervenants dans le processus de formation des règles de droit international coutumier. Selon l'approche classique « des deux éléments », il faut qu'il existe une pratique générale (le plus souvent étatique), et que cette pratique soit acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), pour établir l'existence d'une règle du droit international coutumier. Étant donné que les États restent les principaux sujets de droit international et que les nouvelles règles qui feront leur apparition s'appliqueront principalement à eux, ce sont la pratique des États et l'*opinio juris* qui ont été considérées comme les facteurs déterminants.

Cependant, l'idée que d'autres acteurs internationaux, à savoir les organisations internationales, peuvent aussi jouer un rôle important en tant que législateur et contribuer au développement du droit international coutumier est de plus en plus largement admise. Elle ne suscite plus guère de controverse et il est courant que les listes des sources matérielles du droit international coutumier renvoient à la pratique d'organisations internationales et à des résolutions d'organes de l'Organisation des Nations Unies, notamment de l'Assemblée générale, portant sur des questions juridiques. Parallèlement à cette évolution, le fait que les organisations internationales sont liées par le droit international coutumier et sont responsables de faits internationalement illicites est de plus en plus reconnu. On peut donc avancer que les organisations internationales devraient participer à la formation des règles du droit international coutumier.

Comme il ressort de l'analyse détaillée faite par le Rapporteur spécial aux paragraphes 35 à 39 de son rapport, si les États sont généralement d'avis que les organisations internationales peuvent contribuer à la formation et à la détermination de règles coutumières, la portée exacte de cette contribution reste matière à débat. Les États sont divisés. Certains soutiennent que les organisations internationales peuvent, par leur propre pratique, contribuer de manière directe et indépendante à la formation du droit international coutumier ; d'autres

affirment que la pratique des organisations internationales n'a d'intérêt que dans la mesure où la pratique de leurs organes reflète et révèle la pratique et l'*opinio juris* de leurs États membres.

Si l'on admet que la pratique des organisations internationales peut contribuer en elle-même à la formation du droit international coutumier, la distinction doit être faite entre les deux ensembles de règles que cette pratique est susceptible de mettre en évidence : d'une part, les règles qui s'appliquent surtout aux organisations internationales, comme celles qui régissent les relations entre les organisations internationales et entre les organisations internationales et les États, et, d'autre part, les règles qui s'appliquent à la fois aux organisations internationales et aux États, comme les règles de la responsabilité internationale, les règles du droit humanitaire relatives aux opérations de maintien de la paix et les règles consacrées par le droit des traités.

Quoi qu'il en soit, la conclusion générale semble être que la valeur de la pratique des organisations internationales doit encore être appréciée au cas par cas, en fonction des caractéristiques de l'organisation considérée, des pouvoirs qui lui sont conférés par les États et de la branche du droit international concernée. Les organisations internationales sont créées par les États mais, une fois établies, elles acquièrent leur propre personnalité juridique et se dotent de leur propre mode de fonctionnement. Il n'est donc guère judicieux de les considérer toutes comme de « simples agents des États ». Cela revient à sous-estimer le rôle joué par certaines entités dans la formation des règles du droit international coutumier et, partant, à diminuer leur personnalité juridique et leur capacité de définir les règles qui régiront leur conduite.

En dépit des diverses opinions exprimées par des États et des auteurs auxquelles fait référence le rapport, il est incontestable que les actes des organisations internationales peuvent être d'un grand intérêt lorsqu'il s'agit de déterminer une règle de droit international coutumier. Dans sa jurisprudence, la Cour internationale de Justice renvoie de manière répétée à des résolutions d'organisations internationales, dont celles du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale, pour déterminer telle ou telle règle de droit international coutumier. En l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, elle s'est fondée sur une longue suite de résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale pour établir l'existence de la pratique étatique et des activités militaires. En l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, elle a admis que

plusieurs résolutions de l'Assemblée générale avaient joué un rôle dans le développement de la règle de non-intervention et de non-agression. De même, il a souvent été fait mention de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire des traités multilatéraux.

La jurisprudence de la Cour internationale de Justice appuie également l'idée que la capacité des organisations internationales de contribuer à la création de règles du droit international coutumier peut découler d'un pouvoir implicite. Dans son avis consultatif sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la Cour a affirmé que l'Organisation des Nations Unies (ONU) possédait non seulement les pouvoirs expressément énoncés dans la Charte des Nations Unies mais aussi ceux qui, par une conséquence nécessaire, lui étaient conférés en tant qu'essentiels à l'exercice de ses fonctions. Dans certains cas, on pourrait dire qu'une organisation internationale est implicitement habilitée à contribuer à tel ou tel ensemble de règles du droit international coutumier en ce qu'elle est dans l'obligation de le faire pour servir les buts ayant présidé à sa création. De plus, dans son avis consultatif sur *l'Interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, la Cour a considéré que les clauses d'extinction contenues dans de nombreux accords de siège conclus entre des organisations internationales et des États membres, ainsi que les interactions entre les États et les organisations internationales, pouvaient démontrer l'existence d'une règle générale régissant les relations entre ces acteurs.

