

Chapitre VI

DÉTERMINATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

A. Introduction

55. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » à son programme de travail et a nommé Sir Michael Wood Rapporteur spécial pour le sujet⁷². À la même session, la Commission était saisie d'une note du Rapporteur spécial⁷³. À la même session également, la Commission a prié le Secrétariat de préparer une étude recensant les éléments des travaux antérieurs de la Commission qui pourraient être particulièrement utiles pour ce sujet⁷⁴.

56. À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial, ainsi que le mémorandum du Secrétariat sur le sujet⁷⁵. À la même session, elle a décidé de renommer le sujet comme suit : « Détermination du droit international coutumier ». À sa soixante-sixième session (2014), la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial⁷⁶.

57. À sa 3227^e séance, à l'issue du débat sur le deuxième rapport du Rapporteur spécial, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 1 à 11 figurant dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial. À la 3242^e séance de la Commission, le Président du Comité de rédaction a présenté le rapport intérimaire du Comité de rédaction sur la « Détermination du droit international coutumier », contenant les huit projets de conclusion adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction à la soixante-sixième session.

B. Examen du sujet à la présente session

58. À la présente session, la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/682). Elle a examiné le rapport de sa 3250^e à sa 3254^e séance, du 13 au 21 mai 2015.

⁷² À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012 [voir *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 70, par. 157]. L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 67/92 du 14 décembre 2012, a noté avec satisfaction la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. Le sujet avait été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à sa soixante-troisième session (2011), sur la base de la proposition reproduite à l'annexe I de son rapport sur les travaux de cette session [*Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 180, par. 365 à 367 ; et *ibid.*, annexe I, p. 189 et suiv.].

⁷³ *Annuaire... 2012*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/653. Voir aussi *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 70 et suiv., par. 157 à 202.

⁷⁴ *Annuaire... 2012*, vol. II (2^e partie), p. 70, par. 159.

⁷⁵ *Annuaire... 2013*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/663 (premier rapport) ; et *ibid.*, document A/CN.4/659 (mémorandum du Secrétariat). Voir aussi *Annuaire... 2013*, vol. II (2^e partie), p. 69, par. 64.

⁷⁶ *Annuaire... 2014*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/672. Voir aussi *ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 157, par. 135.

59. À sa 3254^e séance, le 21 mai 2015, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les projets de conclusion figurant dans le troisième rapport du Rapporteur spécial⁷⁷.

⁷⁷ Le texte des projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport (A/CN.4/682) se lisait comme suit :

« *Projet de conclusion 3 [4]. Appréciation de la preuve pour les deux éléments*

« ...

« 2. Chaque élément doit être établi séparément. D'une manière générale, il faut pour cela apprécier les preuves propres à chaque élément.

« *Projet de conclusion 4 [5]. Exigence d'une pratique*

« ...

« 3. Le comportement d'autres acteurs non étatiques ne constitue pas une pratique aux fins de la formation et l'identification du droit international coutumier.

« *Projet de conclusion 11. Preuve de l'acceptation comme étant le droit*

« ...

« 3. L'inaction peut également valoir preuve de l'acceptation comme étant le droit, à condition que les circonstances appellent une réaction.

« Partie V

« Formes particulières de pratique et de preuves

« *Projet de conclusion 12. Traités*

« Une disposition conventionnelle peut refléter ou être amenée à refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la disposition en question :

« (a) à la date de la conclusion du traité, codifie une règle de droit international coutumier existante ;

« (b) a abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier en voie de formation ; ou

« (c) a créé une nouvelle règle de droit international coutumier, en donnant naissance à une pratique générale acceptée comme étant le droit.

« *Projet de conclusion 13. Résolutions des organisations et conférences internationales*

« Les résolutions adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences internationales peuvent, dans certaines circonstances, constater le droit international coutumier ou contribuer à son développement ; elles ne peuvent en elles-mêmes constituer ce droit.

« *Projet de conclusion 14. Jurisprudence et doctrine*

« La jurisprudence et la doctrine peuvent servir de moyens auxiliaires d'identification des règles du droit international coutumier.

« Partie VI

« Exceptions à l'application générale des règles de droit international coutumier

« *Projet de conclusion 15. Coutume particulière*

« 1. Une coutume particulière est une règle de droit international coutumier qui ne peut être invoquée que par ou contre certains États.

