

Provisoire

Réservé aux participants

4 janvier 2019

Français

Original : anglais

Commission du droit international
Soixante-dixième session (seconde partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3442^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le jeudi 2 août 2018, à 15 heures

Sommaire

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

Chapitre V. Détermination du droit international coutumier (suite)

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

GE.18-12916 (F) 030119 040119



* 1 8 1 2 9 1 6 *

Merci de recycler



Présents :

Président : M. Valencia-Ospina
Membres : M. Cissé
M^{me} Escobar Hernández
M^{me} Galvão Teles
M. Gómez-Robledo
M. Grossman Guiloff
M. Hassouna
M. Hmoud
M. Huang
M. Laraba
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
M. Wako
Sir Michael Wood
M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 15 heures.

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

Chapitre V. Détermination du droit international coutumier (suite) (A/CN.4/L.918 et A/CN.4/L.918/Add.1)

Le Président invite la Commission à reprendre l'examen de la partie du chapitre V publiée sous la cote A/CN.4/L.918/Add.1.

Commentaire de la conclusion 6 (Formes de pratique)

Paragraphe 1)

Le paragraphe 1) est adopté.

Paragraphe 2)

M. Tladi propose de remplacer les mots « peut constituer » qui figurent dans la deuxième phrase par les mots « constitue bien », car un acte peut être considéré comme une pratique dès lors qu'il a été identifié comme un comportement verbal.

M. Murphy dit qu'en plusieurs endroits du projet de conclusions, une distinction est faite entre l'*opinio juris* et la pratique en ce qui concerne ce que les États « disent ». Pour cette raison, il n'est pas certain que l'on puisse dire qu'un comportement verbal constitue toujours une pratique.

M. Nolte dit qu'il est enclin à être d'accord avec M. Murphy. Un comportement verbal constitue une pratique au sens du droit international coutumier dans certains cas mais non dans tous. Il serait donc plus prudent de conserver le texte actuel.

M. Tladi dit qu'il ne partage pas l'opinion de M. Nolte. Il aimerait qu'on lui donne un exemple de comportement verbal qui n'a pas été considéré comme une pratique. Un comportement verbal ne contribue certes pas à la formation du droit international coutumier dans tous les cas, mais les autres formes de pratique non plus.

M. Rajput dit que le libellé actuel est préférable. L'emploi du verbe « peut » indique que la Commission ne donne pas une liste exhaustive de ce qui constitue une pratique.

M. Saboia dit que la proposition de M. Tladi n'est pas sans intérêt. La dernière phrase du paragraphe indique que la pratique peut parfois consister exclusivement en des actes verbaux.

M. Hmoud propose, à titre de solution, d'insérer le mot « aussi » après le verbe « peut ».

M. Grossman Guiloff dit qu'il considère que la distinction faite dans le paragraphe à l'examen entre ce que les États « font » et ce qu'ils « disent » est problématique car on voit mal sur quoi elle repose. Aussi bien ce qu'un État « fait » que ce qu'il « dit » peut assurément constituer une pratique. Il rappelle à cet égard le rôle important des déclarations unilatérales des États dans la formation des normes internationales.

M. Nolte dit qu'il peut accepter la proposition de M. Hmoud. S'agissant de l'observation de M. Grossman Guiloff, on peut effectivement faire valoir que « faire » et « dire » s'inscrivent dans un continuum, et la théorie des « actes verbaux » efface la distinction entre l'un et l'autre. Il demeure néanmoins nécessaire dans le cadre du sujet de distinguer entre les actes verbaux qui sont sérieux et ceux qui ne le sont pas et, pour cette raison, il convient de conserver le verbe « peut ».

M. Grossman Guiloff dit que c'est l'existence de l'*opinio juris* correspondante qui déterminera si tel ou tel comportement verbal constitue une pratique. Les actes verbaux qui ne sont pas sérieux ne reflètent généralement pas une *opinio juris*. Une telle indécision en ce qui concerne les comportements verbaux ne repose sur aucune base juridique ou théorique. M. Grossman Guiloff dit que sans vouloir insister sur ce point, il souhaite néanmoins qu'il soit pris note de son opinion, à savoir qu'un comportement verbal écrit est lui-même une forme de « fait ». Quoi qu'il en soit, le texte actuel a été rédigé avec soin.

M. Tladi dit que substituer les mots « constitue bien » aux mots « peut constituer » comme il le propose ne donnerait pas l'impression que la Commission donne une liste exhaustive de ce qui constitue une pratique. Les observations de M. Nolte confirment que la Commission établit effectivement une hiérarchie entre les diverses formes de comportement. La proposition de M. Hmoud ne répond pas à ses préoccupations.

Sir Michael Wood (Rapporteur spécial) dit que le projet de conclusion 6 figure dans la section consacrée à la pratique générale et non dans celle consacrée à l'*opinio juris*. Il constitue une réponse à ce qu'affirmait jadis la doctrine, à savoir que seuls les actes matériels constituent une pratique. La Commission affirme que les actes verbaux peuvent également constituer une pratique. Toutefois, toutes les déclarations ne constituent pas une pratique aux fins de la détermination du droit international coutumier. Le Rapporteur spécial dit que, pour cette raison, il appuie la proposition de M. Hmoud.

M. Grossman Guiloff fait observer que tout ce qu'un État « fait » ne constitue pas non plus une pratique.

Le paragraphe 2), ainsi modifié par M. Hmoud, est adopté.

