



Assemblée générale

Distr. générale
14 mars 2018
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-dixième session

New York, 30 avril-1^{er} juin 2018, et Genève, 2 juillet-10 août 2018

Cinquième rapport sur la détermination du droit international coutumier

Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial*

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction	4
I. Commentaires et observations sur les projets de conclusion adoptés en première lecture	7
A. Commentaires et observations d'ordre général.	7
1. Commentaires et observations reçus	7
2. Propositions du Rapporteur spécial.	9
B. Commentaires et observations portant sur des projets de conclusion spécifiques	10
Première partie : Introduction	10
Conclusion 1 : Portée	10
1. Commentaires et observations reçus	10
2. Propositions du Rapporteur spécial.	11
Deuxième partie : Approche fondamentale.	12
Conclusion 2 : Deux éléments constitutifs	12
1. Commentaires et observations reçus	12
2. Propositions du Rapporteur spécial.	13

* Le Rapporteur spécial tient à remercier Omri Sender pour sa contribution inappréciable à l'élaboration du présent rapport, ainsi que Jean-Baptiste Merlin, qui poursuit ses travaux sur le sujet.



Conclusion 3 : Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs	13
1. Commentaires et observations reçus	13
2. Propositions du Rapporteur spécial	14
Troisième partie : Pratique générale	15
Conclusion 4 : Exigence d'une pratique	15
1. Commentaires et observations reçus	15
2. Propositions du Rapporteur spécial	19
Conclusion 5 : Comportement de l'État en tant que pratique de l'État	23
1. Commentaires et observations reçus	23
2. Propositions du Rapporteur spécial	23
Conclusion 6 : Formes de pratique	24
1. Commentaires et observations reçus	24
2. Propositions du Rapporteur spécial	26
Conclusion 7 : Appréciation de la pratique d'un État	27
1. Commentaires et observations reçus	27
2. Propositions du Rapporteur spécial	28
Conclusion 8 : La pratique doit être générale	29
1. Commentaires et observations reçus	29
2. Propositions du Rapporteur spécial	30
Quatrième partie : Acceptée comme étant le droit (<i>opinio juris</i>)	33
Conclusion 9 : Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (<i>opinio juris</i>)	33
1. Commentaires et observations reçus	33
2. Propositions du Rapporteur spécial	34
Conclusion 10 : Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (<i>opinio juris</i>)	35
1. Commentaires et observations reçus	35
2. Propositions du Rapporteur spécial	38
Cinquième partie : Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier	39
Conclusion 11 : Traités	39
1. Commentaires et observations reçus	39
2. Propositions du Rapporteur spécial	40
Conclusion 12 : Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales	40
1. Commentaires et observations reçus	40
2. Propositions du Rapporteur spécial	42

Conclusion 13 : Décisions de juridictions	43
1. Commentaires et observations reçus	43
2. Propositions du Rapporteur spécial	45
Conclusion 14 : Doctrine	46
1. Commentaires et observations reçus	46
2. Propositions du Rapporteur spécial	46
Sixième partie : Objecteur persistant	47
Projet de conclusion 15 : Objecteur persistant	47
1. Commentaires et observations reçus	47
2. Propositions du Rapporteur spécial	49
Septième partie : Droit international coutumier particulier	51
Conclusion 16 : Droit international coutumier particulier	51
1. Commentaires et observations reçus	51
2. Propositions du Rapporteur spécial	53
II. Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier	55
III. Forme définitive du résultat des travaux de la Commission	56
Annexe	
Projets de conclusion adoptés en première lecture et modifications proposées par le Rapporteur spécial	58

Introduction

1. En 2012, à sa soixante-quatrième session, la Commission du droit international a inscrit le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » à son programme de travail et organisé un débat préliminaire sur la base d'une note établie par le Rapporteur spécial¹.
2. À sa soixante-cinquième session, ayant tenu un débat général sur la base du premier rapport du Rapporteur spécial² et d'une étude du Secrétariat intitulée « Formation et identification du droit international coutumier : éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet »³, la Commission a décidé de modifier comme suit l'intitulé du sujet : « Détermination du droit international coutumier »⁴.
3. À sa soixante-sixième session, la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial⁵. À l'issue du débat, les 11 projets de conclusion proposés dans celui-ci ont été renvoyés au Comité de rédaction, qui a en adopté huit à titre provisoire⁶.
4. À sa soixante-septième session, la Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial, qui visait à compléter la série de projets de conclusion sur le sujet⁷. À l'issue du débat, les projets de conclusion proposés ont été renvoyés au Comité de rédaction, qui a adopté à titre provisoire huit projets de conclusion supplémentaires et décidé d'ajouter des paragraphes à deux des projets de conclusion déjà adoptés. La Commission a pris note des projets de conclusions 1 à 16 adoptés par le Comité de rédaction à titre provisoire, dans l'idée que leur adoption (ainsi que celle des commentaires y afférents) en première lecture ferait l'objet d'un débat l'année suivante.
5. À sa soixante-huitième session (2016), la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial, qui apportait des réponses aux principales observations et suggestions formulées, notamment par les États, sur les 16 projets de conclusion adoptés à titre provisoire⁸. Le rapport traitait également des voies et des moyens propres à rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, en vue de relancer les travaux de la Commission sur le sujet. Cette dernière était également saisie d'une bibliographie préliminaire sur le sujet⁹, ainsi que d'une nouvelle étude du Secrétariat sur le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier¹⁰.
6. La Commission a examiné le quatrième rapport du Rapporteur spécial du 19 au 24 mai 2016 et renvoyé au Comité de rédaction les propositions de modification des projets de conclusion qui y figuraient. Elle a en outre créé un groupe de travail à

¹ [A/CN.4/653](#).

² Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial ([A/CN.4/663](#)).

³ [A/CN.4/659](#).

⁴ Compte rendu analytique provisoire de la 3186^e séance de la Commission (25 juillet 2013) ([A/CN.4/SR.3186](#)), p. 5 et 6.

⁵ Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial ([A/CN.4/672](#)).

⁶ Deux projets de conclusion n'ont pas pu être examinés, faute de temps, et un autre a été écarté.

⁷ [A/CN.4/682](#).

⁸ Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial ([A/CN.4/695](#)).

⁹ *Ibid.*, ([A/CN.4/695/Add.1](#)).

¹⁰ [A/CN.4/691](#).

composition non limitée, chargé d'examiner un ensemble de projets informels de commentaires élaborés par le Rapporteur spécial. Le 2 juin 2016, elle a examiné et adopté le rapport du Comité de rédaction sur les projets de conclusions 1 à 16, adoptant ainsi en première lecture un ensemble de 16 projets de conclusion¹¹. Les 5 et 8 août 2016, elle a adopté les commentaires¹². Elle a en outre demandé au Secrétariat d'élaborer une étude sur les voies et les moyens propres à rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, qui fasse le point sur l'état actuel de cette documentation et propose des moyens de l'améliorer¹³.

7. Conformément aux articles 16 à 21 de son statut, la Commission a décidé, en 2016, de communiquer les projets de conclusion adoptés en première lecture aux gouvernements, par l'entremise du Secrétaire général, en leur demandant de faire parvenir leurs commentaires et observations à ce dernier le 1^{er} janvier 2018 au plus tard¹⁴.

8. Une cinquantaine d'orateurs¹⁵ se sont exprimés à ce sujet lors du débat de la Sixième Commission en 2016. À cette occasion, les délégations ont salué le travail accompli par la Commission jusque-là et ont généralement bien accueilli les projets de conclusion, les commentaires et la bibliographie, considérant que ces textes importants faciliteraient grandement les travaux des praticiens et des universitaires. Elles ont également remercié le Secrétariat pour son étude sur le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux. Nombre d'entre elles ont en outre formulé des observations détaillées sur le texte adopté en première lecture, émettant des suggestions précieuses sur les améliorations qui pourraient être apportées à certains projets de conclusion et aux commentaires y afférents¹⁶.

9. Au moment de l'établissement du présent rapport, la Commission avait reçu par écrit, comme suite à sa demande, des commentaires et observations des pays suivants : Autriche, Bélarus, Chine, El Salvador, États-Unis d'Amérique, Israël, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), République de Corée, République tchèque et Singapour¹⁷.

10. Conformément au programme de travail défini en 2016¹⁸, le présent rapport vise à répondre aux principaux commentaires et observations émis au sujet des projets de conclusion et des commentaires adoptés en première lecture, tant au cours des débats de la Sixième Commission en 2016 que par écrit comme suite à la demande de la Commission. Ainsi qu'il est mentionné ci-dessus et que l'ont constaté plusieurs

¹¹ Voir [A/71/10](#), par. 57 et 62.

¹² *Ibid.*, par. 63.

¹³ *Ibid.*, par. 56.

¹⁴ *Ibid.*, par. 15.

¹⁵ Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Brésil, Chili, Chine, Chypre, Colombie, Cuba, Égypte, El Salvador, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande (au nom des pays nordiques), France, Grèce, Inde, Indonésie, Iran (République islamique d'), Irlande, Israël, Japon, Malaisie, Mexique, Mongolie, Pays-Bas, Pérou, Pologne, Portugal, République de Corée, République dominicaine (au nom de la Communauté des États d'Amérique latine et des Caraïbes), République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Soudan, Thaïlande, Turquie, Viet Nam, Comité international de la Croix-Rouge, Conseil de l'Europe et Union européenne (également au nom de la Serbie et de la Bosnie-Herzégovine).

¹⁶ Voir le résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante et onzième session, établi par le Secrétariat ([A/CN.4/703](#)).

¹⁷ Dans le présent rapport, on entend par « observations écrites » les observations formulées par écrit à la demande de la Commission. Toute observation reçue après la date de dépôt du présent rapport sera examinée par la Commission à sa soixante-dixième session.

¹⁸ Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial ([A/CN.4/695](#)), par. 50 à 53.

États¹⁹, les observations et suggestions formulées précédemment sur le sujet ont déjà été prises en considération.

11. Les projets de conclusion et les commentaires adoptés en première lecture ont également retenu l'attention des praticiens et spécialistes : ils ont été cités par des tribunaux²⁰ et examinés dans le cadre de plusieurs rencontres universitaires²¹, ainsi que dans la doctrine²².

12. Au-delà de son introduction, le présent rapport est structuré de la façon suivante. Le chapitre I présente les principaux commentaires et observations des États sur les projets de conclusion et les commentaires adoptés en première lecture, ainsi que les propositions que le Rapporteur spécial formule afin d'y donner suite. Le chapitre II porte sur l'étude élaborée par le Secrétariat sur les voies et les moyens propres à rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier et sur la suite qui pourrait être donnée aux propositions y figurant. Le chapitre III expose les recommandations du Rapporteur spécial relatives à la forme définitive à donner au texte produit par la Commission. L'annexe I présente les modifications que le Rapporteur spécial propose d'apporter aux projets de conclusion adoptés en première lecture. L'annexe II, dans laquelle figure une bibliographie mise à jour sur le sujet, sera distribuée dans le courant de la session.

¹⁹ Voir, par exemple, [A/C.6/71/SR.21](#), par. 75 (Autriche) et par. 116 (Allemagne) ; [A/C.6/71/SR.22](#), par. 40 (Singapour) et par. 70 (Malaisie) ; observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 2 ; observations écrites de la Chine, p. 1.

²⁰ *R (on the application of the Freedom and Justice Party) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2016] All ER (D) 32 (5 août 2016), par. 77 et 78 ; *Mohammed and others v Ministry of Defence*, [2017] UKSC 2 (17 janvier 2017), par. 151 ; *Benkharbouche v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs et Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v Janah*, [2017] UKSC 62 (18 octobre 2017), par. 31 et 32.

²¹ Le Rapporteur spécial a participé à diverses manifestations où les projets de conclusion et de commentaire ont été examinés, notamment à l'Université de Cambridge, à l'Institut universitaire européen, à l'Université de Manchester, à l'université La Sapienza à Rome et à l'Université du Michigan.

²² Voir, par exemple, le numéro spécial de l'*International Community Law Review* consacré au droit international coutumier, vol. 19, 2017 ; B.D. Lepard, *Reexamining Customary International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 ; N. Blokker, «International organizations and customary international law: is the International Law Commission taking international organizations seriously?», *International Organizations Law Review*, vol. 14, 2017, p. 1 à 12 ; M. Fitzmaurice, «Customary law, general principles, unilateral acts», in *Nicaragua before the International Court of Justice: Impacts on International Law*, E. Sobenes Obregon et B. Samson (dir.), Cham, Springer, 2017, p. 247 à 267 ; R. Deplano, «Assessing the role of resolutions in the ILC draft conclusions on identification of customary international law: substantive and methodological issues», *International Organizations Law Review*, vol. 14, 2017, p. 227 à 253 ; C.A. Bradley (dir.), *Custom's Future: International Law in a Changing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016 ; L. Kirchmair, «What came first: the obligation or the belief? A renaissance of consensus theory to make the normative foundations of customary international law more tangible», *German Yearbook of International Law*, vol. 59, 2016, p. 289 à 319 ; K. Gastorn, «Defining the imprecise contours of *jus cogens* in international law», *Chinese Journal of International Law*, vol. 16, 2018, p. 1 à 20 ; E. Henry, «Alleged acquiescence of the international community to revisionist claims of international customary law (with special reference to the *jus contra bellum* regime)», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 18, 2017, p. 260 à 297 ; J. d'Aspremont et S. Droubi (dir.), *International Organizations and the Formation of Customary International Law*, Manchester, Manchester University Press, à paraître en 2018 ; C.A. Bradley et J.L. Goldsmith, «Presidential control over international law», *Harvard Law Review*, vol. 131, n° 5, 2018 ; G.H. Fox, K.E. Boon et I. Jenkins, «The contributions of United Nations Security Council resolutions to the Law of Non-International Armed Conflict: new evidence of customary international law», *American University Law Review*, vol. 67, 2018 ; N. Lamp, «The 'practice turn' in international law: insights from the theory of structuration», in *Research Handbook on the Sociology of International Law*, M. Hirsch et A. Lang (dir.), Cheltenham, Edward Elgar, à paraître en 2018.

I. Commentaires et observations sur les projets de conclusion adoptés en première lecture

13. Le Rapporteur spécial est très reconnaissant à tous ceux qui ont formulé des observations, oralement ou par écrit, sur les projets de conclusion et les commentaires adoptés en première lecture. Même si, comme on pouvait s'y attendre, les observations vont parfois dans des directions opposées, elles sont toutes, sans exception, réfléchies et constructives, et devraient grandement aider la Commission à améliorer son texte final.

14. Les commentaires et observations reçus sont examinés ci-dessous dans deux sections : la section A est consacrée aux commentaires et observations généraux portant sur l'ensemble du projet de conclusions, tandis que la section B présente les commentaires et observations portant sur des projets de conclusion précis. Pour chaque cas, après avoir brièvement exposé les commentaires et observations, le Rapporteur spécial formule ses recommandations, principalement en ce qui concerne le texte des projets de conclusion, mais également en indiquant, au moins de manière générale, s'il y a lieu d'apporter des changements aux commentaires. Afin de faciliter la lecture, les propositions de modification des projets de conclusion sont exposées à l'annexe I du rapport.