« 2. Pour établir l'existence et le contenu d'une coutume particulière, il est nécessaire de déterminer s'il existe une pratique générale acceptée par tous les États concernés comme étant le droit (*opinio juris*).

« *Projet de conclusion 16. Objecteur persistant*

« Un État qui s'est opposé de façon persistante à une nouvelle règle de droit international coutumier lors de sa formation n'est pas lié par cette règle aussi longtemps qu'il maintient son objection. »

60. À la 3280^e séance de la Commission, le 29 juillet 2015, le Président du Comité de rédaction a présenté le rapport du Comité sur la « Détermination du droit international coutumier », contenant les projets de conclusions 1 à 16 [15] provisoirement adoptés par le Comité de rédaction aux soixante-sixième et soixante-septième sessions (A/CN.4/L.869)⁷⁸. À sa 3288^e séance, le 6 août 2015, la Commission a pris note des projets de conclusions 1 à 16. Il est prévu que la Commission envisage d'adopter à titre provisoire les projets de conclusion et les commentaires y afférents à sa prochaine session.

61. À sa 3288^e séance, le 6 août 2015, la Commission a prié le Secrétariat de préparer une étude sur le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et des tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier.

1. PRÉSENTATION PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL DE SON TROISIÈME RAPPORT

62. Présentant le troisième rapport, le Rapporteur spécial a indiqué que celui-ci visait à couvrir des questions déjà soulevées en 2014 au sujet des deux éléments constitutifs [« une pratique générale » et « acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) »], ainsi que de nouvelles questions comme celles de la coutume particulière ou de l'objecteur persistant. Le rapport proposait l'ajout de paragraphes dans trois des projets de conclusion qui figuraient dans le deuxième rapport⁷⁹, et comportait cinq nouveaux projets de conclusion relevant de deux nouvelles parties (partie V, « Formes particulières de pratique et de preuves », et partie VI, « Exceptions à l'application générale des règles de droit international coutumier »).

63. L'introduction du troisième rapport retraçait l'histoire du sujet en mettant l'accent sur les travaux accomplis par la Commission à la précédente session et sur le débat tenu sur le sujet à la Sixième Commission en 2014. Les paragraphes 12 à 18 du rapport revenaient sur le lien entre la pratique générale et l'*opinio juris* (projet de conclusion 3 [4], paragraphe 2). Les paragraphes 19 à 26 traitaient du rôle de l'inaction comme forme de pratique et/ou preuve de l'acceptation comme étant le droit (projet de conclusion 11, paragraphe 3). D'autres formes particulières de pratique et de preuves étaient ensuite traitées : les paragraphes 27 à 54 portaient sur le rôle des traités et des résolutions des organisations et conférences internationales (projets de conclusions 12 et 13, respectivement), tandis que deux moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international coutumier, à savoir la jurisprudence et la doctrine (projet de conclusion 14), étaient examinés aux paragraphes 55 à 67. Les paragraphes 68 à 79 traitaient de l'importance des organisations internationales et de la pratique des acteurs non étatiques (projet de conclusion 4 [5], paragraphe 3). Enfin, les paragraphes 80 à 95 du rapport traitaient à différents égards de l'application *ratione personae* des règles de droit international

coutumier, question couverte par la partie VI du projet de conclusions. Dans cette partie figuraient deux projets de conclusion, respectivement relatifs à la coutume particulière et à l'objecteur persistant (projets de conclusions 15 et 16).

64. Dans sa présentation, le Rapporteur spécial a exprimé ses remerciements pour les informations et l'aide reçues pendant l'élaboration de son troisième rapport et pour les contributions écrites de certains gouvernements sur le sujet. Il a indiqué qu'il s'était employé à achever l'ensemble des projets de conclusion qui devaient être couverts par le résultat final des travaux sur le sujet, invitant les membres à soulever tout point qui aurait été négligé. Le Rapporteur spécial a mis l'accent sur les liens entre le sujet et d'autres sujets qui avaient été ou étaient inscrits à l'ordre du jour de la Commission, déclarant que les travaux de la Commission devaient être envisagés globalement.