Paragraphe 3)

M. Nolte dit, en ce qui concerne la première partie de la deuxième phrase, qu'au lieu de l'adjectif « délibérée » c'est l'adjectif « consciente » qui devrait être utilisé, car il établit un critère moins rigoureux s'agissant de prouver l'existence d'une règle du droit international coutumier. Pour éviter un long débat sur la question et afin de parvenir à une solution de compromis acceptable pour tous les membres, il propose que la Commission utilise ces deux adjectifs de manière interchangeable et insère le mot « consciente » entre parenthèses immédiatement après la première occurrence du mot « délibérée ». Les deux adjectifs sont déjà utilisés dans la partie de la phrase qui suit les deux points. M. Nolte rappelle que la Commission a décidé de ne pas utiliser l'adjectif « délibérée » dans le texte du projet de conclusions lui-même.

M. Rajput fait observer que le sens que la Commission attribue à l'adjectif « délibérée » est expliqué dans la partie de la deuxième phrase qui suit les deux points.

M. Saboia dit qu'il appuie la proposition de M. Nolte, qui constitue un bon compromis. Il rappelle qu'il a déjà fait des observations sur le mot « délibérée » lors du débat en plénière.

M. Tladi dit qu'il est d'accord avec M. Rajput. Il a un souvenir différent des débats tenus en plénière et au Comité de rédaction : il lui semble que la plupart des membres de la Commission ont exprimé une préférence marquée pour le mot « délibérée ». De plus, comme il a été rappelé dans le cadre du Groupe de travail sur les méthodes de travail, il importe que la Commission accorde une attention particulière aux vues des États. Dans leurs observations écrites sur le sujet, ceux-ci ont clairement indiqué que la Commission devait exprimer l'idée qu'une action devait être délibérée pour être considérée comme une pratique. M. Tladi dit que pour cette raison, il appuie le texte actuel.

M. Reinisch dit qu'il souscrit à la proposition de compromis de M. Nolte. La Commission a longuement débattu de l'emploi du mot « délibérée ». Il lui semble se souvenir que la décision de ne pas utiliser ce mot a elle-même été délibérée, et pas seulement consciente.

M. Park dit que pour autant qu'il s'en souvienne, certains États ont insisté pour que l'adjectif « délibérée » soit inséré après le mot « inaction ». La question de savoir comment déterminer si dans un cas particulier l'inaction a été délibérée ou non a été examinée en plénière et au Comité de rédaction. Retenir la proposition de M. Nolte créerait une confusion.

M. Murphy dit que la Commission a débattu assez longuement de l'emploi de l'adjectif « délibérée ». Cet adjectif remplit une fonction importante, à savoir indiquer que toute inaction ne constitue pas une pratique. M. Murphy n'est pas convaincu de l'argument de M. Nolte relatif à la preuve. Que la Commission utilise l'adjectif « délibérée » ou l'adjectif « consciente », elle indique toujours qu'un certain critère doit être satisfait à cet

égard. De plus, si la proposition de M. Nolte repose sur une distinction entre ces deux adjectifs, il ne voit pas de raison de les présenter comme synonymes. Pour M. Murphy, le texte actuel reflète clairement la position de la Commission.

M^{me} Oral dit qu'il n'y a guère de différence de sens entre les adjectifs « délibérée » et « consciente ». De plus, ils sont déjà tous deux utilisés dans le texte anglais du paragraphe à l'examen. Le libellé actuel devrait être conservé.

M. Rajput dit que l'observation de M. Park fait écho à la déclaration faite en 2018 par le Président du Comité de rédaction. De fait, la partie de la deuxième phrase qui suit les deux points reflète les termes utilisés à cette occasion par le Président du Comité de rédaction. Il conviendrait donc de conserver le libellé actuel du paragraphe.

Sir Michael Wood (Rapporteur spécial) dit que pour les raisons exposées par d'autres membres de la Commission, il préférerait conserver le texte actuel.

Le paragraphe 3) est adopté.

Paragraphes 4) et 5)

Les paragraphes 4) et 5) sont adoptés.

Paragraphe 6)

M. Tladi propose de renforcer le libellé de la seconde partie de la première phrase en remplaçant les mots « ne seront probablement pas considérées comme pertinentes » par les mots « ne doivent pas être prises en compte ».

Sir Michael Wood (Rapporteur spécial) dit que bien qu'il soit prêt à accepter les propositions visant à renforcer le libellé de la première phrase, la formulation proposée par M. Tladi a un caractère trop absolu. Pour citer l'exemple de l'Angleterre, si une décision de la Haute Cour a été infirmée par une décision de la Cour d'appel et que cette dernière décision a à son tour été infirmée par la Cour suprême, il est possible que la décision initiale de la Haute Cour demeure pertinente. Le Rapporteur spécial propose donc une autre solution, moins absolue, consistant à remplacer les mots « ne seront probablement pas considérées comme pertinentes » par les mots « ne sont généralement pas considérées comme pertinentes ».

M. Nolte dit qu'une autre solution consisterait à insérer le mot « très » avant le mot « probablement ».

M. Tladi dit qu'il préfère le libellé proposé par le Rapporteur spécial.

Le paragraphe 6), ainsi modifié par le Rapporteur spécial, est adopté.

Paragraphes 7) et 8)

Les paragraphes 7) et 8) sont adoptés.

Le commentaire de la conclusion 6, tel que modifié, est adopté dans son ensemble.

Commentaire de la conclusion 7 (Appréciation de la pratique d'un État)

Paragraphes 1) à 3)

Les paragraphes 1) à 3) sont adoptés.

Paragraphe 4)

Sir Michael Wood (Rapporteur spécial) propose de remplacer les mots « the "general practice" element » par les mots « a general practice » dans le texte anglais.

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

Paragraphe 5)

Sir Michael Wood (Rapporteur spécial) propose de remplacer les mots « De même, par exemple » par les mots « Par conséquent » au début de la troisième phrase.

Le paragraphe 5), ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire de la conclusion 7, tel que modifié, est adopté dans son ensemble.

*Commentaire de la conclusion 8 (La pratique doit être générale)**Paragraphe 1)*

Le paragraphe 1) est adopté.