A. Commentaires et observations d'ordre général

1. Commentaires et observations reçus

15. Dans leurs observations sur les projets de conclusion et les commentaires adoptés par la Commission en première lecture en 2016, les États se sont dits d'avis que les projets de conclusion constitueraient « à n'en pas douter un outil utile pour les praticiens dans la détermination de l'existence et de la portée des règles [de droit international coutumier] »²³. Nombre des propositions figurant dans les projets de

²³ Voir [A/C.6/71/SR.20](#), par. 52 (Finlande, au nom des pays nordiques). Voir également [A/C.6/71/SR.20](#), par. 56 (États-Unis, déclarant que les projets de conclusion et les commentaires y afférents « constituent déjà une importante ressource pour les praticiens et les publicistes ») ; [A/C.6/71/SR.21](#), par. 12 et 16 (Australie, observant que « le projet de conclusions fournit une méthode souple et pratique de détermination des règles de ce droit et de leur contenu ») ; *Ibid.*, par. 85 (Royaume-Uni, faisant remarquer que « [l]es projets de conclusion et les commentaires constituent un outil précieux et accessible pour les juges et les magistrats ») ; *Ibid.*, par. 93 (Portugal, déclarant que « [l]e sujet "Détermination du droit international coutumier" est d'un grand intérêt pratique pour les conseillers juridiques et les praticiens du monde entier » et que « [d]es conclusions concrètes et simples, propres à contribuer à la détermination des règles du droit international coutumier, constitueraient un outil utile ») ; [A/C.6/71/SR.22](#), par. 6 (Grèce, observant que « [l]es travaux de [la Commission] apportent aux juristes internationaux les indications normatives dont ils ont grand besoin lorsqu'ils traitent de l'épineuse question de la détermination et du contenu précis des règles de droit international coutumier ») ; *Ibid.*, par. 22 (Mexique, déclarant que les projets de conclusion « apportent des indications utiles ») ; *Ibid.*, par. 33 (Irlande, indiquant que « les projets de conclusion, les commentaires et la bibliographie constituent des ressources utiles ») ; *Ibid.*, par. 61, (Japon, déclarant que le sujet est « de nature à apporter une contribution utile au développement du droit international ») ; [A/C.6/71/SR.23](#), par. 24 (Slovaquie, estimant que les projets de conclusion et les commentaires s'y rapportant « constituent un aboutissement concret et important, qui permettra aux juges et aux praticiens du droit de recenser les règles de droit international coutumier dans la pratique ») ; *Ibid.*, par. 41 (Égypte, déclarant que les projets de conclusion serviront « aux tribunaux comme aux praticiens ») ; [A/C.6/71/SR.24](#), par. 13 (Équateur, déclarant que la méthode proposée par la Commission « sera d'une grande utilité aux praticiens du droit, en particulier les magistrats, qui sont souvent appelés à déterminer quelles règles coutumières sont applicables dans les affaires dont ils sont saisis ») ; [A/C.6/71/SR.29](#), par. 97 (Mongolie, saluant les travaux sur le sujet et

conclusion et les commentaires ont été expressément et largement adoptées. L'« approche prudente et équilibrée »²⁴ adoptée par la Commission tout au long de ses travaux sur le sujet et le soin qu'elle a mis à tenir compte de la pratique des différents systèmes et traditions juridiques nationaux²⁵ ont été salués.

16. Bien que les efforts déployés par la Commission pour que le texte des conclusions soit bref et compréhensible (les détails figurant dans les commentaires) aient été accueillis favorablement, il a été suggéré dans certains cas de mieux équilibrer les conclusions et les commentaires correspondants. Selon la Nouvelle-Zélande, « la volonté de veiller à ce que les projets de conclusion ne soient ni trop longs ni trop prescriptifs a parfois donné lieu à des observations générales qui ne fournissent que peu d'orientations claires »²⁶. Les États ont formulé à cet effet un certain nombre de suggestions précises qui sont examinées ci-après sous la rubrique du projet de conclusion auquel elles se rapportent.

17. Les États-Unis ont dit que les projets de conclusion et les commentaires risquaient « de donner l'impression que les règles du droit international coutumier se forment facilement ou que leur existence est facile à déterminer »²⁷, et la Chine a proposé d'ajouter au projet de conclusion 3 un troisième paragraphe invitant à « adopter une méthode rigoureuse et systématique pour déterminer le droit coutumier »²⁸. Israël a recommandé que le commentaire indique que la détermination d'une règle de droit international coutumier exige « un examen exhaustif, empirique et objectif des éléments de preuve disponibles »²⁹, tandis que la France a déclaré que les commentaires des projets de conclusion « gagneraient à être complétés par des exemples de situations dans lesquelles il a effectivement été conclu à l'existence d'une règle de droit international coutumier, car presque tous les exemples donnés

ajoutant que « le projet de conclusion va favoriser le recours à l'application du droit international coutumier comme source importante du droit international public ») ; observations écrites de Singapour, par. 1 (déclarant que « le résultat final des travaux de la Commission fournira de précieuses orientations pratiques aux États, aux juridictions internationales ainsi qu'aux professionnels du domaine ») ; observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 1 (estimant que « les projets de conclusion constitueront un outil de référence utile pour les juristes et quiconque est appelé à déterminer et à appliquer les normes de droit international coutumier ») ; observations écrites de la Chine, p. 2 (exprimant le souhait « que [les conclusions] et les commentaires y afférents, ainsi que le résultat des recherches menées par le Secrétariat, permettront de proposer des orientations claires et cohérentes sur le droit international et sa pratique ») ; observations écrites de la République de Corée, par. 2 (observant que les « projets de conclusion devraient fournir aux juristes de divers milieux nationaux des orientations fiables concernant la détermination et la confirmation des règles de droit international coutumier »). Voir également [A/C.6/71/SR.24](#), par. 25 (Comité international de la Croix-Rouge, félicitant la Commission pour l'adoption des projets de conclusion et disant lui être extrêmement reconnaissant « d'examiner les questions que soulève la détermination du droit international coutumier »).

²⁴ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 116 (Allemagne).

²⁵ Voir [A/C.6/71/SR.20](#), par. 72 (France).

²⁶ Observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 5 (ajoutant que, tout en accueillant avec satisfaction les efforts déployés par la Commission pour rendre les projets de conclusion concis et accessibles, elle « comprend bien que les projets de conclusion doivent être lus conjointement avec les commentaires s'y rapportant, mais estime qu'ils devraient néanmoins se suffire à eux-mêmes. Dans un certain nombre de cas, les commentaires apportent des tempéraments importants à la formulation générale des projets de conclusion. La Nouvelle-Zélande pense que ces éléments devraient également figurer dans le texte des projets eux-mêmes »). Voir également [A/C.6/71/SR.20](#), par. 45 (Union européenne, Serbie et Bosnie-Herzégovine).

²⁷ Voir [A/C.6/71/SR.20](#), par. 58.

²⁸ Observations écrites de la Chine, p. 2.

²⁹ Observations écrites d'Israël, par. 32.

dans le texte actuel des commentaires concernent des situations dans lesquelles cette existence a été rejetée »³⁰.

18. Dans deux cas, on a laissé entendre que les projets de conclusion allaient au-delà de la démarche actuelle et pourraient donc relever du « développement progressif » du droit international, à savoir la valeur de la pratique des organisations internationales pour la formation et la détermination du droit international coutumier³¹ et l'existence de règles de droit international coutumier particulier applicable entre deux États ou entre des États liés par une cause, une activité ou un intérêt commun autre que leur situation géographique³². Il a été proposé à cet égard que le texte de la Commission sur le sujet exclue toute recommandation relative au « développement progressif » ou que, dans le cas contraire, pareille recommandation soit clairement désignée comme telle.

2. *Propositions du Rapporteur spécial*

19. Le Rapporteur spécial rappelle que les projets de conclusion doivent être lu conjointement avec les commentaires³³. Il a déjà fait observer qu'il fallait « avoir constamment à l'esprit la nécessité d'élaborer des projets de conclusion qui soient à la fois clairs et concis d'une part, et complets de l'autre »³⁴. Les observations reçues à ce jour semblent indiquer que plusieurs points actuellement traités dans les commentaires devraient également figurer dans une certaine mesure dans les conclusions elles-mêmes. Le présent rapport énonce un certain nombre de propositions à cet effet.

20. Il convient également de garder à l'esprit, cependant, que les conclusions ne doivent pas être trop rigides, et ce pour au moins trois raisons. Premièrement, elles doivent pouvoir s'appliquer à l'ensemble des situations très diverses qui peuvent se présenter dans la pratique. Deuxièmement, le droit international coutumier en tant que source de droit ne se prête pas, de par sa nature même, aux formulations exactes. Ainsi que l'a dit l'Australie, une certaine souplesse dans l'élaboration de la méthode de détermination du droit international coutumier « est essentielle pour que le dynamisme qui caractérise la formation et le développement des règles coutumières soit reflété dans le texte issu des travaux de la [Commission] sur le sujet »³⁵. Enfin, les commentaires rendront peut-être mieux des nuances importantes, leur rôle précis étant d'expliquer plus en détail les conclusions. Les commentaires, comme l'a dit Singapour, devraient être appliqués « conjointement avec [les conclusions] comme un tout indissoluble »³⁶. Le Rapporteur spécial propose de souligner dans le commentaire

³⁰ Voir [A/C.6/71/SR.20](#), par. 72.

³¹ Voir observations écrites des États-Unis, p. 1 et 2, et [A/C.6/71/SR.20](#), par. 56 et 57 (États-Unis) ; [A/C.6/71/SR.22](#), par. 38 (Israël) ; observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 4 (relevant « l'absence de source jurisprudentielle dans le commentaire correspondant »).

³² Observations écrites des États-Unis, p. 19 ; observations écrites de la République tchèque, p. 3.

³³ Voir également [A/71/10](#), note de bas de page 245.

³⁴ Voir le quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial ([A/CN.4/695](#)), par. 14.

³⁵ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 12 (observant que le projet de conclusions « fournit une méthode souple et pratique de détermination des règles de [droit international coutumier] et de leur contenu »). Voir également les observations écrites de la République de Corée, par. 2 (nécessité de rechercher « un juste équilibre entre la clarté des règles et la souplesse inhérente au droit international coutumier »). Les membres de la Commission se sont généralement accordés à dire dès le début que les conclusions sur le sujet « ne doivent pas être revêtues d'un caractère par trop impératif » [deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial ([A/CN.4/672](#)), par. 3, al. c)].

³⁶ Voir [A/C.6/71/SR.22](#), par. 40.

général servant d'introduction aux conclusions que celles-ci doivent être lues conjointement avec les commentaires y afférents.

21. Le Rapporteur spécial croit savoir que la Commission n'avait pas d'autre intention, en élaborant les conclusions et commentaires adoptés en première lecture, que de présenter la méthode actuelle de détermination des règles de droit international coutumier. Cette interprétation cadre avec la position énoncée par la Commission au début de ses travaux sur le sujet, à savoir qu'elle devrait « s'employer à décrire l'état actuel du droit international en matière de formation et d'identification des règles du droit international coutumier, sans préjudice des changements susceptibles de se produire dans l'avenir »³⁷. Il s'agit en l'occurrence de fournir des orientations concrètes et fiables sur la façon de définir les règles de droit international coutumier et il est essentiel que, ce faisant, la Commission s'attache à suivre une méthode éprouvée. Quoi qu'il en soit, la plupart des États qui ont émis des observations sur la question ont indiqué que les projets de conclusion exposaient bien la situation actuelle : comme l'a dit la République de Corée, « les projets de conclusion sont bien organisés dans l'ensemble et reflètent correctement l'état actuel du droit international sur ce sujet »³⁸. Le Rapporteur spécial admet toutefois que plus de précisions pourraient être apportées au sujet de la valeur de la pratique des organisations internationales et des règles de droit international coutumier particulier. Des propositions en ce sens figurent dans le présent rapport.

22. Le Rapporteur spécial est entièrement d'accord avec ceux qui ont fait observer qu'il était important de faire preuve de rigueur dans la détermination des règles de droit international coutumier³⁹. Cependant, il considère que le texte actuel des projets de conclusions et des commentaires traite suffisamment de ce point, notamment tout au début du commentaire général⁴⁰.

B. Commentaires et observations portant sur des projets de conclusion spécifiques

Première partie : Introduction

Conclusion 1 : Portée

1. Commentaires et observations reçus

23. Différents États se sont dits d'accord avec la portée des projets de conclusion, qui « se limitent à la détermination du droit international coutumier et ne mettent pas l'accent sur la relation de celui-ci avec d'autres sources de droit international ou le *jus cogens* »⁴¹. Selon le Japon, « c'est à juste titre que la Commission dit que le sujet doit avoir pour but de faciliter la détermination de l'existence et du contenu d'une règle à un moment donné »⁴². L'Australie a jugé pour sa part que « les travaux de la Commission n'ont pas pour objet de donner des indications sur les difficultés que

³⁷ Voir le premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (A/CN.4/663), par. 16.

³⁸ Observations écrites de la République de Corée, par. 1.

³⁹ Voir également le quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (A/CN.4/695), par. 15.

⁴⁰ Voir A/71/10, par. 63, par. 1 du commentaire général (« Cette tâche requiert une méthode structurée et fiable d'analyse juridique et d'évaluation »).

⁴¹ Observations écrites conjointes des pays nordiques (2017), p. 1 ; voir aussi, par exemple, A/C.6/71/SR.21, par. 6 (République tchèque).

⁴² Voir A/C.6/71/SR.22, par. 63, où il est expliqué que « le droit international coutumier peut [...] se former de plusieurs manières en fonction de l'objet de la règle ou des circonstances. Il n'est pas possible de déterminer la manière dont la règle s'est formée ni le moment précis où elle est née ».

soulève la détermination du moment précis où une pratique des États atteint une telle masse critique qu'une règle de droit international coutumier est formée. Les conclusions visent à donner aux praticiens des indications sur la manière de déterminer si, à un moment donné, une règle coutumière existe et quel est son contenu »⁴³. Toutefois, la Pologne trouve « regrettable que ni les projets de conclusion ni le commentaire n'abordent la question de savoir comment les règles de droit international coutumier évoluent »⁴⁴.

24. L'Espagne s'est dite d'avis qu'il faudrait ajouter un projet de conclusion « concernant la charge de la preuve de l'existence et du contenu des normes coutumières »⁴⁵. Pour la Fédération de Russie, il serait préférable que l'affirmation selon laquelle la relation entre le droit international coutumier et les autres sources du droit international n'entre pas dans le champ du sujet à l'examen, qui figure actuellement dans le commentaire du projet de conclusion 1, fasse l'objet d'une conclusion distincte⁴⁶.

2. Propositions du Rapporteur spécial

25. Le Rapporteur spécial n'a pas de modification à proposer au projet de conclusion 1 adopté en première lecture. Il rappelle que les projets de conclusion ne négligent pas la formation du droit international coutumier. Comme il a été expliqué, la formation et la détermination de celui-ci peuvent, en pratique, tendre à se confondre eu égard au fait que ses éléments constitutifs servent aussi à établir son existence⁴⁷, d'où la modification de l'intitulé du sujet, étant entendu que les questions touchant la formation du droit international coutumier continuaient à en faire partie⁴⁸. Comme l'a confirmé la déclaration faite par le Président du Comité de rédaction en 2014, la référence dans le projet de conclusion 1 à la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international coutumier « suppose inévitablement d'examiner leur formation »⁴⁹. Ces précisions figurent déjà dans le commentaire⁵⁰.

26. Le Rapporteur spécial fait observer que la question de la charge de la preuve applicable à la détermination de l'existence d'une règle de droit international coutumier a déjà été soulevée au sein de la Commission⁵¹. Le point de savoir si cette charge existe en droit interne (et, dans l'affirmative, sur qui elle pèse) dépend des systèmes juridiques nationaux. Or, comme la Commission l'a expliqué dans le commentaire, les projets de conclusion « ne portent pas sur le statut du droit international coutumier au sein des ordres juridiques nationaux »⁵². Au niveau international, la détermination d'une règle de droit international coutumier relève en principe de l'analyse juridique, sans que l'une ou l'autre des parties n'ait à supporter le fardeau de la preuve⁵³ (du moins dans le cas de la coutume générale, par opposition

⁴³ Voir A/C.6/71/SR.21, par. 15.