65. Le Rapporteur spécial a rappelé que, conformément à la demande de la Commission, il était revenu dans son troisième rapport sur le lien entre la pratique générale et l'*opinio juris*. Il a conclu à cet égard que pour déterminer si une règle de droit international coutumier avait émergé, il fallait systématiquement examiner et vérifier l'existence de chaque élément séparément, ce qui supposait généralement d'évaluer plusieurs preuves pour chaque élément. Autre point : c'était la présence des deux éléments et non leur ordre temporel d'apparition qui importait pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier. Le rapport indiquait enfin qu'il pouvait y avoir des variations dans la mise en œuvre de l'approche des deux éléments selon la branche du droit international et que, dans certains cas, une forme particulière (ou plusieurs manifestations particulières) de pratique ou une preuve particulière de l'acceptation comme étant le droit pouvait être plus pertinente que dans d'autres.

66. Le Rapporteur spécial est également revenu sur la question de l'inaction, notamment sur sa contribution éventuelle à une pratique générale et sur son rôle possible en tant que preuve de l'acceptation comme étant le droit. Il a souligné que, nonobstant l'importance de l'inaction pour établir la pratique générale dans certains cas, les circonstances dans lesquelles elle pouvait être pertinente n'étaient pas toujours claires. Le Rapporteur spécial a ajouté que l'inaction pouvait servir de preuve de l'*opinio juris* lorsque les circonstances appelaient une réaction. Cela supposait que l'État concerné connaisse ou, compte tenu des circonstances, soit réputé connaître la pratique en question, et supposait également que l'inaction ait duré suffisamment longtemps.

67. Le troisième rapport traitait de certaines formes particulières de pratique et de preuve de l'*opinio juris*, à savoir les traités et les résolutions adoptés par des organisations internationales ou lors de conférences internationales, qui sont fréquemment utilisés pour déterminer le droit international coutumier. Le Rapporteur spécial a relevé que les mêmes considérations valaient pour d'autres textes écrits, comme ceux de la Commission. Le rapport recommandait toutefois la prudence pour ce qui était de la pertinence de ces textes pour déterminer le droit international coutumier

⁷⁸ La déclaration du Président du Comité de rédaction, dont l'annexe comporte les 16 projets de conclusion adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction, est disponible à l'adresse suivante : <https://legal.un.org/ilc>.

⁷⁹ A/CN.4/672 (voir *supra* la note 76).

et réaffirmait la nécessité de prendre en considération et d'apprécier toutes les circonstances. Aucun texte écrit ne pouvait de toute façon constituer en lui-même le droit international coutumier.

68. S'agissant de la pertinence des traités et de l'élaboration des traités, le rapport distinguait trois moyens par lesquels de tels textes écrits pouvaient se rapporter au droit international coutumier : en codifiant une règle existante, en aboutissant à la cristallisation d'une règle en voie de formation ou en créant une nouvelle règle. Le rapport traitait également la question de la pratique des États parties à des conventions multilatérales, ainsi que celle de l'éventuelle pertinence des traités bilatéraux.

69. Le rapport portait également sur la pertinence des résolutions adoptées par des États membres d'organisations internationales ou lors de conférences internationales en tant que pratique étatique ou preuve de l'*opinio juris*. Le Rapporteur spécial a reconnu que, dans certaines circonstances, ces résolutions pouvaient jouer un rôle important dans la formation et la détermination du droit international coutumier. Si elles n'étaient pas de nature à créer des règles de droit international coutumier, elles pouvaient fournir des éléments établissant l'existence ou l'émergence d'une règle et donner, en effet, naissance à une pratique susceptible d'aboutir à la formation d'une nouvelle règle. Dans le cadre de ce processus d'évaluation, la formulation précise de la résolution avait une importance cruciale, de même que les circonstances entourant son adoption.

70. Le rapport traitait également de deux moyens « auxiliaires » et néanmoins importants de détermination des règles de droit international coutumier : la jurisprudence et la doctrine. Par jurisprudence, le rapport visait tant les décisions des cours et tribunaux internationaux que celles des juridictions nationales, tout en soulignant l'importance des premières. Les décisions des juridictions nationales pouvaient également avoir un poids, mais devaient être considérées avec prudence. Le rapport reconnaissait en outre que les textes de la doctrine demeuraient une source d'information et d'analyse utile aux fins de la détermination des règles de droit international coutumier, même s'il importait d'établir une distinction entre ceux qui visaient à rendre compte du droit existant (*lex lata*) et ceux qui traitaient du développement d'un droit en formation (*lex ferenda*).