Paragraphe 2)

M. Park dit que le sens du mot « chronologie » qui figure dans la deuxième phrase de la note de bas de page 51 n'est pas clair ; il se demande si le remplacer par le mot « durée » ne clarifierait pas le sens de cette phrase.

Sir Michael Wood (Rapporteur spécial) dit que la deuxième phrase de la note 51 ne vise pas la durée de la pratique non conforme mais le moment où elle est intervenue. Pour que cela soit bien clair, il propose de modifier cette phrase comme suit : « Il pourrait aussi être utile de tenir compte du moment auquel la pratique non conforme s'est produite, en particulier du point de savoir si la pratique en question appartient au passé et si, depuis lors, la constance prévaut. ».

M. Murphy propose de remplacer le mot « élevé » qui figure dans la deuxième phrase du paragraphe par le mot « répandu », pour reprendre le terme utilisé dans le projet de conclusion.

M^{me} Lehto dit que le mot « élevé » qualifie le nombre d'États, qui ne peut être « répandu ».

M. Murphy propose, compte tenu de l'observation de M^{me} Lehto, de remanier la deuxième phrase du paragraphe comme suit : « Tout d'abord, la pratique doit être suffisamment répandue et représentative ». La troisième phrase devrait en conséquence être remaniée comme suit, ce qui en alignerait le libellé sur celui du projet de conclusion : « Ensuite, elle doit révéler de la constance ».

Le paragraphe 2), ainsi modifié par le Rapporteur spécial et M. Murphy, est adopté.

Paragraphe 3)

M. Murphy dit que l'exemple des « canaux internationaux » a été inclus dans la deuxième phrase pour illustrer un type de pratique qui n'est peut-être pas répandue, puisque tous les États n'utilisent pas des canaux internationaux. L'idée qui sous-tend cet exemple est que le droit international coutumier régit les canaux interocéaniques, comme les canaux de Suez, de Panama et de Kiel, bien que cette idée puisse ne pas coïncider avec la manière dont les États riverains des canaux conçoivent les régimes applicables à ceux-ci. La substitution du mot « détroits » au mot « canaux » illustrerait peut-être l'argument de la Commission de manière plus pertinente dans le cadre du sujet. Une telle modification devrait s'accompagner de la suppression des mots « qui sont très peu nombreux », puisqu'il y a de nombreux détroits internationaux.

Sir Michael Wood (Rapporteur spécial) dit que, bien que l'exemple des canaux internationaux soit un bon exemple, il comprend qu'il risque de porter à croire que le passage par ces canaux est régi par le droit international coutumier, ce qui n'est probablement pas le cas. Il ne s'oppose pas au remplacement du mot « canaux » par le mot « détroits » ni à la suppression des mots « qui sont très peu nombreux ». Il propose de remplacer les mots « sera nécessairement » qui figurent à la fin de la phrase par les mots « pourra très bien être », qui correspondent mieux à l'exemple donné.

M. Saboia dit que, bien que la proposition de M. Murphy de remplacer le mot « canaux » par le mot « détroits » repose apparemment sur le fait que les canaux internationaux sont régis par des traités, rien n'empêche l'application du droit international coutumier aux États qui ne sont pas parties à ces traités mais participent d'une manière ou d'une autre à la pratique concernée. Il ne voit donc aucune raison de supprimer le mot « canaux » et propose de viser à la fois les canaux et les détroits dans la phrase à l'examen.

M^{me} Oral demande si les mots « canaux internationaux » figurant dans la deuxième phrase ne renvoient qu'à la pratique des États riverains ou également à celle des utilisateurs des détroits ou canaux internationaux. S'ils renvoient à cette dernière, ils visent la pratique d'un plus grand nombre d'États.

M. Nolte dit qu'à sa connaissance le statut international des canaux est établi par des traités conclus entre un nombre limité d'États mais que ces traités contiennent parfois une clause indiquant que le canal concerné doit être ouvert aux navires de tous les autres États. Les autres États qui utilisent ces canaux le font donc dans l'exercice d'un droit que le traité leur a conféré, et non en application de règles du droit international coutumier. M. Nolte dit qu'il partage donc la préoccupation exprimée à cet égard par M. Murphy : il ne faut pas que le paragraphe 3) porte à croire que les canaux internationaux sont régis par le droit international coutumier.

Sir Michael Wood (Rapporteur spécial) dit qu'il est conscient de la difficulté que soulève la mention des « canaux internationaux » de même que des difficultés que soulèverait la mention des « détroits internationaux ». Peut-être la meilleure solution consisterait-elle en l'espèce à ne pas donner d'exemple. Il propose donc de reformuler la deuxième phrase comme suit : « S'agissant des relations diplomatiques, par exemple, auxquelles tous les États participent régulièrement, une pratique devra peut-être se manifester largement, tandis que dans d'autres cas, la somme de pratique pourra fort bien être inférieure. ».

Le paragraphe 3), ainsi modifié par le Rapporteur spécial, est adopté.

Paragraphe 4)

M. Tladi dit qu'il souhaite proposer plusieurs modifications qui lui tiennent particulièrement à cœur. La première consisterait à supprimer les mots « et des États qui ont les flottes les plus importantes » dans la seconde phrase. La deuxième consisterait à transférer la dernière phrase de la note de bas de page 54 à la fin du paragraphe 4), puisque tous les membres de la Commission qui ont pris la parole en plénière en faveur de la mention de la doctrine des « États particulièrement intéressés » sont convenus que celle-ci n'avait rien à voir avec le pouvoir relatif des États. Cela doit donc être reflété dans le texte et non caché dans une note de bas de page. La troisième modification consisterait à ajouter les mots « Il doit toutefois être clair que » au début de cette phrase, qui se lirait alors comme suit : « Il doit toutefois être clair que les mots "particulièrement intéressés" ne doivent pas être interprétés comme renvoyant au pouvoir relatif des États. ».