La plupart des États qui ont formulé des observations sur le projet de conclusions pensent que, dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue à la formation ou à l'expression de règles coutumières. Plusieurs États conviennent que le paragraphe 2 du projet de conclusion 4 et son commentaire devaient être précisés davantage, mais ils ne sont pas d'accord sur la manière dont le libellé du projet de conclusion devrait être modifié. Pour montrer la diversité des points de vue, M<sup>me</sup> Galvão Teles appelle l'attention sur certains des commentaires écrits qui ont été soumis à propos de cette question par l'Argentine, l'Australie, l'Autriche, les États-Unis, la Fédération de Russie, Israël, les Pays-Bas, Singapour et la Turquie (voir par. 37 à 39 du rapport). Certains États considèrent que le libellé actuel du paragraphe 2 est trop limité ou restrictif ; d'autres, que le paragraphe et le commentaire qui s'y rapporte sont d'une portée trop étendue ; un État rejette l'idée de toute contribution directe des organisations internationales à la formation du droit international coutumier.

Aux paragraphes 41 à 46 de son rapport, le Rapporteur spécial réexamine la question de la valeur de

la pratique des organisations internationales à la lumière des commentaires des États et des auteurs, et reconnaît que le projet de conclusion 4 et son commentaire pourraient être améliorés. S'il semble souscrire à l'idée que la capacité des organisations internationales de contribuer à la formation de règles coutumières devrait être mieux mise en évidence dans le projet de conclusions, les propositions de modification du projet de conclusion 4 et de son commentaire qu'il formule aux paragraphes 42 à 44 de son rapport ne permettent pas d'atteindre ce but. L'ajout de la forme verbale « peut » au paragraphe 2 et la suppression de l'adverbe « principalement » au paragraphe 1 ont, de fait, pour effet de souligner que la pratique des organisations internationales n'est guère pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence de règles du droit international coutumier et qu'elle devrait être considérée comme un élément secondaire. De plus, le libellé ainsi modifié ne permet pas de traduire l'idée qu'il faudrait toujours analyser la pratique des organisations internationales aux fins de la détermination de règles du droit international coutumier, a fortiori lorsque ces règles régissent les relations entre des États et des organisations internationales. De fait, le produit final des travaux de la Commission gagnerait à ce que le projet de conclusion 4 soit rédigé dans un style plus direct et moins ambigu et établisse clairement le rôle des organisations internationales, rendant inutile toute clarification dans le commentaire.

Le libellé initial du projet de conclusion 4 adopté en première lecture est plus satisfaisant à cet égard, comme le Rapporteur spécial semble le sous-entendre dans l'introduction de son rapport. Au paragraphe 1, il est indiqué que l'exigence d'une pratique générale renvoie « principalement » à la pratique des États et, au paragraphe 2, il est dit que la pratique des organisations internationales « contribue également » à la formation de règles du droit international coutumier. De plus, des éléments proposés pour le commentaire, à savoir la phrase visant à expliquer que « les références à la pratique (et à l'*opinio juris*) des États devraient être lues comme embrassant aussi, s'il y a lieu, la pratique (et l'*opinio juris*) des organisations internationales », pourraient être insérés dans le corps du texte.

Une autre solution, pour clarifier cette disposition, serait de faire expressément mention dans le commentaire de la dichotomie entre, d'une part, les règles qui régissent spécifiquement les interactions entre les organisations internationales et entre les États et les organisations internationales et, d'autre part, les règles qui régissent la conduite des États et des organisations internationales lorsqu'ils agissent dans les mêmes domaines. Il pourrait être utile de faire la

distinction entre les premières de ces règles, à la formation desquelles toutes les organisations internationales sont susceptibles de contribuer, et les secondes, à la formation desquelles seules quelques organisations internationales ont la capacité de contribuer, à savoir celles que les États ont dotées de pouvoirs exclusifs et celles, comme l'ONU, qui sont très actives sur le terrain.

En ce qui concerne le projet de conclusion 6 (Formes de pratique), M<sup>me</sup> Galvão Teles est consciente que c'est parce qu'il tient à maintenir une certaine souplesse dans le libellé que le Rapporteur spécial a modifié le paragraphe 1 de manière à faire référence à une « inaction délibérée », mais elle préfère le libellé précédent, car l'explication donnée dans le commentaire du projet de conclusion adopté en première lecture suffit à définir les circonstances dans lesquelles l'inaction peut constituer une pratique.