71. Pour ce qui était de la pratique des organisations internationales en tant que telle, le rapport rappelait la conclusion tirée l'année précédente selon laquelle, dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribuait également à la création ou à la formulation de règles de droit international coutumier. Le Rapporteur spécial a insisté sur la nécessité de distinguer la pratique des États au sein d'une organisation internationale de la pratique de l'organisation internationale elle-même. Il a également souligné la nécessité de faire la distinction entre la pratique de l'organisation relative à son fonctionnement interne et la pratique de l'organisation dans ses relations avec les États et d'autres entités. Il était en outre proposé que la question du comportement d'acteurs non étatiques autres que les organisations internationales soit traitée dans le projet de conclusions.

72. Le rapport passait ensuite à la catégorie de la « coutume particulière », terme visant à englober, selon le Rapporteur spécial, ce qui pouvait être appelé règles coutumières « spéciales », « régionales », « locales » ou « bilatérales ». Le Rapporteur spécial a insisté sur le fait que, compte tenu de la nature de la coutume particulière, qui n'était contraignante que pour un petit nombre d'États, il était crucial d'établir clairement quels États avaient contribué à la pratique et l'avaient acceptée comme étant le droit. Pour déterminer l'existence d'une telle coutume, il était donc nécessaire d'établir l'existence d'une pratique générale des États concernés, acceptée par chacun d'eux comme étant le droit (*opinio juris*).

73. Le rapport traitait également de la règle de l'objet persistant, en vertu de laquelle l'État qui s'est systématiquement opposé à une règle du droit international coutumier en voie de formation et qui continue de s'y opposer après sa cristallisation n'est pas lié par elle. Le Rapporteur spécial a souligné que cette règle était clairement établie dans la jurisprudence, dans les travaux antérieurs de la Commission et dans la doctrine. Il a insisté sur la nécessité de l'examiner, notamment pour en préciser les conditions strictes.

2. RÉSUMÉ DU DÉBAT

a) Observations générales

74. Les membres de la Commission ont réaffirmé leur appui à l'approche des deux éléments mise en œuvre par le Rapporteur spécial. Ils sont généralement convenus que le résultat des travaux sur le sujet devait être un ensemble de conclusions pratiques, simples, assorties de commentaires et destinées à aider les praticiens à déterminer l'existence de règles de droit international coutumier. Il fallait se garder de trop simplifier et les projets de conclusion méritaient d'être précisés plus avant.

75. La portée du sujet a donné lieu à un débat. Certains membres de la Commission ont affirmé qu'il fallait examiner plus en profondeur la formation des règles du droit international coutumier. Pour eux, ce n'était pas pour modifier l'axe du sujet que son intitulé avait été modifié. Pour d'autres membres, le projet de conclusions devait porter seulement sur la question de la détermination des règles susmentionnées et non sur celle de leur formation. À cet égard, il a été relevé que le sujet portait sur la détermination d'une règle coutumière à un moment donné, sans préjudice de son évolution future. Selon un autre point de vue, le sujet était certes axé sur la détermination ; pour autant, il ne fallait pas se garder d'examiner les questions de formation dès lors qu'elles présentaient un intérêt pour la détermination.

b) Lien entre les deux éléments constitutifs

76. Selon certains membres de la Commission, même si la présence des deux éléments était systématiquement requise, il pouvait y avoir des différences dans l'application de l'approche des deux éléments selon le domaine ou le type de règle. Il a toutefois été affirmé qu'un même critère devait être établi pour tous les domaines. Certains membres de la Commission ont indiqué que l'approche des deux éléments n'avait pas été appliquée de manière

cohérente et que le sujet appelait un examen plus approfondi du poids respectif des deux éléments selon les domaines.

77. Les membres ont appuyé la conclusion selon laquelle chaque élément devait être établi séparément et que, d'une manière générale, il fallait pour cela apprécier les preuves propres à chaque élément. Plusieurs membres de la Commission ont souligné que l'évaluation séparée du respect des deux conditions n'excluait pas qu'une même documentation puisse servir de preuve des deux éléments.