M. Hmoud dit qu'il appuie la proposition de M. Tladi et pense également que le statut d'« État particulièrement intéressé » n'est pas fondé sur le pouvoir de l'État concerné.

M. Park dit qu'il appuie la proposition de M. Tladi de supprimer les mots « et des États qui ont les flottes les plus importantes ». Toutefois, en ce qui concerne la dernière phrase de la note de bas de page 54, il a des doutes quant au sens des mots « pouvoir relatif des États », qui n'indiquent pas de quel pouvoir il s'agit. S'il n'y a pas de consensus entre les membres de la Commission quant au sens du mot « pouvoir » dans cette phrase, il s'opposera à ce qu'elle soit transférée à la fin du paragraphe 4).

M. Nolte dit que l'insertion des mots « en tant que tels » entre les mots « pas » et « être » dans la dernière phrase de la note de bas de page 54 pourrait peut-être concilier les vues exprimées par M. Park et M. Tladi. Cette insertion indiquerait également que la doctrine des « États particulièrement intéressés » n'a rien à voir avec le pouvoir, mais qu'il ne peut être exclu que, dans certains cas, des États possédant divers degrés de pouvoir aient le statut d'« États particulièrement intéressés ». En ce qui concerne la proposition de M. Tladi de supprimer les mots « et des États qui ont les flottes les plus importantes »,

M. Nolte se demande s'il ne suffirait pas de les remplacer par les mots « des États qui ont des flottes importantes ».

M. Murphy dit qu'il aimerait savoir pourquoi M. Tladi propose de supprimer les mots « et des États qui ont les flottes les plus importantes ». Il ne s'oppose pas en principe au transfert de la dernière phrase de la note de bas de page 54 à la fin du paragraphe 4), puisqu'il ne s'agit que d'une question d'accentuation. Il souhaiterait aussi savoir pourquoi M. Tladi propose d'insérer les mots « Il doit toutefois être clair que » au début de la phrase au lieu de la transférer dans son libellé actuel. Quant à la proposition de M. Nolte d'insérer les mots « en tant que tels », il n'est pas sûr qu'elle réponde à la préoccupation de M. Park. M. Murphy considère en effet que l'objet de cette phrase est d'indiquer que la doctrine des « États particulièrement intéressés » signifie que la pratique de certains États, dans certaines situations, est plus pertinente que celle des autres États, ce qui n'a rien à voir avec le pouvoir relatif des États.

M. Reinisch dit que l'idée de transférer la dernière phrase de la note de bas de page 54 à la fin du paragraphe 4) n'est pas dénuée d'intérêt. De même, peut-être est-il opportun d'insérer les mots « en tant que tels » dans cette phrase, puisque, bien que dans certaines situations le pouvoir d'un État soit l'une des raisons de le considérer comme un « État particulièrement intéressé », la Commission tente d'indiquer que, dans d'autres situations, le critère de pouvoir est totalement dénué de pertinence.

M. Reinisch dit que lui non plus ne comprend pas pourquoi M. Tladi propose de supprimer les mots « et des États qui ont les flottes les plus importantes », car il lui semble que les deux séries d'exemples donnés dans la seconde phrase sont parfaitement acceptables.

M. Tladi dit qu'il ressort des déclarations faites en plénière par les membres de la Commission que la doctrine des « États particulièrement intéressés » n'a rien à voir avec le pouvoir. L'insertion des mots « en tant que tels » irait à l'encontre de cette position, et donnerait l'impression que la Commission du droit international n'exclut pas totalement la possibilité que le pouvoir d'un État puisse lui conférer le statut d'« État particulièrement intéressé ». Même si les facteurs permettant de qualifier un État de « particulièrement intéressé » découlent de son pouvoir, ce sont ces facteurs et non ce pouvoir qui lui confèrent ce statut.

En réponse aux questions de M. Murphy, M. Tladi indique que s'il propose d'insérer les mots « Il doit toutefois être clair que » au début de la dernière phrase de la note de bas de page 54, c'est pour souligner que la Commission ne fait pas sienne l'opinion erronée selon laquelle le critère à appliquer pour déterminer si un État est « particulièrement intéressé » est son pouvoir relatif. Par ailleurs il propose de supprimer les mots « et des États qui ont les flottes les plus importantes » dans la deuxième phrase parce qu'il souhaite formuler une observation plus générale au sujet des exemples donnés au paragraphe 4), à savoir que, bien que les États visés dans ces exemples puissent être considérés comme des « États particulièrement intéressés », d'autres États peuvent aussi être considérés comme « particulièrement intéressés », mais intéressés d'une manière différente. Il ne s'oppose pas à ce que l'on remplace l'exemple des « États qui ont les flottes les plus importantes » par un autre exemple.

M. Saboia dit qu'il partage bon nombre des préoccupations exprimées par M. Tladi et qu'il les a lui-même exprimées en plénière et au Comité de rédaction. Il estime inacceptable que les États qui ne sont pas en mesure de participer à l'activité ou à la pratique invoquée pour déterminer l'existence d'une règle du droit international coutumier pour des raisons tenant à des facteurs tels que leur situation géographique ou l'insuffisance de leurs capacités technologiques, et bien qu'ils puissent avoir exprimé des opinions ou participé à des discussions concernant la réglementation de l'activité ou la pratique en question, soient placés à l'extrême opposé des États qui ont participé directement à cette activité ou cette pratique. Il rappelle que dans sa déclaration, il a cité comme exemple les questions touchant l'espace extra-atmosphérique et les traités qui réglementent les activités qui y sont menées, qui concernent assurément tous les États. Il en va de même des questions touchant l'emploi de la force. La Commission doit ainsi veiller à éviter de marginaliser la pratique des États qui n'ont pas participé directement à l'activité en cause.