En ce qui concerne le projet de conclusion 7 (Appréciation de la pratique d'un État), M<sup>me</sup> Galvão Teles accueille favorablement la proposition d'ajouter au paragraphe 2 la formule « selon les circonstances » après la forme verbale « peut », pour les raisons invoquées par le Rapporteur spécial aux paragraphes 60 à 62 de son rapport. Ces raisons devront être définies et précisées dans le commentaire. Le fait de reconnaître qu'il faut déterminer, selon les circonstances, s'il convient de réduire ou non le poids à accorder à la pratique d'un État lorsque celle-ci varie apporte beaucoup de souplesse au projet.

En ce qui concerne le projet de conclusion 8, la proposition visant à remplacer l'adjectif « constante » par l'expression « pratiquement uniforme » pour caractériser une pratique générale établit un seuil d'exigence trop élevé et incompatible avec le degré de souplesse qui devrait être ménagé dans les conclusions. Au paragraphe 67 de son rapport, le Rapporteur spécial rappelle que la Cour internationale de Justice a aussi usé d'autres qualificatifs tels que « constante », « très large et représentative », « importante et bien établie », « uniforme et largement répandue » ou « constante et uniforme ». M<sup>me</sup> Galvão Teles préférerait par conséquent que l'adjectif « constante » soit conservé au paragraphe 1.

En ce qui concerne le projet de conclusion 12, le nouveau libellé proposé pour le paragraphe 2 donne une image trop restrictive du rôle des organisations internationales dans la création de règles du droit international coutumier, pour les mêmes raisons que celles invoquées au sujet du paragraphe 2 du projet de conclusion 4. La formule « selon les circonstances »,

qu'il est proposé d'ajouter après la forme verbale « peut », semble inutile et excessivement restrictive.

En ce qui concerne le projet de conclusion 15, M<sup>me</sup> Galvão Teles accueille favorablement l'ajout du paragraphe 3 proposé, qui contient une clause « sans préjudice » relative au *jus cogens*. Ce paragraphe est parfaitement en accord avec la relation qui doit être établie entre le droit international coutumier et les normes impératives du droit international général, et tient compte des précédents travaux de la Commission sur le sujet.

Enfin, en ce qui concerne le projet de conclusion 16, M<sup>me</sup> Galvão Teles est favorable à l'insertion au paragraphe 2 de la formule « entre eux », qui aide à clarifier le sens de la disposition. En conclusion, elle est d'accord pour que tous les projets de conclusion proposés soient renvoyés au Comité de rédaction pour examen à la lumière du débat tenu en séance plénière. Elle souscrit aux recommandations faites par le Rapporteur spécial aux paragraphes 127 à 129 de son rapport quant à la forme finale des travaux de la Commission.

**M. Aureescu** tient à remercier le Rapporteur spécial de son rapport et de la présentation très complète qu'il en a faite oralement, ainsi que de l'attention qu'il a prêtée à pratiquement toutes les observations que les États lui ont soumises par écrit sur le projet de conclusions et les commentaires adoptés en première lecture. Il estime, comme le Rapporteur spécial au paragraphe 27 de son rapport, que l'ajout d'une disposition relative à la relation entre le droit international coutumier et d'autres sources du droit international, proposé par plusieurs États, n'est pas nécessaire. Il considère que les trois premiers projets de conclusion n'appellent aucune modification.

En ce qui concerne le projet de conclusion 4 et la pertinence du rôle des organisations internationales dans la détermination du droit international coutumier, M. Aureescu admet que la pratique de ces organisations a une importance croissante, mais pense lui aussi que ce sont les États qui investissent les organisations internationales d'un tel rôle, au moment où ils les mettent en place et leur confèrent des pouvoirs. Comme l'affirme la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, « [les organisations internationales] sont dotées par les États qui les créent de compétence d'attribution dont les limites sont fonction des intérêts communs que ceux-ci leur donnent pour mission de promouvoir ». Il est donc important de reconnaître aux organisations internationales un plus grand rôle dans la détermination

du droit international coutumier. De plus, même si les États n'ont plus l'exclusivité en la matière, ils conservent le rôle principal ou central dans la création du droit international coutumier. En conséquence, M. Aurescu ne peut appuyer la proposition du Rapporteur spécial visant à supprimer l'adverbe « principalement » au paragraphe 1. En revanche, il juge acceptable la proposition de modification du paragraphe 2.