78. Quant à la relation temporelle entre les deux éléments constitutifs des règles coutumières, des membres ont estimé que la pratique devait précéder l'*opinio juris*, d'autres considérant que l'ordre d'apparition des deux éléments était indifférent.

c) *L'inaction comme pratique et preuve de l'acceptation de la pratique comme étant le droit (opinio juris)*

79. Si, de manière générale, l'analyse dans le troisième rapport de la pertinence de l'inaction pour déterminer l'existence de règles de droit international coutumier a été favorablement accueillie, plusieurs membres de la Commission ont mis l'accent sur le fait que, concrètement, il était difficile de qualifier l'inaction à cette fin. Certains membres ont insisté sur la nécessité de préciser les circonstances particulières dans lesquelles l'inaction était pertinente, en particulier aux fins d'évaluer l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). Il a été proposé que les critères précis permettant de qualifier l'inaction soient énoncés dans le corps du projet de conclusion.

80. Les conditions énoncées dans le rapport pour que l'inaction vaille preuve de l'acceptation comme étant le droit ont reçu un large appui au sein de la Commission. Certains membres ont indiqué que la situation devait appeler une réaction de la part des États concernés, que les États devaient avoir connaissance de la pratique en question et que l'inaction devait avoir duré suffisamment longtemps. Des points de vue divergents ont toutefois été exprimés sur le point de savoir si, dans ce contexte, l'inaction équivalait à l'acquiescement. Il a été ajouté que ce qui importait était de déterminer si l'inaction pouvait, dans un cas particulier, être assimilée à l'*opinio juris*.

d) *Le rôle des traités et des résolutions*

81. Des membres de la Commission ont appuyé la conclusion formulée dans le rapport sur le rôle des traités en tant que preuves du droit international coutumier. Certains membres ont proposé de supprimer les références à l'effet des traités sur la formation des règles coutumières et de mettre exclusivement l'accent sur leur force probante. Il a été dit qu'aucune différence ne devait être faite, aux fins des travaux sur le sujet, entre la cristallisation d'une règle coutumière et la création d'une nouvelle règle par l'adoption d'un traité. Il a en outre été proposé d'examiner l'article 38 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969). Certains membres ont relevé que les dispositions conventionnelles n'avaient pas toutes la même pertinence en tant

que preuves du droit international coutumier; seules les dispositions de «caractère fondamentalement normatif» pouvaient créer de telles règles.

82. La nécessité a été soulignée de définir les critères permettant de déterminer la pertinence d'une disposition conventionnelle en tant que preuve de l'existence d'une règle de droit international coutumier. Certains membres de la Commission ont rejeté la notion d'«États particulièrement intéressés», l'avis selon lequel la répartition géographique des parties à un traité pouvait servir de preuve du caractère général de la pratique étant par ailleurs exprimé.

83. Divers points de vue ont été exprimés sur la force probante des résolutions adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences internationales. Pour certains membres de la Commission, ces résolutions, notamment celles de l'Assemblée générale des Nations Unies, pouvaient être considérées dans certaines circonstances comme étant des sources du droit international coutumier. Des membres ont estimé que leur force probante devait être appréciée avec beaucoup de prudence. Divers éléments à prendre en considération, comme la composition de l'organisation, le résultat du vote, la procédure d'adoption de la résolution et l'objectif de celle-ci, ont été mis en relief. Il a également été dit que la pertinence des résolutions de conférences internationales dépendait de la participation des États à la conférence en question.

84. Les membres de la Commission sont généralement convenus que les résolutions des organisations et des conférences internationales n'étaient pas en elles-mêmes des preuves suffisantes de l'existence d'une règle coutumière. Un avis a été exprimé selon lequel, dans certains cas, les résolutions pouvaient valoir preuve de l'existence de règles de droit international coutumier. Il a été relevé que la force probante de telles résolutions dépendait d'autres preuves étayant la pratique générale et l'*opinio juris*. On a souligné qu'il fallait examiner séparément la question de savoir si une règle contenue dans une résolution était étayée par une pratique générale reconnue comme étant le droit (*opinio juris*) pour pouvoir s'appuyer sur une résolution (ce qui pouvait cependant servir de preuve à cette fin).

e) *Jurisprudence et doctrine*

85. Les membres de la Commission ont approuvé la conclusion selon laquelle la jurisprudence et la doctrine étaient pertinentes pour déterminer l'existence de règles de droit international coutumier. Les rôles précis respectivement joués par la jurisprudence et par la doctrine ont donné lieu à un échange de vues. On a fait observer qu'elles n'étaient pas de même nature et qu'elles devaient donc faire l'objet de conclusions distinctes. Il a également été relevé qu'il était impossible de traiter de leur importance de manière générale et qu'il fallait donc procéder au cas par cas.