M. Tladi a soulevé une question importante, et la Commission doit tenter d'y apporter une solution satisfaisante au paragraphe 4).

M. Rajput dit qu'il souscrit à la plupart des observations de M. Tladi. En ce qui concerne la mention au paragraphe 4) des « États qui ont les flottes les plus importantes », si un État se livre à des activités de transport maritime, sa pratique est pertinente, que sa flotte soit importante ou non. En mettant l'accent sur le rôle des États ayant les flottes les plus importantes, la Commission fait pencher la balance dans une certaine direction. La meilleure solution serait de supprimer les mots « des États qui ont les flottes les plus importantes » comme l'a proposé M. Tladi, et de la remplacer par les mots « des États se livrant au transport maritime » (shipping States).

M. Rajput dit qu'il appuie la proposition de M. Tladi de modifier le début de la dernière phrase de la note de bas de page 54 et de transférer cette phrase ainsi modifiée dans le commentaire. En ce qui concerne l'observation de M. Park au sujet de l'expression « pouvoir relatif », celle-ci vise précisément à indiquer que le pouvoir peut prendre des formes diverses et que la Commission souhaite indiquer très clairement que, quelle que soit la forme du pouvoir qu'un État possède, son pouvoir relatif est dénué de pertinence s'agissant du statut d'« État particulièrement intéressé ».

M^{me} Oral dit qu'elle n'est pas totalement opposée à l'inclusion des mots « et des États qui ont les flottes les plus importantes » puisque l'Organisation maritime internationale (OMI) utilise le tonnage comme base de sa pratique, et tient ainsi compte des États ayant les flottes les plus importantes différemment des autres États. Elle craint que l'emploi de l'expression « États se livrant au transport maritime » (shipping States) n'ait pour effet d'inclure la pratique des États se livrant à ce transport sans en respecter les normes. La Commission devrait être prudente lorsqu'elle aborde le domaine du transport maritime en général.

Un exemple qui soulève des questions quant à l'application de la doctrine des « États particulièrement intéressés » est celui d'un État qui mène des activités militaires dans une zone économique exclusive. Il est difficile de déterminer, en l'espèce, si l'« État particulièrement intéressé » est l'État côtier ou l'État qui mène les activités militaires, et les opinions respectives des États concernés sur ce point seront probablement tout à fait différentes. Il s'agit là d'un exemple dans lequel la question du pouvoir peut être pertinente. M^{me} Oral indique que cela dit, la doctrine des « États particulièrement intéressés » continue de lui poser problème, comme elle l'a indiqué dans sa déclaration sur le sujet, du fait que la Commission se livre à une extrapolation dans de très larges domaines sur la base d'une seule affaire dans laquelle ce concept a été évoqué.

M. Murphy dit qu'il peut souscrire à la proposition de M. Tladi de transférer la dernière phrase de la note de bas de page 54 dans le texte du paragraphe 4), et qu'il peut accepter l'ajout proposé au début de cette phrase, bien qu'il n'en voit pas l'intérêt. La suppression des mots « et des États qui ont les flottes les plus importantes » dans la seconde phrase du paragraphe 4) pose toutefois un problème technique, car cette phrase vise des zones maritimes, lesquelles comprennent la haute mer. Il n'est pas évident que la pratique des États côtiers soit pertinente dans ce contexte, et la Commission devra trouver une solution si ces mots sont supprimés. Les mots « États ayant les flottes les plus importantes » pourraient être remplacés par les mots « principaux États du pavillon ». Les 10 principaux États du pavillon ne sont pas les États les plus puissants, et cet exemple serait celui d'une situation dans laquelle la pratique d'un groupe d'États doit nécessairement être prise en compte en ce qui concerne la navigation en haute mer.

M. Park dit qu'en raison de l'emploi de pavillons de complaisance il n'est pas favorable à l'emploi de l'expression « États du pavillon ». Il partage donc l'opinion de M^{me} Oral.

M^{me} Oral dit que certains des 10 principaux États du pavillon ne donnent peut-être pas l'exemple des meilleures pratiques. Pour cette raison, l'expression « États ayant les flottes les plus importantes » serait préférable.

M. Nolte dit que l'un des objectifs des commentaires est de donner des exemples. Pour éviter de donner l'impression que la Commission songe aux relations de pouvoir, il pourrait être souhaitable de remplacer les mots « États ayant les flottes les plus importantes » par les mots « États se livrant au transport maritime pertinents », en d'autres termes les États se livrant au transport maritime pertinents en ce qui concerne la règle.

M. Rajput dit qu'il pense comme M. Murphy que le paragraphe ne peut renvoyer uniquement à la pratique des États côtiers. Le terme « États du pavillon » crée toutefois un énorme problème en raison de l'enregistrement de navires sous des pavillons de complaisance. Une solution pourrait simplement consister à supprimer l'adjectif « major » dans le texte anglais.

M^{me} Escobar Hernández dit qu'elle n'est pas favorable au remplacement des mots « États ayant les flottes les plus importantes » par les mots « États du pavillon » en raison de l'utilisation de pavillons de complaisance et de la réticence des juridictions internationales à se prononcer sur cette institution qui en pratique crée de nombreux problèmes.

M. Park propose de supprimer les mots « des États ayant les flottes les plus importantes » et de remanier cette partie de la phrase afin qu'elle se lise « des États côtiers, y compris des États archipels ».

M. Tladi dit que la proposition de M. Park n'est pas adaptée au contexte. La formule « des États côtiers et des États du pavillon pertinents » serait préférable.

Le Président dit qu'il a relevé une opposition à l'expression « État du pavillon ».

M. Ruda Santolaria dit qu'il préférerait que l'on conserve la notion d'« États se livrant au transport maritime » (shipping States).