En ce qui concerne le projet de conclusion 6, M. Aurescu souscrit aux modifications que le Rapporteur spécial propose d'apporter à la seconde phrase du paragraphe 1 afin de refléter la nécessité d'examiner tout acte d'un État pour déterminer s'il constitue une pratique pertinente. L'ajout de la forme verbale « peut » est donc approprié dans cette phrase. Pour ce qui est de l'inaction en tant que forme de pratique, M. Aurescu partage pleinement l'avis du Rapporteur spécial, qui propose de supprimer la formule « [e]lle peut, dans certaines circonstances, comprendre », d'adjoindre l'adjectif « délibérée » à « inaction » dans cette phrase, et de clarifier ce point dans les commentaires à l'aide d'exemples de la pratique des États et de la jurisprudence. S'il est exact qu'une conduite explicite n'est pas la seule forme de conduite susceptible de constituer une forme de pratique pertinente pour la formation du droit international coutumier, cela ne signifie pas que toute forme d'inaction peut constituer une pratique pertinente. L'inaction ne peut être considérée comme un élément constitutif du droit international coutumier que lorsqu'elle résulte d'une prise de conscience par l'État de son devoir de ne pas agir, comme il ressort de l'arrêt de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire du « *Lotus* ». En conséquence, l'inaction doit dépasser la simple omission ; elle doit procéder de la conviction qu'a l'État qu'il ne doit pas agir. Pour ce qui est du paragraphe 3, son libellé ne devrait pas être modifié.

En ce qui concerne le projet de conclusion 7, sur l'appréciation de la pratique d'un État dans les cas où cette pratique peut varier ou être hétérogène, M. Aurescu approuve la proposition de modification du paragraphe 2, mais pense que la Commission devrait expliquer plus clairement dans le commentaire à partir de quel degré cette hétérogénéité commence à peser dans l'analyse de la pratique étatique, compte tenu de l'arrêt en l'*Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, dans lequel la Cour internationale de Justice estime qu'« il n'y a pas lieu d'attacher trop d'importance aux quelques incertitudes ou contradictions » dans la pratique de l'État en cause.

En ce qui concerne le projet de conclusion 8, M. Aurescu est d'accord avec le Rapporteur spécial, qui propose de remplacer l'adjectif « constante » par l'expression « pratiquement uniforme », bien qu'il préfère les expressions « presque uniforme » ou « pratiquement uniforme ». Compte tenu du dynamisme des relations internationales actuelles et de l'accélération du rythme de la pratique qui en découle, il pourrait être judicieux de mentionner dans le paragraphe 2, non seulement la durée de la pratique en question, mais aussi sa fréquence. M. Aurescu invite le Rapporteur spécial à envisager d'ajouter la formule « surtout lorsque la fréquence de la pratique est élevée » à la fin de la phrase et de l'expliciter dans le commentaire.

En ce qui concerne le projet de conclusion 9, M. Aurescu souscrit aux observations du Rapporteur spécial sur l'importance de l'expression latine *opinio juris sive necessitatis*, formulées au paragraphe 75 du rapport, et en particulier à l'idée que « [l]a pratique motivée uniquement par des considérations de nécessité politique, économique ou morale ne peut guère contribuer au droit international coutumier, du moins s'agissant de sa détermination (par opposition, peut-être, à son développement initial) ». Il pense que le texte du projet de conclusion ne devrait pas être modifié.

En ce qui concerne le projet de conclusion 10 [Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)] et la valeur de l'inaction visée au paragraphe 3, M. Aurescu dit que, si la pratique en tant que telle peut être la preuve de l'acceptation comme étant le droit (ou *opinio juris*), il convient de faire la différence entre les cas où l'absence de réaction de l'État peut attester l'acceptation comme étant le droit, lorsque l'État décide de ne pas agir parce qu'il considère en avoir l'« obligation juridique », et les cas où un État estime simplement qu'il n'est pas nécessaire de réagir dans une situation donnée. L'inaction ne peut pas toujours valoir pratique étatique et peut aussi avoir des conséquences juridiques autres que la formation du droit international coutumier, telles que l'estoppel. Le membre de phrase « lorsque [...] les circonstances appelaient une réaction » devrait être clarifié en ce sens. Les États doivent avoir connaissance de la pratique en question et l'inaction doit durer suffisamment longtemps. Le texte du paragraphe 3 serait plus clair si l'on ajoutait le qualificatif « délibérée » ou « intentionnelle » au début de la phrase. Parallèlement, M. Aurescu souscrit à la proposition que fait le Rapporteur spécial, au paragraphe 83 de son rapport, de préciser dans le commentaire que le projet de conclusion 10 s'applique *mutatis mutandis* aux organisations internationales, car celles-ci peuvent être à l'origine des formes de preuves énumérées.