86. Certains membres de la Commission ont souligné l'importance particulière de la jurisprudence, que l'on ne pouvait pas considérer comme un moyen de preuve secondaire ou auxiliaire. Certains membres ont souligné

l'importance centrale de la Cour internationale de Justice, tandis que d'autres membres ont indiqué que l'on ne pouvait pas ignorer la jurisprudence des autres cours et tribunaux, ni le rôle des opinions individuelles ou dissidentes des juges internationaux. La pertinence des décisions des juridictions nationales a donné lieu à un échange de vues. Pour certains membres, ces décisions devaient être inscrites dans la catégorie de la « jurisprudence » aux fins de la détermination des règles de droit international coutumier. D'autres membres de la Commission ont toutefois estimé qu'il fallait traiter ces décisions séparément, leur poids étant à évaluer avec prudence.

87. Il a été dit que le terme « doctrine », proposé par le Rapporteur spécial, était trop général et devait être précisé. Plusieurs membres de la Commission ont également déclaré que la sélection de la doctrine pertinente ne devait privilégier les auteurs d'aucune région, mais devait être universelle.

88. Plusieurs membres ont affirmé que les travaux de la Commission, organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies chargé de promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification, ne pouvaient être assimilés à la « doctrine » ou à la doctrine des publicistes.

f) *L'importance des organisations internationales et des acteurs non étatiques*

89. Divers points de vue ont été exprimés au sein de la Commission sur l'importance de la pratique des organisations internationales. Des membres ont notamment souligné qu'une telle pratique pouvait contribuer à la formation ou à la formulation de règles du droit international coutumier et qu'il fallait insister sur l'importance de la pratique des organisations internationales dans certains domaines. D'autres membres ont fait remarquer que cela ne pouvait être le cas que si la pratique d'une organisation internationale reflétait la pratique ou la conviction de ses États membres ou si elle contribuait à générer la pratique des États, mais que la pratique des organisations internationales n'était pas en elle-même pertinente pour évaluer une pratique générale. On a relevé que le projet de conclusion proposé, tel qu'il était libellé, omettait certains points essentiels comme ceux de savoir si l'inaction des organisations internationales pouvait valoir en tant que pratique, si la présence de la pratique et de l'*opinio juris* des organisations internationales était requise, et si la règle à laquelle l'organisation internationale contribuait était contraignante pour les seules organisations internationales, pour les seuls États ou pour les deux.

90. Le projet de conclusion proposé par le Rapporteur spécial, selon lequel le comportement d'autres acteurs non étatiques ne constitue pas une pratique aux fins de la formation et de l'identification du droit international coutumier, a été appuyé par plusieurs membres de la Commission. Les mots « d'autres acteurs non étatiques » n'ont pas été jugés tout à fait clairs dès lors que les organisations internationales sont composées d'États. Certains membres ont jugé cette proposition trop stricte, compte tenu en particulier de l'importance de la pratique d'acteurs non étatiques tels que le Comité international de

la Croix-Rouge ou d'activités associant à la fois des États et des acteurs non étatiques.

g) *Coutume particulière*

91. La question de la coutume particulière a fait débat. Certains membres de la Commission ont appuyé le projet de conclusion proposé par le Rapporteur spécial, d'autres estimant que la question traitée ne relevait pas du champ du sujet. La question de la terminologie la plus appropriée pour désigner cette catégorie particulière de règles de droit international coutumier, dites « régionales », « locales » ou « particulières », a été débattue. Il a été en outre proposé de préciser la notion de « région » et de traiter la question du lien géographique entre les parties à une coutume régionale.

92. Il a été souligné qu'une attention spéciale devait être accordée à l'importance de l'acquiescement dans la détermination d'une coutume particulière. Pour certains membres, il s'ensuivait que la coutume particulière répondait à des normes plus strictes que la coutume générale ou universelle. D'autres membres ont toutefois indiqué que toutes les règles de droit international coutumier étaient subordonnées aux mêmes conditions. Il a été dit qu'en envisageant l'existence d'une coutume particulière au sein d'un groupe d'États largement dispersés et dépourvus de lien géographique, le projet de conclusion proposé favorisait des affirmations confuses quant à l'existence d'une telle coutume et risquait de fragmenter le droit international coutumier alors que rien dans la pratique ne le justifiait.

h) *Objecteur persistant*

93. La règle de l'objecteur persistant a donné lieu à un large débat. Plusieurs membres ont approuvé l'inclusion de la règle dans l'ensemble du projet de conclusions, d'autres membres estimant qu'il s'agissait d'une théorie controversée qui n'était pas étayée par une pratique étatique et une jurisprudence suffisantes, et qui pouvait aboutir à la fragmentation du droit international. Il a été proposé de donner des exemples concrets dans le commentaire pour étayer cette règle, dont l'existence était, d'après certains membres, largement reconnue dans la doctrine.