M. Rajput dit qu'il ne peut accepter ni l'expression « États archipels », parce que son sens est trop étroit, ni l'expression « États du pavillon », parce qu'elle pose de nombreux problèmes. Il serait donc plus sage de s'en tenir à des termes génériques tels qu'« États se livrant au transport maritime » ou, en anglais, « navigating States ».

M. Nguyen dit qu'étant donné les normes de l'OMI, il conviendrait d'évoquer le tonnage.

M. Ouazzani Chahdi dit que l'expression « État du pavillon » englobe nécessairement les États proposant des pavillons de complaisance et que, pour cette raison, il conviendrait de conserver l'expression « États ayant les flottes les plus importantes ».

M. Šturma dit que ce qui importe est que la dernière phrase de la note de bas de page ait été transférée dans le texte du paragraphe. Peut-être serait-il opportun de supprimer le qualificatif « les plus » et d'insérer le mot « pertinents » dans la dernière phrase, qui se lirait alors « la pratique des États côtiers et des États se livrant au transport maritime pertinents ».

M^{me} Oral dit que le transport maritime, qui est très réglementé par l'OMI, n'est peut-être pas le meilleur exemple de pratique dans le contexte du droit international coutumier. M. Murphy a raison de dire que le terme habituel est « État du pavillon » mais évoquer les États du pavillon sans se référer aux normes de l'OMI risque de soulever des problèmes complexes qui ne relèvent pas du commentaire à l'examen.

M. Murphy dit qu'en fait, ce que la Commission essaie de faire est d'énoncer une règle équilibrée concernant la navigation dans les zones maritimes. Il est donc favorable à l'utilisation des mots « la pratique des États côtiers et des États du pavillon pertinents », car la notion d'État du pavillon n'a rien d'inquiétant et le terme « État se livrant au transport maritime » (shipping States) ne figure nulle part dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

Sir Michael Wood (Rapporteur spécial) dit qu'il approuve le libellé proposé par M. Tladi, car le terme « État du pavillon » est celui utilisé tout au long de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

Le Président, parlant en tant que membre de la Commission, dit que la Commission devrait effectivement se conformer à la terminologie de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

M. Rajput dit que le terme « État du pavillon » a de trop nombreuses implications qui vont au-delà de la navigation dans une zone maritime.

Le Président invite le Rapporteur spécial à exprimer son opinion.

Sir Michael Wood (Rapporteur spécial) dit que l'adjectif « pertinents » qualifie à la fois les États côtiers et les États du pavillon. La référence est donc claire et de bonne terminologie juridique, étant reprise de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

Le paragraphe 4), ainsi modifié par M. Tladi, est adopté.

Paragraphes 5) à 7)

Les paragraphes 5) à 7) sont adoptés.

Paragraphe 8)

M. Murphy dit que dans la deuxième phrase du texte anglais, les mots « and/or » devraient être remplacés par « or ».

Le paragraphe 8), ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 9)

Le paragraphe 9) est adopté.

Le commentaire de la conclusion 8, tel que modifié, est adopté dans son ensemble.

Quatrième partie (Acceptée comme étant le droit (opinio juris))

Le chapeau de la Quatrième partie est adopté.

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

Paragraphes 1) à 6)

Les paragraphes 1) à 6) sont adoptés.

Le commentaire de la conclusion 9 est adopté dans ensemble.

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

Paragraphes 1) à 3)

Les paragraphes 1) à 3) sont adoptés.

Paragraphe 4)

M. Park dit que le sens de la phrase commençant par les mots « De la même manière, l'effet de la pratique ... » n'est pas clair et que cette phrase devrait donc être supprimée.

Sir Michael Wood (Rapporteur spécial) dit que cette phrase énonce une proposition simple, à savoir que, si une déclaration est faite selon laquelle une pratique qui semblait conforme à une règle en formation ou alléguée n'est pas en fait conforme à cette règle, cette déclaration annule l'effet de la pratique en cause. L'exemple donné dans la note de bas de page 72 apporte tous les éclaircissements nécessaires.

M. Nolte dit qu'il est d'accord avec le Rapporteur spécial. Cette phrase est utile. Peut-être l'explication pourrait-elle être étoffée en ajoutant, à la fin de la phrase, les mots « ou indiquant que la pratique en cause n'est pas une mise en œuvre de la règle alléguée ».

Parfois, un État qui procède à un paiement à titre gracieux, par exemple, ne le fait pas en application d'une règle particulière.

M. Tladi, qu'appuie **M. Ruda Santolaria**, dit que la phrase devrait être conservée dans son libellé actuel.

Le paragraphe 4) est adopté.

Paragraphes 5) à 7)

Les paragraphes 5) à 7) sont adoptés.

Paragraphe 8)

Sir Michael Wood (Rapporteur spécial) dit qu'à la lumière d'une conversation qu'il a eue avec M. Nolte, il propose de remplacer les mots « le silence qu'il semble garder » par les mots « son inaction » dans la dernière phrase du paragraphe.

Le paragraphe 8), ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire de la conclusion 10 est adopté dans son ensemble.

Cinquième partie (Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier)

Commentaire

Sir Michael Wood propose de supprimer le mot « Commentaire » comme cela a été fait ailleurs dans le projet de texte.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 1)

Le paragraphe 1) est adopté.

Paragraphe 2)

M. Park, qu'appuie **M. Saboia**, propose de supprimer les mots « la mesure dans laquelle la Commission est engagée dans le processus de développement progressif du droit » qui figurent dans la dernière phrase, car ils créent l'impression erronée qu'il existe une hiérarchie dans les travaux de codification et de développement progressif du droit international que mène la Commission. À la fin des années 1950, lorsque la Commission s'occupait du droit de la mer, elle a abandonné la distinction entre codification et développement progressif ; or le membre de phrase en question la réintroduit. La question de savoir si un texte issu des travaux de la Commission relève de la codification ou du développement progressif est très complexe et fait intervenir une bonne part de subjectivité. De plus, du fait du caractère évolutif du droit international, il arrive que des travaux qui relevaient du développement progressif de ce droit aboutissent finalement à le codifier.