⁴⁴ Voir A/C.6/71/SR.22, par. 31.

⁴⁵ Voir A/C.6/71/SR.21, par. 111.

⁴⁶ Ibid., par. 45.

⁴⁷ A/CN.4/SR.3254 : compte rendu analytique provisoire de la 3254^e séance de la Commission (21 mai 2015), p. 10.

⁴⁸ A/CN.4/SR.3186 : compte rendu analytique provisoire de la 3186^e séance de la Commission (25 juillet 2013), p. 6.

⁴⁹ Déclaration du Président du Comité de rédaction (7 août 2014), p. 3 (disponible à l'adresse : <http://legal.un.org/ilc/>).

⁵⁰ Voir A/71/10, par. 63, par. 4 du commentaire du projet de conclusion 1.

⁵¹ A/CN.4/SR.3227 : compte rendu analytique provisoire de la 3227^e séance de la Commission (18 juillet 2014), p. 6.

⁵² Voir A/71/10, par. 63, par. 5 du commentaire du projet de conclusion 1.

⁵³ Voir, pour ce qui concerne la Cour internationale de Justice, mais vraisemblablement dans d'autres contextes aussi, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, aux p. 24 et 25, par. 29 : « Le

au droit international coutumier particulier)⁵⁴. Une conclusion consacrée à la charge de la preuve est donc inutile et pourrait susciter la confusion.

27. Il ne paraît pas nécessaire d'inclure dans le projet une conclusion traitant de la relation entre le droit international coutumier et les autres sources du droit international ; l'intitulé du sujet à l'examen indique clairement que les conclusions portent exclusivement sur la détermination du droit international coutumier, même si, pour ce faire, elles abordent bien sûr le rôle des traités, ainsi que celui des décisions de justice et de la doctrine. Le Rapporteur spécial avait initialement proposé d'adjoindre un second paragraphe au projet de conclusion sur la portée, afin de préciser que les conclusions sur le sujet à l'examen étaient sans préjudice des autres sources de droit international et des questions relatives au *jus cogens*⁵⁵, mais il a retiré sa proposition à l'issue du débat en séance plénière⁵⁶. Le commentaire adopté en première lecture indique déjà que le sujet à l'examen ne tente nullement d'expliquer les rapports existant entre le droit international coutumier et d'autres sources de droit international⁵⁷.

Deuxième partie : Approche fondamentale

Conclusion 2 : Deux éléments constitutifs

1. Commentaires et observations reçus

28. Le projet de conclusion 2 a reçu un large appui des États, ce qui confirme une fois encore que ceux-ci approuvent l'« approche des deux éléments » sous-tendant les conclusions, ainsi que l'applicabilité de cette démarche à tous les domaines du droit international⁵⁸.

principe *jura novit curia* signifie que, pour décider que les conclusions sont fondées en droit, la Cour ne doit pas s'appuyer uniquement sur les exposés des parties relativement au droit applicable (voir l'affaire de *Lotus, C.P.J.I., séries A, n° 10*, p. 31) ... Ainsi que la Cour l'a rappelé dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries* : « La Cour en tant qu'organe judiciaire international, ... est... censée constater le droit international et, dans une affaire relevant de l'article 53 du Statut comme dans toute autre, est donc tenue de prendre en considération de sa propre initiative toutes les règles de droit international qui seraient pertinentes pour le règlement du différend. La Cour ayant pour fonction de déterminer et d'appliquer le droit dans les circonstances de chaque espèce, la charge d'établir ou de prouver les règles de droit international ne saurait être imposée à l'une ou l'autre Partie, car le droit ressortit au domaine de la connaissance judiciaire de la Cour » (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 9, par. 17 ; p. 181, par. 18) ».

⁵⁴ Ainsi qu'il est expliqué dans le commentaire du projet de conclusion 16 (avec renvoi à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice), « [l]a Partie qui invoque une coutume de cette nature doit prouver qu'elle s'est constituée de telle manière qu'elle est devenue obligatoire pour l'autre Partie » (*A/71/10*, par. 63, au paragraphe 6 du commentaire du projet de conclusion 16).

⁵⁵ Voir le deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (*A/CN.4/672*), par. 15.

⁵⁶ Voir la déclaration du Président du Comité de rédaction (7 août 2014), p. 3 et 4, disponible à l'adresse : <http://legal.un.org/ilc/> (Le paragraphe 2 du projet de conclusion 1 initialement proposé était une clause « sans préjudice » excluant du champ du projet de conclusions la question de la méthodologie concernant la détermination d'autres sources du droit international ou des normes impératives du droit international général (*jus cogens*). À l'issue du débat en séance plénière, le Rapporteur spécial a proposé de supprimer cette disposition, préférant réserver ces questions au commentaire. Le sentiment général était que le projet de conclusion 1 devait rester aussi simple que possible et que ce paragraphe 2 pouvait en effet être supprimé. [Traduction du Secrétariat.]

⁵⁷ Voir *A/71/10*, par. 63, au par. 5 du commentaire du projet de conclusion 1.

⁵⁸ Voir, par exemple, *A/C.6/71/SR.21*, par. 48 (Fédération de Russie), par. 84 (Royaume-Uni), par. 99 (Chili) et par. 137 (Soudan) ; *A/C.6/71/SR.22*, par. 38 (Israël), par. 44 (Thaïlande) et par. 50 (Viet Nam) ; *A/C.6/71/SR.23*, par. 24 (Slovaquie) ; observations écrites du Bélarus, p. 2.

29. Il a été proposé d'apporter un certain nombre de modifications au projet de commentaire. Les États-Unis, tout en souscrivant au libellé actuel du texte, selon lequel « [l']approche des deux éléments n'exclut pas [...] tout élément déductif », ont proposé de le remanier « de sorte à souligner que la démarche déductive doit être employée avec prudence pour éviter que soient considérées comme faisant partie du droit international coutumier des règles qui ne découlent pas d'une pratique générale et systématique que les États suivent parce qu'ils s'y sentent juridiquement tenus »⁵⁹. Israël s'est dit d'avis que la mention de la démarche déductive pouvait remettre en cause le caractère empirique que doit avoir l'examen des preuves en vue de la détermination des règles de droit international coutumier et a proposé de la supprimer complètement⁶⁰. La Fédération de Russie a fait valoir que le renvoi, à cet égard, à des règles préexistantes, telles que celles qui font partie d'un « tout indivisible », devrait plutôt être pris en considération au titre du contexte général à examiner aux fins de détermination d'une règle de droit international coutumier (qui est traité dans le projet de conclusion 3)⁶¹.

2. Propositions du Rapporteur spécial

30. Le Rapporteur spécial ne propose aucune modification au texte du projet de conclusion 2 adopté en première lecture. Il pourrait, en temps et lieu, être proposé de modifier le texte du commentaire pour préciser que la mention de « l'approche déductive » ne vise pas à laisser entendre qu'il s'agit de remplacer la démarche fondamentale de recherche des deux éléments, mais plutôt d'appuyer occasionnellement celle-ci lorsqu'elle est appliquée à des cas comme ceux envisagés dans le projet de commentaire.

Conclusion 3 : Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs

1. Commentaires et observations reçus

31. Certains États ont exprimé leur satisfaction à l'égard des précisions apportées par le projet de conclusion 3, à savoir que l'analyse de l'existence d'une règle de droit international coutumier devrait toujours tenir compte du contexte général, de la nature de la règle et des circonstances propres à chacun des moyens de preuve recueillis⁶². Un certain nombre d'États se sont également « félicit[és] que les projets de conclusion stipulent expressément que l'existence d'une pratique générale et celle de son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) doivent être établies séparément, tout en admettant que dans certaines circonstances les mêmes éléments de preuve peuvent être utilisés pour établir l'une et l'autre »⁶³.

32. Les Pays-Bas ont dit qu'il leur paraissait « difficile de savoir si la démarche permettant de déterminer l'existence d'une règle est la même que celle qui concerne son contenu » et proposé que le commentaire relatif au projet de conclusion 3 aborde cette question⁶⁴. Israël a proposé de supprimer la référence, dans le projet de

⁵⁹ Observations écrites des États-Unis, p. 9 (où est proposée également la suppression du terme « tout indivisible »).

⁶⁰ Observations écrites d'Israël, par. 32.

⁶¹ Voir A/C.6/71/SR.21, par. 46 et 47.

⁶² Voir, par exemple, A/C.6/71/SR.21, par. 7 (République tchèque), par. 14 (Australie), par. 137 (Soudan) ; observations écrites de la Chine, p. 1 et 2.

⁶³ Voir A/C.6/71/SR.20, par. 51 (Finlande, au nom des pays nordiques) ; voir aussi les observations écrites conjointes des pays nordiques, p. 1 ; A/C.6/71/SR.21, par. 14 (Australie), par. 48 (Fédération de Russie), par. 137 (Soudan) ; A/C.6/71/SR.22, par. 34 (Irlande) ; A/C.6/71/SR.23, par. 24 (Slovaquie) ; A/C.6/71/SR.24, par. 10 (Indonésie).

⁶⁴ Observations écrites des Pays-Bas, par. 5 (qui ajoutent que « tel n'est pas forcément le cas. Ainsi, pour déterminer le contenu de telle règle, il sera peut-être nécessaire de tenir compte des principes

commentaire, à la recherche de l'*opinio juris* des États qui sont en mesure de réagir à une certaine pratique, en expliquant que « [l]es opinions générales émanant d'États qui n'ont *pas de pratique* [propre] au regard de la règle en question ne présentent aucun intérêt pour la détermination du droit international coutumier »⁶⁵. Il a également recommandé d'apporter différentes modifications au texte du commentaire pour éviter que le processus de détermination du droit international coutumier ne soit marqué par une souplesse excessive⁶⁶. Il a ajouté que, s'il est juste de considérer comme nécessaire la prise en considération de la « nature de la règle », comme l'indique le projet de conclusion, elle n'a en réalité d'intérêt que pour la détermination des règles prohibitives du droit international coutumier et que cela devrait être expressément indiqué⁶⁷.

2. Propositions du Rapporteur spécial

33. Le Rapporteur spécial ne propose aucune modification au projet de conclusion 3. Reste à déterminer s'il y a lieu de modifier le commentaire à la lumière des observations exposées ci-dessus. Le Rapporteur spécial ne voit, en principe, aucune raison justifiant de considérer qu'il ne serait pas utile de prendre en considération l'ensemble des facteurs mentionnés dans le projet de conclusion aux fins de détermination de l'existence ou du contenu d'une règle de droit international coutumier, même si, dans une situation donnée, un ou plusieurs de ces facteurs peuvent se révéler plus important que dans d'autres. La mention de la « nature de la règle », si elle revêt en effet une importance particulière pour la détermination des règles prohibitives (d'où l'emploi de la locution « [e]n particulier » dans le commentaire), peut également s'appliquer à d'autres types de règles, comme celles représentant une exception à une règle de caractère plus général ou ne liant que certains sujets de droit international. Là encore, le libellé du projet de conclusion 3 vise non seulement à rappeler que la prudence est de mise dans la détermination d'une règle de droit international coutumier, mais aussi à ménager une certaine souplesse dans cette démarche afin de pouvoir prendre en considération toute circonstance particulière liée à la règle en question.

34. Pour ce qui est de l'intérêt de la position en droit des États autres que ceux qui sont engagés dans la pratique en cause, le Rapporteur spécial est d'avis que l'analyse de l'*opinio juris* susceptible accompagner les manifestations de la pratique devrait être complétée par la recherche de l'*opinio juris* d'autres États afin de vérifier si, dans l'ensemble, les États s'accordent ou divergent sur le caractère contraignant de cette pratique⁶⁸. Comme l'a expliqué la Cour internationale de Justice, « [o]u bien les États agissant de la sorte ou bien d'autres États en mesure de réagir doivent s'être comportés d'une façon qui témoigne "de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit" »⁶⁹. Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, par exemple, c'est précisément parce que « les membres de la communauté internationale sont profondément divisés sur le

sous-jacents du droit international, conformément au paragraphe 1 du projet de conclusion 3, tandis que cela peut ne pas être le cas pour déterminer l'existence de cette règle »). Voir aussi les observations écrites d'Israël, par. 32, al. 3.

⁶⁵ Observations écrites d'Israël, par. 8.

⁶⁶ Ibid., par. 32.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Voir le deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (A/CN.4/672), par. 64 et les sources qui y sont citées.

⁶⁹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 109, par. 207 [citation omise ; on y lit également que « [l]'invocation par un État d'un droit nouveau ou d'une exception sans précédent au principe pourrait, si elle était partagée par d'autres États, tendre à modifier le droit international coutumier » (les italiques sont de nous)].

point de savoir si le non-recours aux armes nucléaires [...] constitue l'expression d'une *opinio juris* » que la Cour « n'[a] pas estim[é] pouvoir conclure à l'existence d'une telle *opinio juris* » ni, partant, de la règle de droit international coutumier correspondante⁷⁰.

Troisième partie : Pratique générale

Conclusion 4 : Exigence d'une pratique

1. Commentaires et observations reçus

35. Les États ayant commenté le projet de conclusion 4 s'accordent à considérer que le droit international coutumier est, en principe, créé et attesté par la pratique des États. La Fédération de Russie a suggéré de supprimer le mot « principalement » du paragraphe 1 afin que la conclusion reflète mieux cette position établie⁷¹.

36. Les opinions divergent toutefois sur l'intérêt éventuel de la pratique des organisations internationales dont il est question au paragraphe 2 du projet de conclusion 4. La majorité des États ayant commenté le projet de conclusion ont appuyé l'idée que « dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier »⁷². La Roumanie, par exemple, a expliqué que les États, « en transférant des compétences à des organisations internationales, ont conféré à celles-ci un rôle dans la détermination du droit international coutumier », et a observé à cet égard que, « [d']une manière générale, le projet de conclusions reflète le statu quo »⁷³. Les pays nordiques ont de même déclaré qu'ils « partagent le point de vue exprimé dans le projet de conclusion 4, selon lequel la pratique des organisations internationales peut, dans certaines circonstances, contribuer à la formation des règles de droit international coutumier ou en constituer l'expression⁷⁴ », ajoutant que « [t]el est le cas notamment dans les situations où ces organisations se sont vu accorder par leurs États membres le pouvoir d'exercer des compétences en leur nom »⁷⁵. L'Allemagne a remarqué que le commentaire du projet de conclusion 4 « indique à juste titre que lorsque les États membres d'une organisation internationale ont transféré des compétences exclusives à celle-ci, sa pratique pouvait être assimilée à la pratique des États »⁷⁶. L'Union européenne, quant à elle, a indiqué qu'elle comptait que les textes issus des travaux de la Commission tiennent compte de sa capacité de contribuer au droit international coutumier, notamment dans des domaines tels que la pêche et le commerce⁷⁷.

37. De l'avis de plusieurs autres États, il serait nécessaire de préciser davantage le paragraphe 2 et son commentaire. Les Pays-Bas se sont dits d'avis que le projet de conclusion était trop limité, expliquant que, si « les organisations internationales sont susceptibles de jouer un rôle à part entière [dans la formation et la détermination du droit international coutumier] et le font effectivement », le texte actuel « porterait à

⁷⁰ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 254, par. 67.

⁷¹ *A/C.6/71/SR.21*, par. 49. Voir également les observations écrites des États-Unis, p. 5 (proposant de supprimer le mot « principalement » ainsi que le paragraphe 2 de la conclusion).

⁷² Voir, outre les États mentionnés ci-après, *A/C.6/71/SR.20*, par. 66 (Chine) ; *A/C.6/71/SR.21*, par. 99 (Chili) ; *A/C.6/71/SR.22*, par. 50 (Viet Nam).