En ce qui concerne le projet de conclusion 11 (Traités), M. Aurescu convient avec le Rapporteur spécial qu'aucun changement n'est nécessaire. En ce qui concerne le projet de conclusion 12, il est favorable à la modification proposée par le Rapporteur spécial, car il pense lui aussi que toutes les résolutions ne peuvent pas fournir des éléments de preuve pour la détermination du droit international coutumier ou contribuer au développement de ce droit.

En ce qui concerne le projet de conclusion 13 (Décisions de juridictions), M. Aurescu estime qu'aucune distinction ne devrait être faite entre les décisions des juridictions nationales et celles des juridictions internationales, pour ce qui est de leur importance. Puisque le Statut de la Cour internationale de Justice ne fait pas de distinction entre les décisions de ces juridictions, les désignant au paragraphe 1 d) de l'Article 38 sous le vocable de « décisions judiciaires », la Commission ne devrait pas en faire non plus. Le texte n'a pas besoin d'être modifié. En ce qui concerne le projet de conclusion 14 (Doctrine), M. Aurescu est d'accord avec le Rapporteur spécial, qui propose que le commentaire du projet de conclusion renvoie au commentaire général sur le rôle de la Commission dans la détermination du droit international coutumier.

En ce qui concerne le projet de conclusion 15, pour éviter une utilisation abusive de la règle de l'objecteur persistant, il devrait être souligné au paragraphe 2 que l'objection devrait non seulement être exprimée clairement, mais aussi être maintenue ou réitérée « pendant un temps suffisant ». Le nouveau paragraphe 3 proposé par le Rapporteur spécial va dans le bon sens, mais son libellé est plutôt vague. Il devrait être reformulé de manière à bien rendre l'idée que la conclusion n'est pas applicable aux règles qui ont un caractère impératif (*jus cogens*) ou aux obligations *erga omnes*. De plus, la différence entre les cas où une règle du droit international coutumier existe mais n'est pas contraignante pour un ou plusieurs États qui s'y sont opposés de manière persistante, et les cas où un certain nombre d'« objections persistantes » sont à l'origine d'un manque d'uniformité de la pratique devrait être expliquée dans le commentaire du projet de conclusion. Le libellé actuel des paragraphes 2 et 3 du commentaire manque quelque peu de cohérence à cet égard. Il faut rappeler que, dans l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* comme dans l'*Affaire des pêcheries*, l'argument de l'objecteur persistant était postérieur à celui de l'inexistence de la règle du droit international coutumier en cause.

En ce qui concerne le projet de conclusion 16, M. Aurescu souscrit à la proposition du Rapporteur spécial d'ajouter les mots « entre eux » après « *opinio*

*juris* » au paragraphe 2, de manière à bien faire comprendre que les règles du droit international coutumier particulier ne créent pas d'obligations pour les États tiers. En revanche, il estime que l'adjectif « générale » employé dans ce paragraphe, dans le contexte du droit international coutumier particulier, peut induire en erreur, du moins certains lecteurs. M. Aurescu connaît et approuve le sens de l'expression « pratique générale » dans le contexte du droit international coutumier, notamment tel qu'il est expliqué par le Rapporteur spécial aux paragraphes 66 et 67 de son rapport. Cependant, au paragraphe 1 du projet de conclusion 8, la Commission elle-même dit que « [l]a pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que pratiquement uniforme ». L'expression « suffisamment répandue et représentative » peut laisser supposer qu'il s'agit d'une pratique en usage dans un nombre d'États relativement élevé, par opposition au « nombre limité d'États » mentionné au paragraphe 1 du projet de conclusion 16. Une règle de droit international coutumier particulier ne se fonde en aucun cas sur une pratique étendue. Il est donc préférable d'utiliser une autre formule dans le contexte du droit international coutumier particulier, par exemple, les adjectifs « constante » ou « établie et substantielle », qui figurent dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice.

En conclusion, M. Aurescu remercie le secrétariat pour son étude très utile sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier. Il appuie les propositions du Rapporteur spécial visant à présenter les travaux de la Commission sous la forme finale de conclusions ainsi que les recommandations que celui-ci a faites à l'Assemblée générale à la fin de son rapport.

**M. Nguyen** exprime sa profonde gratitude au Rapporteur spécial pour les efforts considérables qu'il a consacrés à l'élaboration de son rapport et pour ses compétences, ses conseils et son esprit de coopération, qui ont beaucoup facilité les travaux de la Commission sur le sujet à l'examen. Le rapport rend bien compte de l'intérêt accordé à ce sujet par les États, les organisations internationales et les praticiens du monde entier et reflète leurs observations et leurs mises en garde, ainsi que les vues exprimées en retour par le Rapporteur spécial. La large participation des États aux débats de la Sixième Commission est une autre preuve de l'intérêt suscité par le sujet.