M. Nolte dit que la Commission ne peut abolir d'un trait de plume la distinction entre codification et développement progressif du droit international même si, par le passé, lorsqu'elle a élaboré certains traités, elle n'a pas jugé nécessaire de préciser si leurs dispositions reflétaient le droit international coutumier existant. Tout l'objectif de la détermination du droit international coutumier est d'établir ce qui est ou n'est pas le droit. Comme en 2017 l'immense majorité des États représentés à la Sixième Commission ont tenu à faire cette distinction lors du débat sur le sujet de l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État, l'abolir dans le paragraphe à l'examen serait fondamentalement erroné. La phrase en question est donc appropriée et devrait être conservée, pour ne pas risquer de donner l'impression que la Commission considère que la distinction entre développement progressif et codification n'est pas pertinente et qu'il ne faut pas en tenir compte.

M. Rajput dit que la mention du développement progressif est extrêmement importante et doit donc être conservée. Elle ne porte aucunement atteinte à la méthode de travail de la Commission et indique clairement que, lorsque la pratique est insuffisante, les travaux de la Commission n'aboutissent pas à codifier quelque chose susceptible d'être qualifié de droit international coutumier. Il rappelle à cet égard la définition du développement progressif figurant à l'article 15 du statut de la Commission.

M. Tladi dit que, bien que la distinction entre codification et développement progressif est importante et que le développement progressif ne doit pas être considéré comme la moindre des deux tâches confiées à la Commission, il s'oppose à l'idée de viser expressément l'une ou l'autre dans le texte issu des travaux. L'argument de M. Rajput est valide, mais ce sont essentiellement les sources sur lesquelles la Commission fait reposer ses travaux dans un domaine donné qui indiquent si ces travaux relèvent de la codification ou du développement progressif. M. Tladi appuie donc la proposition de M. Park de supprimer le membre de phrase en question, mais pour des raisons quelque peu différentes.

M. Murphy dit que la question n'est pas seulement celle des sources utilisées par la Commission dans ses travaux. Il est arrivé, par exemple lors de l'élaboration des articles de 2011 sur la responsabilité des organisations internationales, que la Commission ait de bonnes raisons d'indiquer qu'elle faisait œuvre de développement progressif, même si en l'occurrence elle ne l'a pas fait explicitement. Les mots clefs dans le membre de phrase à l'examen sont les mots « la mesure dans laquelle » : la crédibilité et la légitimité de la Commission reposent sur la mesure dans laquelle elle est consciente de faire œuvre de développement progressif et de la manière dont elle veille à être transparente à cet égard. M. Murphy dit que pour ces raisons, il estime qu'il faut conserver le membre de phrase en question.

M. Vázquez-Bermúdez dit qu'il est de ceux qui pensent que ce membre de phrase devrait être supprimé. Les travaux de la Commission relèvent généralement à la fois de la codification et du développement progressif ; l'autorité de la Commission dépend dans une large mesure des sources qu'elle utilise et de l'étendue des recherches qu'elle effectue, et repose en dernière analyse sur l'accueil fait par les États aux textes issus de ses travaux.

M. Nolte dit qu'il risque d'être difficile pour ceux qui sont appelés à déterminer les normes du droit international coutumier de juger les textes issus des travaux de la Commission à l'aulne de l'accueil qui leur est fait par les États, dont les déclarations ne sont pas toujours dénuées d'ambiguïté. Il propose, à titre de compromis, de modifier comme suit le membre de phrase en question : « la mesure dans laquelle la Commission s'emploie à proposer de nouvelles règles juridiques ».

M. Park dit qu'il ne peut accepter cette proposition : la Commission n'a pas pour mandat de proposer de nouvelles règles juridiques. Le caractère subjectif du membre de phrase à l'examen est particulièrement préoccupant du fait que, dans de nombreux cas, ce sont des magistrats nationaux relativement peu au fait du droit international et des travaux de la Commission qui seront appelés à tenter de déterminer si la Commission a fait œuvre de codification ou de développement progressif.

M^{me} Lehto dit que le membre de phrase en cause doit être lu dans le contexte plus large du débat concernant le mandat de la Commission et la question de savoir si elle devrait indiquer si, sur un sujet donné, elle fait œuvre de codification ou de développement progressif. Bien que ce membre de phrase ne soit pas sans objet s'agissant de la détermination du droit international coutumier, il est tautologique et inutile et crée plus de malentendus qu'il n'apporte d'éclaircissements ; il devrait donc être supprimé.

M^{me} Escobar Hernández, convenant que le membre de phrase à l'examen crée davantage de problèmes qu'il n'en résout et devrait être supprimé, dit que mentionner une seule des deux tâches que le mandat de la Commission place sur un pied d'égalité amènerait celle-ci à se lancer dans un débat prolongé sur la nature de ce mandat, ce qui n'est ni souhaitable d'un point de vue procédural ni opportun. Ce membre de phrase risque de donner au lecteur l'impression que la Commission considère le développement progressif comme subsidiaire et moins important que la codification, ce qui ne correspond certainement pas à l'intention du Rapporteur spécial ; de plus, la mention dans le même

paragraphe des sources sur lesquelles se fonde la Commission contribue déjà à clarifier quel poids doit être accordé au texte issu de ses travaux.

M. Cissé dit qu'étant donné que le membre de phrase à l'examen est logique et ne fait que refléter le mandat de la Commission, il n'y a aucun risque à le conserver. Il faut mettre fin au débat le concernant.