⁷³ Voir *A/C.6/71/SR.21*, par. 63.

⁷⁴ Observations écrites conjointes des pays nordiques, p. 1.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Voir *A/C.6/71/SR.21*, par. 116 (où la référence explicite à l'Union européenne est accueillie avec satisfaction dans ce contexte).

⁷⁷ Voir *A/C.6/71/SR.20*, par. 45.

considérer les organisations internationales comme de simples agents des États [...], ce qui remet en cause l'idée de leur personnalité juridique internationale »⁷⁸. Ils ont proposé que soient élargies les situations actuellement reconnues dans le commentaire où la pratique des organisations internationales pouvait entrer en ligne de compte⁷⁹. L'Autriche a de même jugé « très restreinte » la place qui était réservée à la pratique des organisations internationales dans le texte actuel du paragraphe 2, expliquant que celui-ci « ne reflète pas suffisamment le rôle croissant que jouent les organisations internationales, universelles comme régionales, dans les relations internationales et, partant, dans la formation du droit international coutumier »⁸⁰. Elle a suggéré de préciser l'expression « dans certains cas », afin de donner des indications plus claires sur « les situations dans lesquelles la pratique des organisations internationales est susceptible de contribuer à la formation du droit international coutumier⁸¹ ». Le Bélarus a fait valoir que les actes des organisations internationales ne devaient être pris en considération « que dans la mesure où ils se rapportent à la pratique des États agissant dans le cadre de ces organisations, principalement au sein de leurs organes représentatifs, et non lorsqu'ils relevaient de leurs secrétariats, organes conventionnels ou autres organes du même type »⁸². Il a ajouté qu'il pourrait être utile d'inclure une définition du terme « organisation internationale »⁸³.

38. D'autres États, par contre, ont fait valoir que le libellé du paragraphe 2 et le commentaire y afférent étaient trop larges. Sans nier « la possibilité que la pratique des organisations internationales puisse contribuer à la formation de la coutume "[d]ans certains cas" », comme l'indique le projet de conclusion, l'Australie a suggéré qu'il conviendrait de se demander si des mises en garde supplémentaires ne devraient pas figurer dans le texte du projet de conclusion⁸⁴. Singapour a proposé de remplacer les mots « dans certains cas » par l'expression « dans des cas limités », laquelle « correspondrait plus étroitement » aux circonstances auxquelles il est fait référence

⁷⁸ Observations écrites des Pays-Bas, par. 2 et 4 (qui suggèrent également, au par. 7, qu'il soit traité dans le commentaire « des moyens de distinguer la pratique des organisations de celle des États qui agissent en leur sein »).

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Observations écrites de l'Autriche, p. 1 (où celle-ci explique que « les activités que les organisations internationales mènent dans les limites de leurs compétences et qui leur sont attribuables peuvent être considérées comme relevant d'une pratique susceptible de contribuer à la formation du droit international coutumier. Ces activités n'interviennent pas seulement dans des domaines du droit international qui concernent exclusivement les organisations internationales, mais peuvent aussi se rapporter à des règles applicables tant aux États qu'à ces dernières, lorsqu'elles présentent les mêmes éléments, indépendamment du fait qu'elles sont exercées par les uns ou par les autres. Les règles découlant d'une telle pratique ne s'appliquent pas uniquement aux organisations internationales, mais également aux États. Tel est le cas, par exemple, des opérations militaires »).

⁸¹ Ibid.

⁸² Observations écrites du Bélarus, p. 2 (où il est ajouté, p. 3, que, s'agissant de la pratique des organisations internationales dans la formation du droit international coutumier, il serait plus efficace de tenir compte des activités de leurs États membres que de celle des organisations elles-mêmes, qui sont des sujets secondaires du droit international) ; voir également [A/C.6/71/SR.23](#), par. 3 (où la délégation bélarusse a déclaré que « la formulation [du commentaire] ayant trait au fait que les actes des organisations internationales sont fonctionnellement équivalents à ceux des États est tout à fait appropriée puisqu'il est possible d'assimiler d'une manière générale les actes des organisations internationales à la « pratique » au sens du projet de conclusion 4. [Elle] propose par conséquent d'envisager de faire figurer cette formulation directement dans le texte du projet de conclusion »).

⁸³ Observations écrites du Bélarus, p. 2.

⁸⁴ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 16 (soulignant également que le rôle des organisations internationales dans la formation de la coutume, notamment lorsqu'il s'agit d'évaluer le poids et la valeur à accorder à leur pratique, « doit être envisagé avec prudence »).

dans le commentaire⁸⁵. Elle a également proposé que le commentaire souligne que, « si la pratique d'une organisation internationale est susceptible de contribuer au droit international coutumier dans ces cas limités, c'est parce qu'elle reflète la pratique des États »⁸⁶. La Turquie a également proposé la modification du texte de la conclusion, estimant que, « étant donné qu'il fallait fixer un seuil élevé pour la valeur probante de la pratique des organisations internationales, il serait souhaitable d'utiliser une formulation plus prudente en remplaçant le verbe "contribue" par "peut contribuer" »⁸⁷. Israël s'est lui aussi dit d'avis que, si le rôle primordial des États et celui, plus limité, des organisations internationales dans la création et l'expression du droit international coutumier « sont exposés comme il convient » dans le projet de commentaire, le texte du projet de conclusion proprement dit est, à cet égard, insuffisant⁸⁸. Il a notamment suggéré que la conclusion précise les situations dans lesquelles la pratique des organisations internationales pouvait entrer en ligne de compte, à savoir lorsque leurs États membres leur avaient délégué des compétences exclusives et lorsque les règles en cause concernaient leur fonctionnement interne ou leurs relations avec les États⁸⁹. L'Argentine a fait valoir qu'il serait utile de préciser si les actes internes des organisations internationales pourraient aussi être tenus pour contribuant à la formation et à la détermination du droit international coutumier, considérant pour sa part que « tel ne peut pas être le cas, ces actes n'ayant pas un caractère international »⁹⁰. La Fédération de Russie a émis plusieurs réserves au sujet du paragraphe 2, notant que le commentaire « ne cite aucune pratique ni aucun autre élément attestant que la pratique de ces organisations peut créer des règles de droit international » et que « l'autorité de la pratique diffère d'une organisation internationale à une autre »⁹¹. Elle a avancé que le projet de conclusion « devrait être plus limité et indiquer que la pratique des organisations internationales peut contribuer à la formation des règles de droit international coutumier qui s'appliquent à ces organisations elles-mêmes et, dans certaines circonstances, exprimer des règles de droit international coutumier »⁹².

39. Par ailleurs, certains États ont dit que l'idée d'admettre que la pratique des organisations internationales puisse directement contribuer à la formation et à la détermination du droit international coutumier n'était pas, selon la formule utilisée par les États-Unis, « étayée par la pratique ou l'*opinio juris* des États, ni par la jurisprudence pertinente », et n'avait donc pas sa place dans un texte visant à donner des orientations quant aux règles établies en matière de détermination du droit international coutumier⁹³. Considérant que la reconnaissance d'un tel rôle aux organisations internationales constituerait « une nouvelle interprétation du droit international qui élargirait implicitement et rétroactivement le mandat [négocié avec

⁸⁵ Observations écrites de Singapour, par. 6.

⁸⁶ Ibid., par. 7 (ajoutant qu'une telle indication « concorderait avec l'affirmation figurant au paragraphe 1 du projet de conclusion 4 »).

⁸⁷ Voir [A/C.6/71/SR.29](#), par. 66 (où il est ajouté que ce « serait également plus cohérent avec les libellés des paragraphes 2 et 3 du projet de conclusion 12 »).

⁸⁸ Observations écrites d'Israël, par. 5 (où il est fait référence au projet de conclusion 4, mais aussi au projet de conclusions dans son ensemble).

⁸⁹ Ibid., par. 6.

⁹⁰ Voir [A/C.6/71/SR.22](#), par. 75.

⁹¹ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 49 (où il est expliqué que « la pratique de l'Organisation des Nations Unies, par exemple, ne peut être mise sur le même plan que celle des organisations régionales »).

⁹² Ibid., par. 50.

⁹³ Voir [A/C.6/71/SR.20](#), par. 56 et 57. Les observations écrites de ce pays sont encore plus explicites : « Les États-Unis estiment que le projet de conclusion 4 (Exigence d'une pratique) n'exprime pas correctement l'état actuel du droit en ce qu'il laisse entendre que la pratique d'entités autres que les États contribue à la formation du droit international coutumier » (observations écrites des États-Unis, p. 2).

soin] des organisations internationales d'une manière [...] vague⁹⁴, » les États-Unis ont par ailleurs avancé que, même à le considérer comme une proposition de développement du droit, le paragraphe 2 du projet de conclusion 4 était libellé de manière trop générale et donnait à penser, à tort, que toute analyse de l'existence d'une règle de droit international coutumier devait comprendre l'examen de la pratique des organisations internationales⁹⁵. La meilleure solution, selon eux, « est de reconnaître que c'est la pratique des États agissant au sein d'organisations internationales » qui peut entrer en ligne de compte et non celle des organisations internationales en tant que telles⁹⁶. Plusieurs propositions de changements à apporter aux conclusions et aux commentaires ont été formulées pour donner suite à cette position, notamment celle de supprimer le paragraphe 2 et de préciser, au paragraphe 3, que les organisations internationales font partie de ces acteurs dont la pratique ne contribue pas à la formation ou à l'expression du droit international coutumier⁹⁷. Il a également été suggéré d'ajouter, dans la conclusion 2, les mots « des États » pour déterminer « une pratique générale »⁹⁸. De même, le Mexique a suggéré à la Commission de « souligner que la pratique des organisations internationales contribue à la détermination de celle de leurs États membres et non pas, comme on le pense couramment, à la formation ou à l'expression d'une coutume »⁹⁹. De l'avis de la République islamique d'Iran, « il convient [...] de distinguer la pratique des États membres d'une organisation internationale de celle de l'organisation en question, seule la pratique avérée des États étant recevable »¹⁰⁰. Considérant que le libellé actuel du paragraphe 2 du projet de conclusion 4 allait au-delà de la codification du droit établi¹⁰¹, la Nouvelle-Zélande a avancé qu'il ne devait être conservé « que si les circonstances visées par l'expression "certains cas", dans lesquelles la pratique d'une organisation internationale est susceptible de contribuer à la formation du droit international coutumier, étaient précisées dans le projet de conclusion lui-même »¹⁰². Elle a rappelé dans ce contexte que « la pratique d'une organisation internationale ne peut contribuer à la formation d'une règle de droit international coutumier à moins : que les fonctions et les pouvoirs dont elle était juridiquement investie ne l'y autorisent, que les États qui en sont membres ne l'aient acceptée de manière générale au fil du temps et que la règle de droit international coutumier en cause soit obligatoire

⁹⁴ Observations écrites des États-Unis, p. 4.

⁹⁵ Voir [A/C.6/71/SR.20](#), par. 57. Plus précisément, les États-Unis ont observé ce qui suit : a) « ni le texte du projet de conclusion ni le commentaire ne précise quels sont ces cas », soit ceux où la pratique d'une organisation internationale peut également contribuer à la formation ou à l'expression de règles de droit international coutumier ; b) ils ne traitent pas de la « question cruciale » de savoir comment déterminer l'*opinio juris* d'une organisation internationale ; c) ils ne disent pas quels types de conduite peuvent entrer en ligne de compte (sachant que « les formes de pratique des États mentionnées dans le projet de conclusion 6 n'ont pas toutes d'équivalent clair dans les activités des organisations internationales ») ; d) ils peuvent se prêter à l'interprétation erronée selon laquelle les règles du droit international coutumier ne pourraient pas être déterminées sur le seul fondement des pratiques étatiques ou en présence de pratiques contraires des organisations internationales ; e) ils omettent de définir l'éventail précis des pratiques à prendre en considération pour déterminer une règle de droit international coutumier et laissent entendre, à tort, qu'il faut systématiquement analyser « non seulement la pratique des États, mais encore celle de centaines, voire de milliers d'organisations internationales aux compétences et aux mandats les plus divers » (observations écrites des États-Unis, p. 3 à 5).

⁹⁶ Observations des États-Unis, p. 5.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 5 et 6.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 5.

⁹⁹ Voir [A/C.6/71/SR.22](#), par. 22 (où il est ajouté que la « valeur probante » de la pratique des organisations internationales contribue à déterminer la pratique des États et « ne réside que dans l'exécution de fonctions transférées par les États ou équivalentes en pratique aux leurs »).

¹⁰⁰ Voir [A/C.6/71/SR.23](#), par. 15.

¹⁰¹ Observations de la Nouvelle-Zélande, par. 4.

¹⁰² *Ibid.*, par. 12.

pour l'organisation internationale elle-même »¹⁰³. Tout en reconnaissant « la situation particulière de l'Union européenne », la Nouvelle-Zélande a appelé à la prudence « devant la tentation de tirer des conclusions générales à partir de cet exemple particulier » et préconisé une meilleure énonciation du fondement conceptuel qui sous-tend le projet de conclusion¹⁰⁴. Elle a également souligné l'évidente nécessité d'aligner le texte du paragraphe 2 et du commentaire y afférent sur ceux de la conclusion 12¹⁰⁵.

40. Si le paragraphe 3 du projet de conclusion concernant la conduite d'autres acteurs a été généralement approuvé¹⁰⁶, l'Argentine a fait valoir qu'il serait utile de définir les circonstances dans lesquelles une telle conduite peut être prise en considération aux fins d'appréciation d'une pratique¹⁰⁷. La Chine a convenu que « [l]a conduite des entités qui ne sont ni des États ni des organisations internationales ne satisfait pas au critère de pratique et, en tant que telle, ne peut contribuer à la formation ou à l'expression du droit international coutumier », tout en considérant qu'« on peut [...] douter qu'il faille conserver les mots "peut être pertinente", qui sont ambigus »¹⁰⁸. Préoccupée, la Fédération de Russie a observé qu'« [o]n ne voit pas très bien pourquoi, outre les organisations non gouvernementales (ONG) et les particuliers jouant un rôle important dans la détermination des règles du droit international coutumier, il est également fait référence [dans le commentaire du paragraphe 3] aux groupes armés non étatiques et aux sociétés transnationales »¹⁰⁹. Il conviendrait, d'après elle, d'indiquer que « seule la réaction des États à la conduite de ces acteurs est pertinente »¹¹⁰. L'Égypte a, pour sa part, émis « des réserves quant à la prise en compte d'autres sources, comme les textes émanant d'institutions académiques ou d'entités non étatiques »¹¹¹.

2. Propositions du Rapporteur spécial

41. Le Rapporteur spécial reconnaît que, sur la question de la valeur de la pratique des organisations internationales dans la détermination du droit international coutumier, les opinions des États (et sans doute celles des membres de la Commission) sont toujours aussi diverses et tranchées. Il reconnaît également que plusieurs formulations qui figurent actuellement dans le projet de conclusion 4 et son commentaire pourraient être améliorées. Des efforts considérables seront nécessaires pour parvenir à un texte qui réponde aux préoccupations de toutes les parties.

42. Compte tenu de ce que l'accord est général sur le fait que c'est à la pratique des États que revient le rôle primordial dans la création et l'expression des règles du droit international coutumier¹¹², il serait bon d'essayer de préciser l'étendue du désaccord

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid., par. 9.

¹⁰⁵ Ibid., par. 11.

¹⁰⁶ Voir, par exemple, [A/C.6/71/SR.21](#), par. 99 (Chili) ; [A/C.6/71/SR.24](#), par. 16 (Inde) ; observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 13 ; observations écrites de Singapour, par. 5.

¹⁰⁷ Voir [A/C.6/71/SR.22](#), par. 75.