Aux projets de conclusion, qui sont concis, homogènes et facilement compréhensibles, le Rapporteur spécial a su adjoindre des commentaires qui présentent une analyse approfondie et détaillée de la

pratique des États et des organisations internationales. Il en résulte un excellent guide pratique qui fera autorité, qui concilie rigueur et souplesse dans son examen de l'état actuel du droit international coutumier et qui aidera les représentants de l'État et les praticiens à gérer une des zones grises du droit international. Le résultat des travaux de la Commission sur le sujet contribue à clarifier le paragraphe 1 b) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui est une source du droit international universellement reconnue.

Les projets de conclusions 1 à 3 définissent avec précision la teneur et l'objectif de l'approche « des deux éléments » employée aux fins de la détermination d'une règle du droit international coutumier. Ils n'appellent aucune modification ; en revanche, les commentaires qui s'y rapportent devraient insister davantage sur la circonspection dont les États doivent faire preuve dans la détermination de telles règles.

En ce qui concerne le projet de conclusion 4 et, en particulier, son paragraphe 2, M. Nguyen rappelle l'analyse faite par le Rapporteur spécial au paragraphe 77 de son troisième rapport (A/CN.4/682) :

C'est lorsque les États ont attribué leurs compétences aux organisations internationales que leur participation à la formation et à l'identification des règles du droit international coutumier est la plus claire. Lorsque, comme dans le cas de l'Union européenne, l'organisation internationale remplace ses États membres en tout ou en partie dans les relations internationales, sa pratique peut être pertinente dans des domaines plus vastes que les seules questions juridiques touchant directement à sa participation aux relations internationales. Pour l'essentiel, cette pratique peut être assimilée à celle des États.

Il reste que, tout comme la pratique des États, la pratique des organisations internationales doit être générale – autrement dit, répandue, universelle, représentative et uniforme, au sens du projet de conclusion 8 – pour pouvoir être considérée comme un élément constitutif du droit international coutumier. La pratique de l'Union européenne ne concerne que certains États d'Europe, ce qui rend difficile son acceptation comme étant le droit par des États non européens. De plus, la pratique de toutes les organisations internationales ne doit pas être appréciée de la même façon. La contribution d'une organisation universelle telle que l'ONU a plus de poids dans l'expression ou la création d'une règle du droit international coutumier que celle d'une organisation non universelle. L'ONU s'acquiesce de son mandat sous le contrôle de ses États Membres, exercé par vote, et sa

pratique est généralement le reflet ou l'expression de règles existantes du droit international coutumier. Dans certaines circonstances, quelques-unes, mais non la totalité, des pratiques des organisations internationales peuvent contribuer à la formation du droit international coutumier, mais cette contribution doit être appréciée à la lumière d'autres facteurs.

Le paragraphe 2 du projet de conclusion 4 doit donc tenir compte des préoccupations de certains États, qui estiment que la contribution de la pratique des organisations internationales à l'expression et la formation de règles du droit international coutumier est entendue dans un sens trop large, et qu'il faudrait poser des limites. Si les organisations internationales ont le droit de contribuer à l'expression ou à la création d'une règle du droit international coutumier, les États-Unis, Israël, Singapour et d'autres pensent que ce droit devrait être limité à des cas spécifiques et subordonné à des exigences particulières. L'expression « [d]ans certains cas » employée au début du paragraphe est encore trop vague pour résoudre le problème. Le remplacement de « certains » par « limités », proposé par Singapour, est une bonne solution.

M. Nguyen comprend que le Rapporteur spécial entend appeler à la prudence lorsque, au paragraphe 46 de son rapport, il propose d'ajouter la forme verbale « peut » avant « également » au paragraphe 2, mais le libellé obtenu risque d'être interprété comme signifiant que les pratiques de toutes les organisations internationales contribuent de manière équivalente à l'expression et à la création de règles du droit international coutumier, alors que ce n'est pas le cas. L'expression d'une règle du droit international coutumier est quelque chose de régulier et de permanent, mais la création d'une telle règle est un processus rare et de longue durée. Le libellé proposé peut aussi être compris comme sous-entendant que la contribution des organisations internationales à l'expression ou à la création de règles du droit international coutumier est inconstante ou doit être évaluée au cas par cas. S'il était décidé de remplacer « dans certains cas » par « dans des cas limités », il serait bon d'omettre la forme verbale « peut », car l'adjectif « limités » invite déjà à la prudence requise.

En ce qui concerne le projet de conclusion 6, l'énumération des formes de pratique étatique, au paragraphe 2, devrait être alignée sur les dispositions du projet de conclusion 5 (Comportement de l'État en tant que pratique de l'État) et du paragraphe 2 du projet de conclusion 10. Il n'y a pas de hiérarchie prédéterminée entre ces formes de pratique, qui englobent des actes législatifs, administratifs et judiciaires et le comportement des États dans le cadre d'organisations



internationales. En revanche, il existe à l'intérieur de chaque forme de pratique une hiérarchie établie par le droit interne. Par exemple, une décision rendue par une juridiction supérieure dans un pays donné a plus de poids qu'une décision rendue par une juridiction inférieure, et devra donc être considérée en premier.