M. Ruda Santolaria, demandant lui aussi qu'il soit mis fin au débat, dit que le membre de phrase en question peut être supprimé sans nuire à la clarté du paragraphe dans lequel il figure.

M. Murphy, relevant que toute mention du développement progressif semble problématique, propose de remplacer le membre de phrase en question par les mots « la manière dont la Commission qualifie ses travaux ». Dans certains cas, la Commission indique expressément qu'elle traite du droit international coutumier, ce qui est un facteur important dans la détermination des normes qui en relèvent.

Le Président rappelle que la Commission n'a pas encore pris de décision de principe s'agissant de qualifier de codification ou de développement progressif les textes issus de ses travaux. Elle ne l'a pas fait, par exemple, lorsqu'elle a élaboré le projet d'articles qui est devenu la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

M. Grossman Guiloff, reconnaissant l'importance des questions soulevées par M. Murphy, dit qu'un débat approfondi, dont il ne faut pas préjuger du résultat, devrait leur être consacré lors d'une future session de la Commission.

M. Saboia dit que la Commission devrait éviter de qualifier ses travaux et les textes qui en sont issus. Lorsqu'elle élabore un texte, la forme que prendra finalement celui-ci n'est pas toujours claire ; même lorsque le texte est adopté, les commentateurs hésitent parfois à le décrire comme le résultat d'une entreprise de codification.

M. Vázquez-Bermúdez dit qu'étant donné que le paragraphe à l'examen indique déjà que tous les prononcés de la Commission n'ont pas le même poids, il n'est pas nécessaire de mentionner expressément le développement progressif.

M. Nolte dit qu'il n'est nul besoin de poursuivre la discussion s'il est entendu que la suppression du membre de phrase contesté ne préjugera aucunement de tout futur débat sur la question de savoir si la Commission doit qualifier explicitement ses travaux et les textes issus de ceux-ci de codification ou de développement progressif, en particulier lorsque les États sollicitent son opinion sur le point de savoir si une norme relève du droit international coutumier. Il indique que si tel est le cas, il peut accepter la suppression du membre de phrase en question.

M. Petrič, souscrivant à la proposition de M. Nolte, dit que la codification et le développement progressif sont intrinsèquement liés, même si la manière exacte dont ils se combinent diffère d'un sujet à l'autre. La Commission a toujours été réticente à indiquer si elle faisait œuvre de codification ou de développement progressif, mais si les États souhaitent savoir si telle ou telle disposition reflète le droit international coutumier et si une réponse claire peut être donnée à cette question, la Commission devrait la donner.

Le Président dit qu'un débat approfondi sur la question sera nécessaire le moment venu ; sans préjuger de ce débat, la Commission pourrait poursuivre comme il a été proposé, étant donné en particulier que la liste figurant dans la dernière phrase du paragraphe à l'examen commence par le mot « dont », et n'est donc pas exhaustive.

Sir Michael Wood (Rapporteur spécial), se déclarant surpris par la direction qu'ont pris les discussions, dit qu'il n'avait pas l'intention de susciter un débat sur des questions fondamentales touchant les travaux de la Commission. S'il lui semble évident que savoir si la Commission a fait œuvre de développement progressif ou de codification doit être le point de départ pour utiliser les dispositions qu'elle a adoptées afin de déterminer l'existence de règles du droit international coutumier, cela ressort clairement du reste du paragraphe. Il ne s'oppose donc pas à la suppression du membre de phrase en question.

Le Président dit qu'il croit comprendre que la Commission convient de supprimer les mots « la mesure dans laquelle la Commission est engagée dans le processus de développement progressif du droit » dans la dernière phrase du paragraphe 2).

Le paragraphe 2), ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire de la conclusion 10, tel que modifié, est adopté dans son ensemble.

Commentaire de la conclusion 11 (Traités)

Paragraphe 1) et 2)

Les paragraphes 1) et 2) sont adoptés.

Paragraphe 3)

M. Tladi propose de remplacer les mots « correspond to » par le mot « reflect » dans le texte anglais de la première phrase.

M. Nolte dit que les mots « peut aussi être importante » qui figurent dans la dernière phrase portent à croire que l'attitude des États qui ne sont pas parties à un traité qui a été largement ratifié ne sera pas toujours pertinente pour établir si le traité en question reflète le droit international coutumier. Il préférerait, à moins que le Rapporteur spécial puisse donner des exemples de situations dans lesquelles il en serait ainsi, que la phrase se termine par les mots « est aussi importante ».

M. Tladi dit que l'on pourrait trouver des exemples, aussi peu probable cela soit-il, mais qu'il ne s'oppose pas à la proposition de M. Nolte, même si elle ne semble pas refléter fidèlement les débats antérieurs de la Commission.

M. Murphy dit qu'il appuie les deux modifications proposées.

Sir Michael Wood (Rapporteur spécial), faisant écho aux observations de M. Tladi, dit qu'il accepte les deux modifications proposées.

M. Grossman Guiloff, se référant à l'avant-dernière phrase du paragraphe, demande des éclaircissements sur le lien entre la mention des traités adoptés « sans opposition » et la citation figurant dans la note de bas de page 83, qui concerne un traité adopté par l'écrasante majorité des États.

Sir Michael Wood (Rapporteur spécial) dit que mentionner tant les traités adoptés sans opposition que ceux adoptés par une très large majorité d'États peut être utile à ceux qui seront appelés à appliquer les conclusions en pratique. L'adoption d'un traité sans opposition est un facteur important dans la détermination du droit international coutumier.

Le Président dit que, moyennant cette explication, il croit comprendre que la Commission décide de conserver les mots « sans opposition » et d'adopter les deux propositions de modification qui ont été faites.

Le paragraphe 3), ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4)

Le paragraphe 4) est adopté.

La séance est levée à 18 heures.