¹⁰⁸ Voir [A/C.6/71/SR.20](#), par. 66.

¹⁰⁹ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 51.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Voir [A/C.6/71/SR.23](#), par. 41.

¹¹² De fait, des commentateurs ont jugé que le projet de conclusions consacrait une perspective centrée sur l'État et réservait un rôle accessoire à la pratique des organisations internationales : voir respectivement J. Odermatt, «The development of customary international law by international organizations», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66, 2017, p. 491 à 511 (en particulier p. 493 à 497) ; R. Deplano, «Assessing the role of resolutions in the ILC draft conclusions on identification of customary international law : substantive and methodological issues», *International Organizations Law Review*, vol. 14, 2017, p. 227 et 233. D'aucuns ont en outre remarqué judicieusement que, si la pratique des organisations internationales n'était sans

concernant le rôle éventuel de la pratique des organisations internationales. Premièrement, il n'a pas été contesté que, lorsque des États confient à une organisation internationale le soin d'exécuter en leur nom des actes qui relèvent de leurs compétences propres, cette pratique est bel et bien susceptible d'entrer en ligne de compte pour la création ou l'expression de règles du droit international coutumier. N'a ainsi pas été niée la valeur de la pratique de l'Union européenne (ou d'une autre organisation internationale), lorsqu'elle exerce des compétences exclusives que ses États membres lui ont transférées¹¹³. Il est clair, en effet, qu'exclure cette pratique empêcherait les États membres eux-mêmes de contribuer à la création ou à l'expression du droit international coutumier¹¹⁴. La conclusion 4 (et, plus généralement, les conclusions dans leur ensemble) ne saurait avoir cet effet.

43. Deuxièmement, la proposition selon laquelle la pratique des organisations internationales, dans les rapports que celles-ci ont entre elles et avec les États, pouvait donner naissance à des règles coutumières obligatoires dans ces relations ou en attester l'existence n'a soulevé aucune objection. On peut dire que cette position ressort de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, qui, dans son préambule, évoque « la codification et le développement progressif des règles applicables aux traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales » et affirme (également dans le préambule) que « les règles du droit international coutumier continueront à régir les questions non réglées dans les dispositions de la présente Convention »¹¹⁵. On se souviendra à cet égard que le mémorandum du Secrétariat de 2013 faisait observer que « [d]ans certaines circonstances, la Commission se fonde sur divers aspects de la pratique des organisations internationales pour identifier une règle de droit international coutumier (relations extérieures, exercice des fonctions et prises de position des organes concernant des situations bien précises ou des questions ayant trait d'une manière générale aux relations internationales)¹¹⁶ ».

44. Troisièmement et plus généralement, il ne semble pas qu'il y ait désaccord sur l'idée qu'une vaste gamme d'actes accomplis par des organisations internationales peuvent en fait être pertinents et utiles pour la détermination d'une règle coutumière. Par exemple, pour établir l'existence et le contenu d'une règle coutumière présumée en matière d'opérations de maintien de la paix, il conviendrait de tenir compte de l'expérience des forces déployées par l'Organisation des Nations Unies ou des organisations telles que la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest.

doute pas aussi importante que celle des États, le projet de conclusions, pour ce qui était du fond comme de la forme, ne prenait pas celles-ci « suffisamment au sérieux » : Blokker. « International organizations and customary international law » (voir *supra* note 22), p. 1 à 12.

¹¹³ Voir, par exemple, les observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 9 (qui reconnaît « la situation particulière de l'Union européenne ») ; S. D. Murphy, « Identification of customary international law and other topics: the sixty-seventh session of the International Law Commission », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 822 et 828 (où il est dit que la référence à l'Union européenne est sans doute légitime, mais que l'organisation n'est peut-être pas représentative des organisations internationales en général).

¹¹⁴ Voir également le troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (A/CN.4/682), par. 77, et le quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (A/CN.4/695), par. 20.

¹¹⁵ Voir également l'article 38 de la Convention. La Commission a veillé en effet à ne pas fermer la porte à une telle possibilité : voir le compte rendu analytique de sa 1442^e séance (16 juin 1977), *Annuaire... 1977*, vol. I, p. 146 et 147 ; *Annuaire... 1978*, vol. II (deuxième partie), p. 153, par. 5. *Annuaire... 1982*, vol. II (deuxième partie), p. 49, par. 5.

¹¹⁶ A/CN.4/659 : Formation et identification du droit international coutumier : Éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet, Mémorandum du Secrétariat, 2013, observation 13.

De même, afin de déterminer si le droit international coutumier reconnaît une exception aux règles relatives à la succession d'États en matière de dettes dites « odieuses », on ne saurait se passer d'examiner la pratique d'institutions financières internationales telles que la Banque mondiale et le Fonds monétaire international. Une divergence de vues est néanmoins apparue sur le point de savoir si une telle pratique représentait l'action des États membres, agissant au sein ou par l'intermédiaire de l'organisation en question, ou celle de l'organisation elle-même. Si la question peut sembler, finalement, des plus théoriques, la personnalité juridique distincte des organisations internationales tendrait à faire prévaloir la seconde qualification. Même si ce sont les États membres qui, en dernière analyse, autorisent et prennent des mesures telles que le déploiement du personnel de maintien de la paix ou la fixation des conditions de remboursement des prêts, c'est l'organisation qui agit. Autrement dit, les organisations internationales agissent effectivement au nom de leurs États membres, mais, ce faisant, elles sont des acteurs à part entière. L'exemple des conditions générales des accords de prêt et de garantie et autres accords de financement de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement mérite d'être rappelé : ces conditions prévoient que les sources du droit international public qui peuvent être applicables en cas de différend entre la Banque et une partie à un accord de financement comprennent notamment « [...] les formes de la coutume internationale, y compris la pratique des États et des institutions financières internationales dont la généralité, la cohérence et la durée sont telles qu'elle crée des obligations »¹¹⁷.

45. La question de savoir comment établir l'acceptation d'une pratique comme étant le droit (*opinio juris*) s'agissant des organisations internationales ne semble pas poser de difficulté particulière. Les formes de preuve visées à la conclusion 10 peuvent s'appliquer *mutatis mutandis* aux organisations internationales¹¹⁸. Les déclarations de hauts responsables de l'organisation, les avis de son conseiller juridique, la correspondance échangée entre elle et ses États membres (ou autres), l'acceptation par elle de dispositions conventionnelles intégrant explicitement des règles du droit international coutumier, ainsi que ses publications officielles, peuvent attester son *opinio juris*. Un exemple récent en est fourni par la déclaration conjointe présentée au Conseiller juridique de l'ONU le 31 janvier 2017 par 24 organisations internationales, dans laquelle les signataires ont exprimé leur point de vue notamment sur la valeur en droit des règles contenues dans le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales élaboré par la Commission¹¹⁹.

46. Dans le même temps, le Rapporteur spécial reconnaît que plusieurs améliorations pourraient être apportées au texte du projet de conclusion 4 afin de mieux refléter l'état actuel de la question et tenir compte des préoccupations exprimées. Pour souligner la primauté de la pratique des États dans le contexte actuel tout en reconnaissant qu'il peut y avoir des cas où la pratique des organisations internationales pourrait entrer en ligne de compte, plusieurs changements sont proposés aux paragraphes 1 et 2. En particulier, les mots « principalement » et « contribue à » pourraient être retirés du paragraphe 1 afin de renforcer la proposition

¹¹⁷ Banque européenne pour la reconstruction et le développement, Standard Terms and Conditions (1^{er} décembre 2012), clause 8.04 b) vi) C) (les italiques sont de nous). Voir également le quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (A/CN.4/695), note 19.

¹¹⁸ Voir également Odermatt, « The development of customary international law by international organizations » (*supra*, note 112), p. 493.

¹¹⁹ « Response to the request of the Under-Secretary General for Legal Affairs and United Nations Legal Counsel of February 8, 2016, for comments and information relating to the draft articles on the responsibility of international organizations pursuant to UN General Assembly resolution 69/126 (2014) », consultable en ligne : <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-oxio/e204.013.1/law-oxio-e204-regGroup-1-law-oxio-e204-source.pdf>.

générale qui y est formulée¹²⁰. Au paragraphe 2, le verbe « peut » devrait être ajouté pour souligner que la prudence s'impose. Par souci de clarté, la référence qui y est faite aux « règles de droit international coutumier » devrait être mise au singulier pour mieux signifier que la pratique des organisations internationales ne présente pas toujours d'intérêt. Il est également proposé de remplacer (dans les deux paragraphes) les mots « à la formation ou à l'expression » par les mots « en tant qu'elle traduit ou crée », formule qui reprend les termes employés par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*¹²¹. Mentionner la traduction avant la création permet également de centrer l'attention, dans ce paragraphe, sur le travail de détermination de la règle, ce qui correspond mieux à l'objectif du sujet dans son ensemble.

47. Les paragraphes 1 et 2 pourraient donc être reformulés comme suit :

1. *L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier concerne la pratique des États en tant qu'elle traduit ou crée des règles de droit international coutumier.*

2. *Dans certains cas, la pratique des organisations internationales peut également contribuer à traduire ou à créer une règle de droit international coutumier.*

48. Le commentaire devrait être révisé en conséquence. Le passage où il est fait mention de la pratique des organisations internationales pourrait commencer par rappeler brièvement que les organisations internationales sont différentes des États et que, selon les termes de la Cour internationale de Justice, elles sont « dotées par les États qui les créent de compétences d'attribution dont les limites sont fonction des intérêts communs que ceux-ci leur donnent pour mission de promouvoir »¹²². Il pourrait ensuite être expliqué que, si les organisations internationales servent souvent de tribunes ou de catalyseurs pour la pratique des États, il arrive parfois que ce soit leur propre pratique, dans l'accomplissement du mandat que les États leur ont conféré, qui pourrait être à considérer. Tel peut être le cas lorsqu'elles exercent sur le plan international des compétences exclusives ou les autres pouvoirs dont elles ont été dotées. Il serait précisé que la conclusion n'est pas censée signifier que toute analyse visant à établir l'existence d'une règle de droit international coutumier appelle un examen de la pratique des organisations internationales ; ce n'est que lorsque la pratique de certaines organisations peut présenter un intérêt direct, essentiellement au titre de leur mandat et de leur acte constitutif, qu'elle devrait être prise en considération. Il serait également expliqué que le poids à accorder à cette pratique devrait dépendre d'un certain nombre de facteurs, dont le nombre de membres de

¹²⁰ Il ne paraît pas souhaitable d'ajouter, à la conclusion 2, les mots « des États » à la formule désormais séculaire « pratique générale acceptée comme étant le droit », ce qui, de plus, s'écarterait vainement de la formule largement acceptée et de l'avantageuse souplesse qui caractérise le statut de la Cour internationale de Justice.

¹²¹ *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 18, à la page 46, par. 43 : «... on ne doit pas perdre de vue que, comme la Cour elle-même l'a précisé dans cet arrêt [de 1969], elle s'y livrait à une analyse des concepts et principes qui, selon elle, sous-tendaient la pratique effective suivie par les États pour traduire ou créer des règles de droit coutumier ».

¹²² *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 66, à la page 78, par. 25 (où il est fait référence au « principe de spécialité » qui régit les organisations internationales). Le Rapporteur spécial rappelle que sa proposition visant à inclure dans les conclusions une définition du terme « organisation internationale » (voir le deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (A/CN.4/672), par. 20) n'a pas été retenue par la Commission, mais qu'une telle définition figure dans le commentaire (A/71/10, par. 63, par. 3 du commentaire de la conclusion 4).

l'organisation ainsi que leur contribution et leur réaction à sa pratique. Il pourrait être ajouté que la pratique des organisations internationales peut être d'un intérêt particulier pour déterminer l'existence et le contenu des règles coutumières applicables aux organisations elles-mêmes. Le commentaire devrait également contenir une phrase générale semblable à celle qui y figure déjà¹²³, pour expliquer que, dans les conclusions et les commentaires, 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. De cette façon, les conclusions elles-mêmes, en renvoyant principalement aux États, refléteront la prédominance de la pratique de ceux-ci dans le contexte actuel, mais permettront en même temps la prise en considération de la pratique des organisations internationales dans les cas et les domaines où elle pourrait être d'intérêt.

49. S'agissant du paragraphe 3 de la conclusion, il est suggéré que, par souci de cohérence, les notions de « création » et de « traduction » soient substituées respectivement aux mots « formation » et « expression » (et déplacés comme il convient dans la phrase). Le commentaire devrait répondre aux préoccupations exprimées, notamment en précisant que les « autres acteurs » ne jouent aucun rôle direct dans la création ou la traduction des règles de droit international coutumier, et définir les circonstances dans lesquelles leur conduite pourrait être prise en considération aux fins d'appréciation d'une pratique. Toute référence aux groupes armés non étatiques et aux sociétés transnationales devrait aussi être examinée.

Conclusion 5 : Comportement de l'État en tant que pratique de l'État

1. Commentaires et observations reçus

50. Peu d'observations ont été faites au sujet du projet de conclusion 5. Le Chili a souscrit au libellé de la conclusion et à la clarification énoncée dans le commentaire, selon laquelle « la pratique en question doit être publiquement accessible ou au moins connue des autres États »¹²⁴. De même, l'Espagne a indiqué que le commentaire devrait en effet « préciser que la pratique doit être publiquement accessible ou au moins connue des autres États afin qu'ils aient la possibilité d'y objecter »¹²⁵. Les États-Unis d'Amérique ont toutefois fait valoir que, « même lorsqu'elle n'est par ailleurs pas “publiquement accessible” ou connue de certains, la pratique conserve tout son intérêt pour la formation et la détermination du droit international coutumier », et ont proposé de supprimer la phrase en question du commentaire ou de la modifier¹²⁶. Le Bélarus a suggéré que soient reprises dans le commentaire les modalités définies, pour l'attribution d'un comportement à un État, dans le projet d'articles de la Commission sur la responsabilité de l'État¹²⁷.

2. Propositions du Rapporteur spécial

51. Le Rapporteur spécial ne propose d'apporter aucune modification au projet de conclusion 5. Le commentaire pourrait être révisé de façon à rendre plus précisément compte de l'importance de l'accès à la pratique pour la formation et (dans une plus grande mesure sans doute) la détermination du droit international coutumier. Il convient de rappeler que le renvoi à la notion d'attribution, énoncée dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, avait été

¹²³ Voir [A/71/10](#), par. 63, par. 3 du commentaire de la conclusion 4.

¹²⁴ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 99.

¹²⁵ *Ibid.*, par. 106.

¹²⁶ Observations écrites des États-Unis, p. 9.

¹²⁷ Voir [A/C.6/71/SR.23](#), par. 4.

jugé inopportun dans le présent contexte (à l'issue d'un débat du Comité de rédaction sur la question)¹²⁸.