En ce qui concerne le projet de conclusion 8, M. Nguyen fait observer que les règles du droit international coutumier supposent une application universelle et pratiquement uniforme par les États. Pour qu'une règle du droit international coutumier soit reconnue par tous comme telle, elle doit faire l'objet d'une pratique abondante, répandue et représentative. La Commission devrait envisager d'employer au paragraphe 1 l'adjectif « universelle », suffisamment fort pour rendre superflue la question de savoir à quels critères quantitatifs la pratique des États doit satisfaire pour être prise en considération aux fins de la détermination ou de la création d'une règle du droit international coutumier et qui ne nécessite aucune prescription de durée particulière de cette pratique.

Au paragraphe 68 de son rapport, le Rapporteur spécial a utilisé le mot « généralité » dans ses explications sur l'emploi de l'adverbe « suffisamment » au paragraphe 1, indiquant que la nuance apportée par l'adverbe « suffisamment » pouvait jouer un rôle important pour ce qui est de préciser comment la généralité de la pratique devrait être appréciée dans une situation donnée. Or, il n'existe pas de définition d'une notion aussi vague que la généralité, dont la portée ou l'étendue exacte sont indéterminées. Par conséquent, il faudrait employer l'adjectif « universelle » plutôt que l'adverbe « suffisamment » au paragraphe 1. M. Nguyen souscrit à la proposition du Rapporteur spécial de remplacer, à la fin du paragraphe 1, l'adjectif « constante », qui dénote l'harmonie, la régularité ou la continuité, par la formule « pratiquement uniforme », qui signifie « presque totalement uniforme ».

En ce qui concerne le commentaire du projet de conclusion 8, la pratique des « États particulièrement intéressés », dont il est question au paragraphe 64 du rapport du Rapporteur spécial, devrait être prise en considération dans le cadre de la formation des règles du droit international coutumier, à la fois pour ses effets positifs et pour ses effets négatifs. La pratique des États particulièrement intéressés peut faire avancer ou freiner le processus de formation ou de détermination, comme l'a confirmé l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans les *Affaires du Plateau continental de la mer du Nord* à l'égard de la création du régime des zones économiques exclusives. Pour qu'une règle du droit international coutumier voie le jour, il doit exister une pratique générale et universelle, acceptée comme étant

le droit, dans laquelle s'inscrit la pratique des « États particulièrement intéressés », et cette pratique doit être acceptée par des États autres que ceux qui sont particulièrement intéressés. M. Nguyen pense comme le Rapporteur spécial que ce point devrait être clarifié dans le commentaire.

En ce qui concerne le projet de conclusion 10, l'expression « absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique », employée au paragraphe 3, devrait être expliquée de manière détaillée dans le commentaire. L'absence de réaction publique à une pratique peut englober la réaction d'un État durablement exprimée à titre confidentiel pour des raisons politiques, économiques ou d'autre nature, et l'inaction délibérée. Pour être aligné sur le paragraphe 1 du projet de conclusion 6, le paragraphe 3 du projet de conclusion 10 devrait porter uniquement sur l'inaction délibérée. Cette inaction doit être constante et suffisamment uniforme au fil du temps pour refléter l'*opinio juris*. Le temps de réaction des États est fonction des circonstances et des intérêts des États qui sont particulièrement intéressés et de ceux qui ne le sont pas, et peut varier selon qu'il s'agit de l'apparition d'une nouvelle règle ou de la violation d'une règle existante du droit internationale coutumier. M. Nguyen en veut pour exemples l'*Affaire des pêcheries* et la création du régime de la zone économique exclusive, pour lesquelles les temps de réaction ont été respectivement de soixante ans et de dix ans. Ce fait est pris en considération au paragraphe 2 du projet de conclusion 8, aux termes duquel « [i]l n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale ».

Dans le commentaire du projet de conclusion 10, la Commission devrait apporter des précisions sur l'expression « les circonstances [qui] appelaient une réaction », employée au paragraphe 3. Son souci de concision a conduit en effet à un texte sans grande valeur prescriptive, si bien que l'on ne sait pas exactement à quel point les circonstances doivent être graves pour qu'un État soit considéré comme n'étant pas en mesure de réagir ni quel devrait être le seuil minimal de gravité à appliquer. Les circonstances doivent expressément exiger – et non simplement appeler – une réaction. La Commission devrait donc envisager de reformuler le paragraphe 3 comme suit : « L'inaction délibérée et durable face à une pratique peut constituer, selon les circonstances, la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances exigeaient expressément une réaction. ».