94. Les membres de la Commission ont également examiné de manière approfondie les conditions d'application de la règle de l'objecteur persistant et ses conséquences. Certains d'entre eux ont indiqué qu'une telle règle, si elle existait, n'était de toute façon pas applicable aux obligations *erga omnes* ni aux normes impératives (*jus cogens*).

i) *Programme de travail futur*

95. S'agissant du programme de travail futur, la proposition du Rapporteur spécial, tendant à examiner les moyens pratiques de rendre plus accessible la documentation permettant d'établir l'existence de la pratique générale et de l'acceptation comme étant le droit, a été favorablement accueillie. Plusieurs membres ont également proposé que le Rapporteur spécial étudie la question de l'évolution du droit international coutumier dans le temps et d'autres questions connexes.

96. Certains membres ont indiqué qu'il fallait allouer suffisamment de temps à la Commission pour qu'elle puisse achever les travaux sur le sujet sans que les progrès accomplis à cet égard se fassent au détriment de la qualité.

3. CONCLUSIONS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

97. Le Rapporteur spécial a souligné que le but des travaux sur le sujet était d'aider à déterminer l'existence ou non d'une règle de droit international coutumier et son contenu. Telle était la tâche des juges, des arbitres et des juristes, qui formulaient des avis sur le droit tel qu'il existait à un moment donné, par opposition à ceux qui donnaient des avis sur la manière dont le droit pouvait évoluer ou être développé. La question de savoir comment les règles coutumières se formaient et évoluaient faisait néanmoins partie intégrante du cadre général du sujet et serait abordée dans le commentaire.

98. S'agissant des diverses questions relatives au lien entre les deux éléments, le Rapporteur spécial a estimé que l'aspect temporel de cette relation intéressait davantage la formation des règles coutumières que leur détermination, mais qu'il s'agissait néanmoins d'un aspect important devant être couvert dans le commentaire. Quant à l'application de l'approche des deux éléments selon les domaines, il a souligné que le contexte dans lequel la preuve avait émergé devait être pris en considération, ce qui supposait l'examen approfondi des faits propres à chaque cas et de leur pertinence. Enfin, sur la question de l'évaluation séparée des deux éléments, le Rapporteur spécial a relevé que les membres de la Commission s'accordaient à considérer que chaque élément devait être établi séparément pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier. La question parfois désignée comme celle de la «double prise en compte» (*double counting*) se révélait plus controversée. Sur ce point, le Rapporteur spécial a précisé qu'il se pouvait, dans certains cas, que la même preuve soit utilisée pour établir l'existence des deux éléments. Ce qui importait était la présence des deux éléments; les théories selon lesquelles l'abondance d'un élément pouvait compenser l'absence de l'autre n'étaient pas convaincantes.

99. Le Rapporteur spécial a estimé que la conclusion selon laquelle la pratique des organisations internationales était en elle-même pertinente pour déterminer l'existence de règles de droit international coutumier ne prêtait pas à controverse, étant donné qu'il apparaissait que la pratique des organisations internationales dans leurs relations entre elles pouvait à tout le moins créer des règles coutumières contraignantes dans le cadre de ces relations. Une telle conclusion était également importante dans le cas d'organisations internationales qui, comme l'Union européenne, exerçaient des compétences au nom de leurs États membres. Cette conclusion, déjà dégagée lors des travaux antérieurs de la Commission, semblait généralement approuvée par les États. Le Rapporteur spécial a souligné qu'en dépit de l'importance du rôle des organisations internationales, celui-ci n'était pas comparable à celui des États. S'agissant du rôle des acteurs non étatiques, le Rapporteur spécial a indiqué que ces entités pouvaient jouer un rôle dans la formation et la détermination des règles

de droit international coutumier en ce qu'elles stimulaient ou révélaient la pratique des États et la pratique des organisations internationales, et non du fait de leur comportement même.