Conclusion 6 : Formes de pratique

1. Commentaires et observations reçus

52. Globalement bien accueilli, le projet de conclusion 6 a suscité un certain nombre de commentaires tant sur le fond que sur la forme. La Fédération de Russie, tout en admettant que la pratique des différents organes et branches de l'État pouvait être considérée comme relevant de la pratique étatique pour les besoins du droit international coutumier, a fait savoir qu'elle n'était « pas convaincue qu'il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les diverses formes de pratique »¹²⁹. Reconnaissant qu'il était précisé dans le commentaire qu'une telle hiérarchie peut en fait exister dans certains cas, elle a proposé d'indiquer, de façon plus générale « qu'il existe une hiérarchie dans la structure verticale du pouvoir (l'importance des organes étant fonction de leur place dans cette hiérarchie) qui est fonction du rôle de l'organe concerné : la pratique sur la scène internationale des représentants des organes exécutifs est plus importante que celle des organes dont les attributions concernent principalement les affaires intérieures de l'État »¹³⁰. La Slovaquie a pour sa part fait valoir qu'il « ne saurait y avoir de hiérarchie entre les différentes formes de preuve entre les deux éléments »¹³¹. Elle s'est également félicitée de ce que « la liste des formes de pratique et d'*opinio juris* ne soit pas exhaustive, mais indicative, et qu'elle permette de prendre en compte de nouvelles formes à l'avenir »¹³². Les États-Unis ont convenu que « la pratique étatique revêt une [...] variété de formes, comme le dit le projet de conclusion 6 », mais ont avancé qu'il convenait de changer l'ordre des exemples de formes de pratique étatique énoncés au paragraphe 2 de la conclusion, de façon à « commencer par une pratique plus concrète, pareille forme ayant souvent la plus grande valeur probante »¹³³. Ils ont fait des propositions précises à cette fin, ajoutant que cette réorganisation pourrait « également aider le lecteur à faire la distinction entre la pratique et l'*opinio juris*, les déclarations étant davantage susceptibles d'exprimer cette dernière »¹³⁴. Ils ont également proposé d'ajouter le verbe « peut », dans la deuxième phrase du premier paragraphe, « non seulement par souci de cohérence avec les première et troisième phrases (où se trouve ce verbe), mais également pour souligner le fait que chaque acte de l'État doit être évalué afin de déterminer s'il s'agit d'une pratique utile aux fins de telle ou telle analyse du droit international coutumier »¹³⁵. Israël a fait valoir que la mention des actes verbaux dans les formes de pratique devrait être accompagnée de l'adverbe « parfois » et a proposé de préciser dans le commentaire que les déclarations « impromptues » ou « spontanées » émanant de représentants de l'État « ne suffisent pour déterminer le

¹²⁸ Déclaration du Président du Comité de rédaction (7 août 2014), p.10 (disponible à l'adresse <http://legal.un.org/ilc/>) ; voir également le deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (A/CN.4/672), note 74 et les sources qui y sont citées.

¹²⁹ Voir A/C.6/71/SR.21, par. 52.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Voir A/C.6/71/SR.23, par. 24.

¹³² Ibid.

¹³³ Observations écrites des États-Unis, p. 11 et 12 (l'ordre suggéré est le suivant : « la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle « sur le terrain » ; les actes législatifs et administratifs ; les décisions des juridictions nationales ; les actes et la correspondance diplomatiques ; la conduite relative aux traités ; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale »).

¹³⁴ Ibid., p.11

¹³⁵ Ibid.

droit international coutumier et ne devraient donc se voir accorder aucun poids »¹³⁶. L'Autriche a proposé que la conclusion 6 (ainsi que les conclusions 7 et 8) vise aussi la pratique des organisations internationales¹³⁷.

53. Tous les États qui ont fait des observations sur la question de sa prise en considération en tant que forme de pratique étatique ont souligné que l'inaction ne pouvait entrer en ligne de compte que lorsqu'elle est délibérée¹³⁸. Dans ce contexte, le Chili a indiqué que le projet de conclusion 6 devait « être lu avec son commentaire afin que la question délicate de l'inaction soit bien comprise » et que, « [p]our que l'inaction d'un État constitue une pratique, c'est-à-dire un élément de la coutume, elle doit être délibérée, intervenir en pleine connaissance de cause et intentionnellement à cette seule fin »¹³⁹. L'Irlande s'est également félicitée de « l'incitation à la prudence figurant dans le commentaire » à cet effet¹⁴⁰ et les États-Unis ont proposé d'apporter plusieurs modifications au commentaire « afin de souligner le nombre limité des cas où l'inaction peut être constitutive d'une pratique étatique »¹⁴¹. Certains États ont toutefois indiqué qu'il devrait être fait expressément référence à l'inaction délibérée dans le texte même de la conclusion 6¹⁴².

54. En ce qui concerne la mention des décisions des juridictions nationales dans le projet de conclusion, la Nouvelle-Zélande a avancé que, en général, « seules les décisions des juridictions supérieures peuvent être considérées comme constitutives d'une pratique de l'État aux fins de formation ou de détermination du droit international coutumier », ajoutant qu'il « serait très difficile d'imaginer qu'une décision infirmée par une juridiction supérieure puisse néanmoins être considérée comme constitutive d'une pratique étatique »¹⁴³. Dans le même ordre d'idées, Israël a proposé de préciser dans la conclusion et le commentaire que « les actes (lois, décisions de justice, etc.) doivent être définitifs et concluants pour pouvoir être » pris en considération, de façon à ne pas laisser entendre que « les actes non définitifs, tels que les projets de loi et les mesures provisoires, peuvent être considérés comme témoignant de l'existence du droit international coutumier »¹⁴⁴. Plus particulièrement, il a fait valoir que « seules les décisions rendues par les juridictions supérieures et passées en force de chose jugée devraient être prises en considération » et que « les déclarations des représentants d'un État ne devraient être attribuées à ce dernier que si elles ont été dûment autorisées et faites dans un cadre officiel »¹⁴⁵. L'Australie s'est quant à elle dite d'avis que « [l]'approche de la CDI consistant à considérer les décisions des juridictions nationales comme une forme de pratique étatique, une forme de preuve de l'acceptation comme étant le droit et, éventuellement, un “moyen subsidiaire” » de détermination de l'existence d'une règle coutumière est reflétée

¹³⁶ Observations écrites d'Israël, par. 34 (expliquant que « le droit international coutumier régit systématiquement les actes matériels, mais ne s'intéresse que rarement au comportement verbal »), et par. 26 et 27.

¹³⁷ Observations écrites de l'Autriche, p. 1.

¹³⁸ Outre les États mentionnés au présent paragraphe, voir, par exemple, [A/C.6/71/SR.22](#), par. 7 (Grèce) et par. 24 (Mexique).

¹³⁹ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 100.

¹⁴⁰ Voir [A/C.6/71/SR.22](#), par. 34.

¹⁴¹ Observations écrites des États-Unis, p. 10.

¹⁴² Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 27 (El Salvador, qui propose de le faire dans un « paragraphe distinct sur l'inaction ») ; [A/C.6/71/SR.22](#), par. 24 (Mexique) et par. 75 (Argentine) ; observations écrites de Singapour, par. 10 (ajoutant que la Commission devrait peut-être envisager de remplacer le terme « inaction » par le syntagme « abstention délibérée d'agir ») ; observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 16 ; observations écrites d'Israël, par. 11 ; observations écrites des Pays-Bas, par. 9.

¹⁴³ Observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 18.

¹⁴⁴ Observations écrites d'Israël, par. 20.

¹⁴⁵ Ibid., par. 24 et 27.

comme il convient dans les projets de conclusions 6, 10 et 13 »¹⁴⁶. La Grèce a proposé que le commentaire précise la distinction entre les décisions de justice nationales constitutives d'une forme de pratique et celles qui pourraient servir de moyen auxiliaire de détermination des règles, cette distinction n'étant « pas évidente et [étant] difficile à appliquer dans la pratique »¹⁴⁷. Le Viet Nam a fait une proposition semblable¹⁴⁸.

2. Propositions du Rapporteur spécial

55. La Commission devrait songer à tenir compte des préoccupations exprimées par de nombreux États en faveur d'une définition plus claire des circonstances dans lesquelles l'inaction peut être assimilée à une pratique. Elle pourrait par exemple supprimer l'expression « dans certaines circonstances » au paragraphe 1 et préciser que l'inaction doit être « délibérée », ce qui irait dans le sens du commentaire, qui énonce que « [l]'expression « dans certaines circonstances » vise toutefois à rappeler que seule, l'inaction délibérée peut [être constitutive d'une pratique] »¹⁴⁹. Le paragraphe 1 pourrait également être amélioré par la fusion des deuxième et troisième phrases. Compte tenu des diverses propositions faites, le paragraphe pourrait être ainsi reformulé :

La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle peut comprendre les actes matériels et verbaux, ainsi que l'inaction délibérée.

56. Le Rapporteur spécial ne croit pas que seules les décisions des juridictions supérieures puissent être constitutives d'une pratique étatique. Une telle logique ne tiendrait pas compte de la manière dont l'État (et son appareil judiciaire) peut fonctionner¹⁵⁰. À titre d'exemple, les parties (qu'il s'agisse de l'État ou non) peuvent décider de ne pas faire appel d'une décision d'une juridiction inférieure pour diverses raisons, même lorsqu'elles sont en désaccord, et la juridiction supérieure peut avoir le pouvoir discrétionnaire de refuser d'examiner un recours lorsqu'elle souscrit à la décision rendue en première instance. Dans le même temps, il semble évident qu'un plus grand poids devrait généralement être accordé aux décisions des juridictions supérieures et que, lorsque la décision d'une juridiction inférieure a été infirmée sur le point considéré, elle risque d'être vidée de sa valeur probante. De telles circonstances, s'agissant de la question de savoir si une certaine pratique reflète la position de l'État, peuvent tout à fait être prises en considération, comme l'indiquent (et l'exigent même) les conclusions 3 et 7. Il y aurait lieu de préciser le commentaire de la conclusion 6, qui énonce actuellement que, « vraisemblablement, [les décisions] des juridictions supérieures auront plus de poids » et que « les décisions ayant été infirmées sur le point particulier en cause ne seront probablement pas considérées comme pertinentes ». En outre, bien qu'il mentionne déjà le double rôle que jouent les décisions des juridictions internes¹⁵¹, des orientations supplémentaires pourraient être apportées sur cette question.

¹⁴⁶ Voir A/C.6/71/SR.21, par. 19.

¹⁴⁷ Voir A/C.6/71/SR.22, par. 9.

¹⁴⁸ Ibid., par. 51.

¹⁴⁹ Voir A/71/10, par. 63, par. 3 du commentaire de la conclusion 6.

¹⁵⁰ Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice a pris note des décisions rendues par les juridictions inférieures en Belgique dans le cadre de son examen de la pratique étatique sous l'angle de la jurisprudence nationale, concernant la question de savoir si un État pouvait prétendre à l'immunité dans le cadre de poursuites relatives à des actes que ses forces armées auraient commis à l'occasion d'un conflit armé : *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 133, par. 74.

¹⁵¹ Voir A/71/10, par. 63, par. 6 du commentaire de la conclusion 6.

57. Pour ce qui est de l'ordre dans lequel les formes de pratique sont présentées au paragraphe 2¹⁵², le texte actuel reflète un choix délibéré du Comité de rédaction, qui a débattu de la question et décidé de modifier le texte initialement proposé par le Rapporteur spécial afin d'indiquer en premier lieu les formes de pratique répandues au niveau international, puis au niveau national. La Commission pourrait souhaiter revenir sur ce point, afin d'inscrire en haut de la liste les formes de pratique les plus courantes. Dans tous les cas, les formes de pratique énumérées peuvent tout à fait s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux organisations internationales.

58. Le paragraphe 3 de la conclusion, qui énonce qu'il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique, vise à expliquer qu'aucune forme de pratique n'a, dans l'abstrait, une valeur probante supérieure aux autres et que toute forme de pratique peut présenter un intérêt. Il a été ajouté par le Comité de rédaction afin, notamment, que l'ordre dans lequel les formes de pratiques sont présentées au paragraphe 2 ne laisse pas supposer que telle forme de pratique est a priori plus importante que telle autre¹⁵³. Comme l'a observé le Président du Comité de rédaction, le paragraphe 3 ne sous-entend toutefois pas que toutes les formes de pratique étatique ont nécessairement le même poids et l'adjectif « prédéterminée » indique que, s'il existe une hiérarchie en l'occurrence, elle doit être évaluée au cas par cas¹⁵⁴. La question de savoir à quelles formes de pratique il faut accorder le plus de poids dans tel ou tel cas fait l'objet de la conclusion 3 et de la conclusion 7, dont le commentaire précise que « la pratique de l'exécutif est souvent la plus pertinente sur le plan international »¹⁵⁵. Il revient à la Commission de décider s'il vaut mieux garder le paragraphe 3 ou intégrer cette précision dans le commentaire.

Conclusion 7 : Appréciation de la pratique d'un État

1. Commentaires et observations reçus

59. Le projet de conclusion 7 n'a pas suscité beaucoup de commentaires. Les États-Unis ont dit craindre que le paragraphe 2 « puisse laisser entendre à tort que, si la pratique d'un État n'est pas constante, elle se verrait accorder moins de poids que celle d'autres États au regard du droit international coutumier », et qu'il aille de ce fait à l'encontre du principe d'égalité souveraine des États¹⁵⁶. Il serait, selon eux, plus juste de considérer que « l'État dont la pratique varie soit moins enclin à soutenir la règle en cause que celui dont la pratique est constante » et il conviendrait de modifier le texte du projet de conclusion en conséquence¹⁵⁷. Israël a fait observer que le projet de conclusion 7 passait sous silence la possibilité que « l'évolution de sa pratique indique souvent [simplement] que l'État ne s'estime pas obligé d'agir de telle ou telle manière »¹⁵⁸. Il a proposé soit de supprimer le paragraphe 2 du projet de conclusion,

¹⁵² Voir la déclaration du Président du Comité de rédaction (7 août 2014), p. 13 et 14, disponible à l'adresse <http://legal.un.org/ilc/>, dans laquelle il est précisé que l'ordre dans lequel les formes sont présentées n'a pas d'importance et qu'il n'a été choisi qu'à des fins rédactionnelles et ne suppose pas qu'une forme de pratique est a priori plus importante qu'une autre. Pour la proposition du Rapporteur spécial, voir le deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier (A/CN.4/672), par. 48.

¹⁵³ Déclaration du Président du Comité de rédaction (7 août 2014), p. 14 (disponible à l'adresse <http://legal.un.org/ilc/>).

¹⁵⁴ Ibid., Le commentaire de la conclusion 6 précise, relativement au paragraphe 3, que, « [d]ans certains cas particuliers, cependant, comme il est expliqué dans les commentaires des projets de conclusions 3 et 7, il peut arriver que pour apprécier différents types (ou cas) de pratique dans leur contexte, il faille leur accorder un poids différent » (A/71/10, par. 63, par. 7 du commentaire de la conclusion 6).

¹⁵⁵ Ibid., par. 5) du commentaire de l'article 7.

¹⁵⁶ Observations écrites des États-Unis, p. 12.

¹⁵⁷ Ibid., aux p. 12 et 13.

¹⁵⁸ Voir A/C.6/71/SR.22, par. 39.

soit de le modifier pour dire que, lorsque la pratique d'un État est inconstante, le poids à lui accorder dépend des circonstances¹⁵⁹. La Fédération de Russie a laissé entendre que la pratique des divers organes de l'État avait un poids différent aux fins de détermination du droit international coutumier (celui du pouvoir exécutif dominant sur le plan international) et qu'ainsi, en principe, les variations de la pratique d'un État n'avaient pas toujours pour effet d'affaiblir son importance¹⁶⁰. Les Pays-Bas ont souligné l'importance de prendre en considération les éléments exprimés dans des langues autres que celles qui sont les plus couramment utilisées lorsque l'on apprécie la pratique d'un État¹⁶¹.

2. *Propositions du Rapporteur spécial*

60. Le projet de conclusion 7 fournit des orientations importantes pour l'appréciation de la pratique d'un État¹⁶². Il est dit au paragraphe 1 qu'il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de l'État, laquelle doit être appréciée dans son ensemble, afin de déterminer la position exacte de cet État au regard de la règle de droit international considérée. Cette hypothèse, étayée par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice¹⁶³, n'a rencontré aucune opposition. Le paragraphe 2 du même projet de conclusion énonce que, lorsque la pratique de l'État varie, « le poids à accorder à cette pratique peut être réduit ». Il s'agit d'offrir des orientations dans les situations où les moyens de preuve de la pratique d'un État révèlent des ambiguïtés, en ce que ses différents organes ou un même organe au fil du temps adoptent des positions différentes au sujet de la règle supposée.