En ce qui concerne le projet de conclusion 12, dans son commentaire, la Commission devrait envisager de présenter les résolutions de l'Assemblée générale

comme une catégorie à part et mettre l'accent sur celles qui contiennent surtout des considérations d'ordre juridique, par opposition aux considérations d'ordre politique, procédural ou autre. Au paragraphe 2, il serait préférable de remplacer les verbes « déterminer » ou « établir » par le verbe « exprimer », par souci de cohérence avec les autres projets de conclusion, notamment le projet de conclusion 4. Dans certaines circonstances, une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut fournir un élément de preuve pour exprimer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement.

En ce qui concerne le projet de conclusion 13, M. Nguyen propose d'ajouter l'adjectif « important » après « moyen auxiliaire » au paragraphe 1, car une distinction doit être faite entre les décisions des juridictions internationales et les décisions des juridictions nationales, compte tenu de leur importance relative dans la détermination de règles du droit international coutumier. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de règles du droit international coutumier constituent un moyen auxiliaire important de détermination desdites règles. Elles sont d'une plus grande valeur que les décisions des juridictions nationales, qui peuvent elles aussi constituer un moyen auxiliaire, mais qui ne peuvent pas être considérées comme importantes et ne sauraient être utilisées aux fins de la détermination de règles.

Cette modification mineure du texte du paragraphe 1 placerait les décisions des juridictions internationales au-dessus des décisions des juridictions nationales et de la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, mentionnés dans le projet de conclusion 14. Bien qu'il soit admis que ces deux derniers éléments sont des moyens auxiliaires de détermination de règles du droit international en général, et du droit international coutumier en particulier, la pratique judiciaire montre que les décisions des juridictions internationales sont souvent invoquées en premier lieu. En cela, elle semble assigner aux moyens auxiliaires la même position hiérarchique que celle définie au paragraphe 1 d) de l'Article 38 de la Cour internationale de Justice. De plus, ces moyens auxiliaires doivent être évalués parallèlement à la pratique des États et des organisations internationales ; ils ne peuvent être considérés comme établissant à eux seuls la preuve de l'expression d'une règle du droit international coutumier.

Au paragraphe 2, la formule « [u]ne attention peut être portée » sous-entend la nécessité d'agir avec précaution. Il convient de signaler que chaque juridiction nationale exprime son point de vue dans sa pratique. Il en découle que toutes les juridictions nationales n'apportent pas, par leurs décisions, la même contribution à la détermination de règles du droit international coutumier. Il est donc recommandé de procéder à une évaluation rigoureuse, au cas par cas. En conséquence, la formule « le cas échéant » devrait être remplacée par « selon les cas ».

Le projet de conclusion 14 est fidèle au libellé du paragraphe 1 d) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Cependant, les travaux des publicistes étant l'expression d'une volonté et d'une détermination individuelles, la prudence est de mise à l'égard de cette source. Puisque la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, tout comme les décisions des juridictions nationales, sont des moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international coutumier, le texte du paragraphe 2 du projet de conclusion 13 pourrait être inséré dans le projet de conclusion 14, et l'on obtiendrait le libellé suivant : « Une attention peut être portée, le cas échéant, à la doctrine, aux travaux des publicistes les plus qualifiés des différentes nations et aux décisions des juridictions nationales, à titre de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier. ».

En ce qui concerne le projet de conclusion 15, la relation entre la règle de l'objecteur persistant et l'« absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique », mentionnée au paragraphe 3 du projet de conclusion 10, devrait être clarifiée dans le commentaire, de même que les cas dans lesquels l'objecteur persistant cesse de réagir, car la fin d'une objection persistante doit être exprimée de façon claire et précise.

En ce qui concerne le projet de conclusion 16, lorsqu'il est question du droit international coutumier particulier, l'expression « pratique générale » employée au paragraphe 1 b) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice devrait être comprise comme la pratique générale particulière qui est en usage dans un nombre limité d'États, unis par une cause commune et par des intérêts dépassant leurs frontières géographiques, et qui est acceptée par eux comme étant le droit. M. Nguyen invite la Commission à réfléchir à la possibilité d'ajouter l'adjectif « particulière » après « pratique générale » au paragraphe 2, de manière à marquer la différence entre une règle du droit international coutumier général et une règle du droit international coutumier particulier. Enfin, il se dit

favorable au renvoi des projets de conclusion au Comité de rédaction pour réexamen des questions soulevées.

*La séance est levée à 12 h 20 pour permettre au Comité de rédaction sur les normes impératives du droit international général (jus cogens) de se réunir.*