100. Quant au rôle de l'inaction, le Rapporteur spécial a indiqué que la proposition tendant à ce que le paragraphe correspondant du projet de conclusion reflète l'essence des conditions énoncées à cet égard dans le rapport méritait d'être examinée de près.

101. S'agissant du rôle des traités dans la détermination des règles de droit international coutumier, le Rapporteur spécial, tout en reconnaissant l'importance des traités multilatéraux, a estimé que le projet de conclusions ne pouvait ignorer les traités bilatéraux, dont le poids devait néanmoins être évalué avec prudence. Le Rapporteur spécial a également indiqué que l'importance, pour le sujet, de l'article 38 de la Convention de Vienne de 1969 serait abordée dans le commentaire, où il serait aussi question de la notion de disposition de «caractère fondamentalement normatif».

102. Le Rapporteur spécial a constaté que le projet de conclusion sur les résolutions adoptées par des organisations internationales et lors de conférences internationales n'avait pas suscité de controverse particulière au sein de la Commission. Il a reconnu que le rôle de ces résolutions pourrait être décrit plus positivement, même s'il fallait rester prudent lorsque l'on s'y référerait.

103. Le Rapporteur spécial a indiqué que le projet de conclusion sur la jurisprudence et la doctrine appelait des précisions et que ces deux sources devaient être traitées dans des projets de texte distincts. Il a convenu que la jurisprudence intervenait en réalité dans le cadre d'un processus unique de détermination de l'existence d'une règle coutumière. Le Rapporteur spécial a également reconnu que les opinions individuelles et dissidentes qui, selon lui, n'étaient pas des décisions judiciaires au sens du paragraphe 1 *d* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, n'étaient toutefois pas dénuées d'intérêt pour le sujet. Il a indiqué que par «doctrine», il entendait la «doctrine de juristes», et a en outre convenu qu'il fallait insister, dans le commentaire, sur l'intérêt de prendre en considération la doctrine de juristes représentatifs des divers systèmes juridiques du monde.

104. Le Rapporteur spécial a noté que de nombreux membres avaient proposé de consacrer une conclusion distincte aux travaux de la Commission. Il n'était pas convaincu de la nécessité d'une telle conclusion; des précisions sur le rôle de la Commission pouvaient par contre être apportées dans les commentaires. Cela étant, il espérait que la question serait examinée par le Comité de rédaction.

105. Au sujet de la coutume particulière, le Rapporteur spécial a confirmé que tous les autres projets de conclusion lui étaient applicables, y compris le projet de conclusion relatif aux traités, sauf si le projet de conclusion 15 en disposait autrement. Il a ajouté que si l'existence d'un lien géographique entre les États tenus par une telle règle n'était en principe pas requise, ce lien était souvent exigé dans la pratique.

106. Le Rapporteur spécial a noté que le projet de conclusion 16, relatif à l'objecteur persistant, avait recueilli un large appui et qu'il devrait être illustré par des exemples concrets dans le commentaire. Il a souligné que la règle de l'objecteur persistant pouvait être et était souvent invoquée devant des juges appelés à déterminer l'existence d'une règle du droit international coutumier; il importait donc d'offrir aux praticiens des indications sur la question et, surtout, de préciser les conditions dans lesquelles un État devenait objecteur persistant.

107. À propos du programme de travail futur sur le sujet, le Rapporteur spécial a estimé, à la lumière de tous les échanges tenus pendant le débat, qu'un objectif réaliste consisterait à terminer la première lecture des projets de conclusion et des commentaires y afférents d'ici à la fin de la soixante-huitième session, en 2016. Il s'agissait

en conséquence de savoir comment répartir le travail entre la présente session et la suivante. Compte tenu de l'importance des commentaires, il semblait approprié de procéder en deux temps. Premièrement, si le Comité de rédaction parvenait à achever ses travaux à la présente session et à adopter à titre provisoire un ensemble complet de projets de conclusion (complet, c'est-à-dire sous réserve de l'ajout de dispositions et sous réserve de propositions pouvant être faites à l'occasion du débat sur le quatrième rapport), le Rapporteur spécial pourrait élaborer les projets de commentaire relatifs à toutes les conclusions pour le début de la session de 2016. Cela laisserait aux membres assez de temps pour les examiner attentivement et permettrait à la Commission d'envisager d'adopter le jeu complet de projets de conclusion examinés en première lecture et leurs commentaires d'ici à la fin de la session de 2016.