61. Comme l'a expliqué le Président du Comité de rédaction en 2014, l'emploi du verbe « peut » (au paragraphe 2 du projet de conclusion 7) signifie que la question doit être étudiée avec prudence, le poids à accorder à une pratique inconstante ne devant pas nécessairement être réduit dans tous les cas¹⁶⁴. Ce modal, qui ne figurait pas dans la proposition initiale du Rapporteur spécial pour ce projet de conclusion, a été précisément introduit pour répondre aux observations de certains membres de la Commission au sujet d'une éventuelle hiérarchie entre les formes de pratique et de la pratique contradictoire au sein d'un même État. Le projet de commentaire indique lui aussi qu'« il convient de faire preuve de prudence pour une telle appréciation et que la même conclusion ne serait pas nécessairement tirée dans tous les cas [...] par exemple, en cas de divergence dans la pratique des organes de niveau différent du même État, il est peu probable que cela aboutisse à accorder moins de poids à la pratique de l'organe supérieur [...] la pratique des organes d'un gouvernement central sera souvent plus importante que celle des composantes d'un État fédéral ou des subdivisions politiques de l'État ; et la pratique de l'exécutif est souvent la plus pertinente sur le plan international, bien qu'il puisse être nécessaire de tenir compte de la position constitutionnelle des différents organes en question »¹⁶⁵. Le commentaire renvoie également à l'*Affaire des pêcheries*, dont les circonstances particulières ont amené la Cour internationale de Justice à conclure qu'il n'y avait pas lieu « d'attacher trop d'importance aux quelques incertitudes ou contradictions,

¹⁵⁹ Observations écrites d'Israël (2018), par. 36 (où il est également proposé de modifier le commentaire en conséquence).

¹⁶⁰ Voir A/C.6/71/SR.21, par. 52.

¹⁶¹ Ibid., par. 130.

¹⁶² Voir aussi la déclaration du Président du Comité de rédaction (7 août 2014), p. 14 (disponible à l'adresse : <http://legal.un.org/ilc/>).

¹⁶³ Voir le deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (A/CN.4/672), par. 50.

¹⁶⁴ Déclaration du Président du Comité de rédaction (7 août 2014), p. 15 (disponible à l'adresse : <http://legal.un.org/ilc/>) [traduction du Secrétariat].

¹⁶⁵ Voir A/71/10, par. 63, au par. 5 du commentaire du projet de conclusion 7.

apparentes ou réelles, [...] dans la pratique norvégienne »¹⁶⁶. L'Allemagne a considéré que cette explication était la bienvenue dans le commentaire, car elle confirmait que toutes les incohérences que l'on constate dans la pratique des organes d'un État ne doivent pas avoir pour effet de réduire le poids qu'il y a lieu d'attribuer à celle-ci¹⁶⁷.

62. Le Rapporteur spécial convient que le texte du paragraphe 2 pourrait être amélioré pour exprimer plus clairement la prudence qui s'impose dans les situations qu'il entend viser et répondre ainsi aux préoccupations qui ont été exprimées. Il propose donc de modifier comme il suit le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 :

Lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut, selon les circonstances, être réduit.

Il sera proposé en temps voulu d'apporter les modifications correspondantes au texte du commentaire.

Conclusion 8 : La pratique doit être générale

1. Commentaires et observations reçus

63. Le projet de conclusion 8 a recueilli l'approbation générale, bien qu'un certain nombre de modifications à son libellé et au commentaire qui l'accompagne aient été proposées. La Fédération de Russie a signalé que l'expression « "pratique générale" n'a[vait] peut-être pas assez de poids » et dit lui préférer celle de « pratique constante » qui est employée dans l'arrêt rendu dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*¹⁶⁸. Elle a également indiqué qu'elle aurait préféré, à l'expression « suffisamment répandue et représentative », celle de « fréquente et pratiquement uniforme »¹⁶⁹. Les États-Unis ont eux aussi proposé que le projet de conclusion 8 reprenne plutôt la norme de la pratique « fréquente et pratiquement uniforme [...] laquelle est largement reconnue par les États comme étant le seuil à atteindre généralement pour que l'existence d'une règle coutumière soit établie »¹⁷⁰. Selon eux, le mot « suffisamment », au paragraphe 1 du projet de conclusion, laisse à désirer en ce qu'il ne définit pas de façon claire « le niveau que doit atteindre la pratique, sur les plans quantitatif et qualitatif, pour qu'on puisse en dégager une règle de droit international coutumier »¹⁷¹. Israël a proposé de faire mention dans le commentaire de l'exigence selon laquelle la pratique doit être « pratiquement uniforme » et d'y préciser que « le nombre des États prenant part à la pratique... doit être considérablement plus élevé que celui des États qui ne la suivent pas »¹⁷².

64. Un certain nombre d'États ont critiqué l'absence de mention expresse des « États particulièrement intéressés ». La Chine a recommandé d'étoffer les commentaires relatifs aux projets de conclusions 8 et 9 afin d'y « souligner que la pratique et l'*opinio juris* des "États particulièrement intéressés" doivent être davantage prises en considération »¹⁷³. Elle s'est référée à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice à cet égard, en expliquant que « [l]a pratique de tout pays, grand ou petit, riche ou pauvre, fort ou faible, doit être pleinement prise en

¹⁶⁶ Ibid. (citant également l'observation de la Cour selon laquelle ces incertitudes ou contradictions « s'expliquent assez naturellement si l'on prend en considération la diversité des faits et des situations au cours de la longue période »).

¹⁶⁷ Voir A/C.6/71/SR.21, par. 117.

¹⁶⁸ Ibid., par. 48.

¹⁶⁹ Ibid., par. 53.

¹⁷⁰ Observations écrites des États-Unis, p. 13.

¹⁷¹ Ibid., (ajoutant que ce terme « ne permet pas de savoir jusqu'à quel point la pratique doit être répandue et représentative pour être considérée comme "suffisante" »).

¹⁷² Observations écrites d'Israël, par. 29.

¹⁷³ Observations écrites de la Chine, p. 2.

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. En tant qu'« États particulièrement intéressés », ces pays peuvent contribuer à la formulation des règles du droit international coutumier »¹⁷⁴. Les Pays-Bas se sont dits d'avis que les États particulièrement intéressés devraient être mentionnés dans le texte même des projets de conclusions 8 et 9, et non pas uniquement dans le commentaire (où il y aurait tout de même lieu de « préciser davantage » le sens de ce terme)¹⁷⁵. Faisant référence à l'arrêt rendu dans les affaires relatives au *Plateau continental de la mer du Nord*, ils ont proposé d'y indiquer clairement « que la pratique et l'*opinio juris* de ces États sont indispensables à la détermination de l'existence d'une règle de droit international coutumier » et qu'elles « doivent se voir accorder un plus grand poids que celle d'autres États »¹⁷⁶. Les États-Unis ont de même fait valoir que « le rôle important que tiennent les États particulièrement intéressés devrait être énoncé dans le projet de conclusion [8] en lui-même », expliquant que « [l]a prise en considération de la pratique de ces États est une exigence qui fait partie intégrante de la norme établie dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* »¹⁷⁷. Ils ont de plus dit craindre que le libellé actuel des projets de conclusion et du commentaire ne soit source de confusion à cet égard¹⁷⁸. Israël a également fait valoir que les États particulièrement intéressés « ont un rôle crucial à jouer pour ce qui est de la formation et, partant, de la détermination des règles coutumières »¹⁷⁹ et que, non seulement leur pratique et leur *opinio juris* sont des « éléments indispensables pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier, mais [...] doivent en outre se voir accorder beaucoup plus de poids que la pratique des autres États »¹⁸⁰. Il a proposé de modifier en conséquence le texte du projet de conclusion 8 (ainsi que celui du projet de conclusion 9) et le commentaire y afférent¹⁸¹.

65. Les États-Unis ont en outre fait valoir que le projet de conclusion 8 devrait « reconnaître explicitement [...] qu'il faut aussi prendre en considération la pratique étatique qui est contraire à la règle supposée pour déterminer si celle-ci relève du droit international coutumier », ajoutant qu'il est essentiel que cette pratique se voit accorder suffisamment de poids¹⁸².

2. Propositions du Rapporteur spécial

66. On trouve le terme « pratique générale » à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et il est employé couramment pour désigner l'élément « matériel » (ou « objectif ») du droit international coutumier. Il est également utilisé ailleurs dans le projet de conclusions¹⁸³ et dans

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Observations écrites des Pays-Bas, par. 10 et 11.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Observations écrites des États-Unis, p. 13.

¹⁷⁸ Ibid., (il est ajouté qu'« une certaine confusion pourrait résulter du fait de définir en quoi une pratique est “générale” dans le projet de conclusion sans faire référence aux États particulièrement intéressés, puis de laisser entendre que la pratique de ces derniers est un “facteur important” au paragraphe 4 du commentaire, tout en reléguant le terme “particulièrement intéressé” à une note de bas de page »).

¹⁷⁹ Observations écrites d'Israël, par. 29 (il est ajouté que « [l]e fait que la pratique et l'*opinio juris* des États particulièrement intéressés ne soient pas conformes à la règle proposée ou n'existent pas par rapport à cette règle [...] devrait attester l'inexistence de ladite règle. Ce principe ressort également du paragraphe 74 de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans les affaires relatives au *Plateau continental de la mer du Nord* »).

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Ibid., par. 30.

¹⁸² Observations écrites des États-Unis, p. 13 et 14.

¹⁸³ Le terme « pratique générale » figure également dans les projets de conclusions 2, 3, 4, 9, 11, 12 et 16.

l'ensemble des commentaires adoptés en première lecture. Le Rapporteur spécial est d'avis qu'il faut le conserver dans le projet de conclusion 8.

67. Pour ce qui est d'expliquer plus clairement ce qu'il faut entendre dans ce contexte par « générale », cet adjectif fondamental qui qualifie la pratique dans le contexte de la détermination de l'existence et du contenu d'une règle de droit international coutumier¹⁸⁴, comme cherche à le faire le projet de conclusion 8, le Rapporteur spécial rappelle que le libellé actuel de la conclusion s'inspire de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et reflète la souplesse du droit international coutumier et les situations dans lesquelles il entre en jeu¹⁸⁵. La formule « fréquente et pratiquement uniforme », employée dans l'arrêt rendu dans les affaires relatives au *Plateau continental de la mer du Nord*¹⁸⁶, n'est que l'une des façons dont la Cour a exprimé l'exigence d'une pratique générale et, dans la même affaire, elle a également employé le terme « pratique constante »¹⁸⁷, ainsi que « très large et représentative »¹⁸⁸. Dans d'autres affaires, elle a entendu l'exigence d'une pratique générale comme visant la pratique à laquelle les États « conforment leur conduite de manière générale »¹⁸⁹, une pratique « importante et bien établie »¹⁹⁰, « uniforme et largement répandue »¹⁹¹ ou « constante et uniforme »¹⁹².

68. Aucune de ces expressions ne définit exactement le niveau que doit atteindre la pratique, sur les plans quantitatif et qualitatif, pour qu'on puisse en dégager une règle de droit international coutumier en tant que telle. Et tel n'est pas leur but. La précision apportée par l'adverbe « suffisamment » est donc à même de jouer un rôle important pour fournir des orientations supplémentaires sur la manière dont la généralité de la pratique devrait être appréciée dans une situation donnée¹⁹³. On la trouve dans les arrêts de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions dans ce contexte précis¹⁹⁴. Elle peut être particulièrement utile pour souligner que la

¹⁸⁴ Déclaration du Président du Comité de rédaction (7 août 2014), p. 16 (disponible à l'adresse : <http://legal.un.org/ilc/>) [traduction du Secrétariat].

¹⁸⁵ Ibid., [traduction du Secrétariat].

¹⁸⁶ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 43, par. 74.

¹⁸⁷ Ibid., aux p. 44, par. 77, et 45, par. 79. Voir aussi *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la page 122, par. 55.

¹⁸⁸ Ibid., à la page 42, par. 73 (renvoyant expressément aux « autres éléments généralement tenus pour nécessaires afin qu'une règle conventionnelle soit considérée comme étant devenue une règle générale de droit international »).

¹⁸⁹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 98, par. 186.

¹⁹⁰ Ibid., à la page 106, par. 202.

¹⁹¹ *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 40, à la page 102, par. 205.

¹⁹² *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, Arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950, p. 266, à la page 277 ; *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, Arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960, p. 6, à la page 40.

¹⁹³ Le Président du Comité de rédaction a expliqué en 2014 que le nombre des États dont la pratique est requise peut varier d'un cas à un autre, état de fait traduit par l'adverbe « suffisamment ». La pratique doit aussi être suivie par un groupe d'États suffisamment représentatifs, situés en principe dans différentes régions. La représentativité qui est précisément requise dépend aussi de la règle en cause et l'examen de cette condition doit également être empreint d'une certaine souplesse : déclaration du Président du Comité de rédaction (7 août 2014), p. 16 (disponible à l'adresse : <http://legal.un.org/ilc/>) [traduction du Secrétariat].

¹⁹⁴ Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 42, par. 73, et à la page 45, par. 79 ; *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246, à la page 299, par. 111 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 98, par. 186, et à la page 108, par. 205 ; 2 BvR 1506/03, Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision de la deuxième chambre, 5 novembre 2003, par. 59 (Cette pratique n'est cependant pas suffisamment répandue pour être considérée comme une

pratique en cause doit être assez générale pour donner naissance à une règle de droit international coutumier ou l'exprimer, tout en ménageant une certaine souplesse, reflet du caractère inhérent à cette source du droit international.

69. La Commission souhaitera peut-être examiner si l'expression « pratiquement uniforme » est susceptible d'exprimer plus précisément cet aspect de la généralité que l'adjectif « constante ». Le Rapporteur spécial propose de modifier comme suit le paragraphe 1 du projet de conclusion 8 :

La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que pratiquement uniforme.

70. En ce qui concerne les « États particulièrement intéressés », le Rapporteur spécial rappelle qu'il a proposé dans son deuxième rapport « de tenir dûment compte de la pratique des “États particulièrement intéressés”, dès lors que l'on peut les identifier »¹⁹⁵. Le rapport comportait un projet de paragraphe en ce sens¹⁹⁶. Lors du débat en séance plénière tenu en 2014, sa proposition a été accueillie favorablement par plusieurs membres de la Commission, mais suscité des critiques chez d'autres. Comme il l'a expliqué cette année-là, certaines de ces critiques « n'étaient pas entièrement méritées. Certains membres se sont semble-t-il mépris sur l'intention de [la disposition proposée], qui reflète la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Sir M. Wood n'avait certainement pas l'intention de laisser entendre que la pratique de certaines “grandes puissances” ou des membres permanents du Conseil de sécurité, devait être considérée comme essentielle pour la formation d'une règle de droit international coutumier. Il avait estimé que l'explication figurant au paragraphe 54 suffisait à éclairer le sens de cette disposition – d'autant que les termes ne sont pas impératifs [...] et que la catégorie visée est celle des “États particulièrement intéressés”, qui varient selon la règle et dont aucun en particulier n'est nécessairement inclus »¹⁹⁷. Autrement dit, il ne faut pas surestimer l'importance de la notion d'« États particulièrement intéressés » dans la détermination du droit international coutumier. Elle ne signifie pas qu'il faille regarder *uniquement* la pratique des États particulièrement intéressés, comme d'aucuns ont semblé le craindre ; elle vise simplement à indiquer que leur pratique doit être prise en considération. Étant donné que le libellé actuel du projet de conclusion 8 s'entend comme couvrant cet élément, le Rapporteur spécial propose que la Commission s'efforce de tenir compte des préoccupations exprimées en ajustant le texte du commentaire.

71. Le Rapporteur spécial est convaincu que, dans la recherche de l'existence d'une pratique générale, il importe de prendre en considération et d'examiner la pratique contradictoire ou inconstante, surtout si elle est « [imputable] aux États mêmes qui

pratique uniforme créatrice de droit international coutumier [traduction du Secrétariat]). Voir aussi le deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (A/CN.4/672), par. 52 et 53, en particulier la note 154.

¹⁹⁵ Ibid., par. 54 (ajoutant que « [a]utrement dit, pour apprécier l'existence d'une pratique internationale, il faudrait prendre en considération la pratique des États qui sont ‘touchés ou intéressés dans une plus grande mesure que d'autres’ au regard de la règle en question, ladite pratique devant avoir un poids considérable (au point de pouvoir, dans certaines circonstances, faire obstacle à l'apparition d'une nouvelle règle) »).

¹⁹⁶ Ibid., par. 59 (il a été dit qu'une conclusion portant sur la généralité de la pratique devait comprendre un paragraphe énonçant que « [p]our déterminer l'existence d'une pratique, on prendra dûment en considération la pratique des États particulièrement intéressés »).

¹⁹⁷ A/CN.4/SR.3227 : compte rendu analytique provisoire de la 3227^e séance de la Commission (18 juillet 2014), p. 5 (résumé du débat en plénière).

sont censés suivre la [supposée] coutume ou la créer »¹⁹⁸. Le commentaire pourrait clarifier ce point.

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

Conclusion 9 : Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)

1. Commentaires et observations reçus

72. Un certain nombre d'États se sont dits satisfaits des « commentaires détaillés sur la nature [...] du second élément constitutif », à savoir l'acceptation comme étant le droit, notamment la distinction claire établie entre cette dernière et les « autres motifs, extrajuridiques, d'action ou d'inaction, comme la courtoisie, l'opportunité politique ou la commodité, au moyen d'une analyse approfondie du contexte »¹⁹⁹. De son côté, l'Autriche a dit que le commentaire devrait faire état de « l'importance du deuxième aspect de l'élément constitutif subjectif du droit international coutumier, à savoir l'*opinio necessitatis* », et fait remarquer que la « doctrine enseigne que certains comportements des États, par ailleurs illégaux, pouvaient être considérés comme politiquement, économiquement ou moralement nécessaires »²⁰⁰. Le Soudan a tenu à souligner qu'« il faut que le principe de l'*opinio juris* embrasse toutes les régions du monde et tous les systèmes juridiques en vigueur »²⁰¹. Plusieurs autres États ont avancé qu'il faudrait explicitement mentionner l'importance de l'acceptation, par les États particulièrement intéressés, de la pratique en cause comme étant le droit²⁰².

73. Les États-Unis ont proposé que, dans la définition de l'acceptation comme étant le droit donnée au paragraphe 1 (« la pratique en question doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit »), les mots « menée avec » soient remplacés par « motivée par »²⁰³ expliquant que cette modification « exprime[rait] plus clairement que la pratique doit être suscitée dans son intégralité par le sentiment de l'existence d'une obligation en droit »²⁰⁴. En outre, et s'ils conviennent que « [e]n principe, [...] le droit international reconnaît aux États certains droits », ils ont proposé de supprimer la référence expresse à la notion de droit dans la définition de l'acceptation comme étant le droit²⁰⁵, arguant que cette référence n'était pas nécessaire dans la mesure où « les États entend[ai]ent généralement l'expression “menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique” comme englobant, selon le cas, la pratique qu'ils suivent par sentiment de l'existence d'une obligation ou d'un droit »²⁰⁶, et qu'elle risquait de susciter la confusion « en portant à croire que l'examen de la pratique et de l'*opinio juris* servant à déterminer si les États ont l'*obligation* d'agir d'une certaine manière devait

¹⁹⁸ Pour reprendre les termes employés par les juges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda dans leur opinion individuelle collective en l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la page 50, par. 16.

¹⁹⁹ Voir, respectivement, les observations écrites conjointes des pays nordiques, p. 1, et A/C.6/71/SR.20, par. 51 (Finlande au nom des pays nordiques).

²⁰⁰ Observations écrites de l'Autriche, p. 2.

²⁰¹ Voir A/C.6/71/SR.21, par. 138.

²⁰² Voir par. 64 plus haut.

²⁰³ Observations écrites des États-Unis, p. 7.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Ibid., p. 7 et 8.

²⁰⁶ Ibid., p. 7 (précisant également que, « en ajoutant “ou d'un droit” au texte du projet de conclusion, on risque de donner à tort l'impression que la notion de droit est a priori exclue de l'expression “sentiment de l'existence d'une obligation juridique” »).

également être effectué pour vérifier s'ils en ont le *droit* »²⁰⁷. Il a donc été proposé que le projet de conclusion 9 conserve uniquement la « formule habituelle », où seule est mentionnée l'obligation, et que le commentaire reprenne les précisions exposées ci-dessus²⁰⁸. Toutefois, d'autres États n'ont fait part d'aucune réserve quant à la définition du projet de conclusion 9 et l'Inde s'est par exemple déclarée d'avis, « comme la Commission, qu'une pratique qui était acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) devait être suivie avec le sentiment d'exercer un droit ou d'exécuter une obligation juridique »²⁰⁹.

2. Propositions du Rapporteur spécial

74. Comme l'a expliqué le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport sur le sujet, des expressions très diverses ont été utilisées dans la pratique internationale et la doctrine pour évoquer l'élément de l'acceptation comme étant le droit et sa relation avec l'autre élément constitutif du droit international coutumier²¹⁰. Le Rapporteur spécial rappelle que, avant l'adoption du libellé actuel du paragraphe 1 du projet de conclusion 9, « [p]lusieurs propositions de rédaction ont été formulées par les membres du Comité de rédaction à cet égard également »²¹¹. Dans sa déclaration de 2015, le Président du Comité de rédaction a souligné que « [l]e Comité a conclu que les termes “menée avec” permettaient une meilleure compréhension du lien étroit entre les deux éléments que la formulation précédente, “accompagnée par” »²¹². Cette formulation a été préférée, notamment, parce qu'elle permettait d'indiquer que « la pratique en question n'a pas à être motivée seulement par des considérations juridiques pour être pertinente aux fins de la détermination des règles de droit international coutumier »²¹³.

75. En ce qui concerne la formule *opinio necessitatis*, il est largement accepté que l'expression latine *opinio juris sive necessitatis* énonce un critère unique, comme en témoigne le fait qu'elle est habituellement raccourcie en *opinio juris* (notamment dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice)²¹⁴. Cela pourrait bien avoir « une

²⁰⁷ Ibid. (les États-Unis ont également rappelé, à la page 8, le principe formulé dans l'affaire du « Lotus » en faisant observer qu'« [i]l n'est pas exigé des États qu'ils vérifient qu'une *opinio juris* ou qu'une pratique étatique générale et constante établissent la licéité de leur action avant de pouvoir valablement s'engager dans une pratique à laquelle le droit n'impose par ailleurs aucune restriction »).

²⁰⁸ Ibid., p. 8.

²⁰⁹ Voir A/C.6/71/SR.24, par. 17.

²¹⁰ Voir également le deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (A/CN.4/672), p. 54 et 55, par. 67.

²¹¹ Déclaration du Président du Comité de rédaction (29 juillet 2015), p. 8 (disponible à l'adresse <http://legal.un.org/ilc/>).

²¹² Ibid. Le Rapporteur spécial avait tout d'abord proposé les termes « s'accompagne de » (deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (A/CN.4/672), p. 56, par. 69).

²¹³ Déclaration du Président du Comité de rédaction (29 juillet 2015), p. 8 (disponible à l'adresse <http://legal.un.org/ilc/>).

²¹⁴ Voir *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, CIJ, Recueil 2012, p. 99, aux p. 122 et 123, par. 55, et à la page 135, par. 77 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, CIJ, Recueil 1996, p. 226, à la page 254, par. 65 et 67, et à la page 255, par. 70, 71 et 73 ; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, CIJ, Recueil 1985, p. 13, à la page 29, par. 27 ; *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, CIJ, Recueil 1984, p. 246, à la page 299, par. 111. Lorsque la Cour a employé (également) l'expression longue, elle se référerait explicitement à un sentiment d'obligation juridique : *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, CIJ, Recueil 1969, p. 3, à la page 44, par. 77 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, CIJ, Recueil 1986, p. 14, à la page 109, par. 207 (référence aux affaires relatives au *Plateau continental de la mer du Nord*). Dans l'*Affaire du droit de passage sur territoire indien*, la Cour n'a pas utilisé l'expression longue, même s'il est pris acte

importance en soi. On considère d'ordinaire qu'il faut qu'il existe une opinion quant au droit, selon laquelle le droit est, ou est en train de devenir, tel qu'il prescrit ou autorise telle ou telle action donnée »²¹⁵. La 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)²¹⁶. Cela ne veut pas dire pour autant que ces considérations ne peuvent pas être présentes en sus de l'acceptation comme étant le droit.

76. La définition de la condition d'acceptation comme étant le droit proposée initialement par le Rapporteur spécial mentionnait un « sentiment d'obligation juridique »²¹⁷. C'est « à la suite du débat en séance plénière [que] le Rapporteur spécial a modifié sa proposition initiale pour préciser que la pratique pertinente peut être animée non seulement par le sentiment d'une obligation juridique mais aussi par le sentiment d'un droit »²¹⁸. En effet, et comme les États-Unis l'ont également fait remarquer, les États peuvent exercer les droits qu'ils tiennent du droit international coutumier « en se considérant comme juridiquement fondés à le faire »²¹⁹. La Cour internationale de Justice a, elle aussi, évoqué une pratique qui s'est « manifestée de manière à établir la reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu »²²⁰ et « une pratique dénotant la croyance en une sorte de droit général »²²¹.

77. Il s'ensuit que le Rapporteur spécial estime que le libellé du projet de conclusion 9 adopté en première lecture devrait être conservé. La modification du commentaire pourrait être proposée en temps voulu pour préciser que, outre l'existence d'une pratique générale, l'acceptation comme étant le droit, notamment par les États particulièrement intéressés, doit être représentative (et non pas seulement large)²²², pour qu'une règle de droit international coutumier puisse être déterminée.

Conclusion 10 : Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)

1. Commentaires et observations reçus

78. Les États qui ont commenté le projet de conclusion 10 ont principalement cherché à souligner qu'il fallait faire montre de prudence s'agissant de l'inaction comme preuve de l'acceptation²²³. La Thaïlande s'est ainsi félicitée du recours à « l'expression plus précise “absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique” »²²⁴. L'Irlande a quant à elle constaté avec satisfaction que les conditions

dans l'arrêt qu'elle avait été avancée par le Portugal ; la Cour a plutôt fait référence à l'acceptation comme étant le droit (voir *Affaire du droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt du 12 avril 1960, CIJ, Recueil 1960*, p. 6, aux p. 11 et 40).

²¹⁵ Voir le deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (A/CN.4/672), par. 65 (citant H. Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 78).

²¹⁶ Voir également le deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (A/CN.4/672), p. 46 et 47, par. 61.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 56, par. 69.

²¹⁸ Déclaration du Président du Comité de rédaction (29 juillet 2015), p. 7 (disponible à l'adresse <http://legal.un.org/ilc/>).

²¹⁹ Observations écrites des États-Unis, p. 7.

²²⁰ *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, CIJ, Recueil 1969*, p. 3, à la page 43, par. 74.

²²¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, CIJ, Recueil 1986*, p. 14, à la page 108, par. 206.

²²² Voir A/71/10, par. 63, par. 5 du commentaire relatif au projet de conclusion 9.

²²³ Voir, outre les États mentionnés ci-dessous, A/C.6/71/SR.21, par. 55 (Fédération de Russie), et A/C.6/71/SR.24, par. 11 (Indonésie).

²²⁴ Voir A/C.6/71/SR.22, par. 44.

requis pour que l'inaction ait valeur probante de l'acceptation comme étant le droit étaient « clairement exposées » dans le commentaire²²⁵. La Chine a convenu que l'inaction en elle-même « ne peut être considérée comme un consentement implicite ; la connaissance par l'État des règles pertinentes et sa capacité de réagir doivent être prises en considération pour déterminer si son inaction est intentionnelle et peut ainsi constituer une preuve de l'*opinio juris* »²²⁶. L'Australie a souligné que l'on « ne peut attendre des États qu'ils réagissent à tout, et [que] l'importance juridique de l'inaction dépend des circonstances de l'espèce »²²⁷. Par ailleurs, les Pays-Bas ont suggéré que le commentaire tienne compte de l'éventualité que les États puissent réagir de manière confidentielle et du « rôle joué par les explications que [ces derniers] peuvent fournir ultérieurement au sujet de leur position et de leur éventuel silence »²²⁸. La Nouvelle-Zélande a fait remarquer qu'une absence de réaction pouvait signifier l'acceptation comme étant le droit, mais seulement dans certaines circonstances, et que pareille conclusion ne saurait se présumer, notamment parce que les États pouvaient choisir de réagir de manière confidentielle²²⁹. Tout en approuvant le libellé du paragraphe 3, elle a proposé que les « éléments supplémentaires exposés » dans le commentaire soient insérés dans le texte du projet de conclusion lui-même²³⁰. La République tchèque a exprimé des préoccupations analogues concernant le libellé actuel du paragraphe 3 du projet de conclusion 10, lequel pourrait ne pas « protége[r] suffisamment les États qui [ne s'opposent] pas expressément à une pratique contre la supposition qu'ils ont accepté une règle coutumière en voie de formation »²³¹. Elle a expliqué que « [l]'absence de réaction a des significations différentes selon la mesure dans laquelle les droits et obligations de l'État sont concernés » et que « l'absence de réaction doit être envisagée compte tenu de toutes les circonstances, en particulier lorsque l'État qui ne réagit pas à la conduite d'un autre État se conduit toujours lui-même différemment vis-à-vis des autres États »²³². En outre, elle a fait valoir que la Commission devrait « analyser les différences entre, d'une part, l'absence de réaction à la pratique en cause dans les cas où une nouvelle règle de droit international coutumier pourrait être en voie de formation dans un domaine qui n'est encore régi par aucune règle coutumière et, d'autre part, les cas où la nouvelle règle potentielle s'écarterait d'une règle coutumière déjà établie »²³³.

²²⁵ Ibid., par. 34.

²²⁶ Voir [A/C.6/71/SR.20](#), par. 67.

²²⁷ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 17 (l'Australie a ajouté que « l'inaction ne peut être considérée comme une preuve de l'acceptation comme étant le droit » et qu'il « faut d'abord qu'un État ait connaissance de telle ou telle pratique et dispose d'un délai raisonnable pour réagir »).

²²⁸ Observations écrites des Pays-Bas, par. 13.

²²⁹ Observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 19.

²³⁰ Ibid., par. 20 (mentionnant, en particulier, que l'État qui avait décidé de ne pas réagir devait « avoir été directement touché par la pratique en question, avoir eu connaissance de cette pratique et avoir disposé du temps et des moyens nécessaires pour réagir »).

²³¹ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 8.

²³² Ibid. (expliquant également que « les États formulent généralement des objections ou des protestations expresses lorsqu'une pratique touche directement ou considérablement leurs intérêts, alors que lorsqu'une pratique touche de nombreux États ou tous les États, la réponse à la question de savoir s'il convenait de réagir et comment est plus diverse »). Dans ses observations écrites (p. 2), la République tchèque a ajouté que la Commission devrait accorder une attention accrue à « la distinction à établir entre, d'un côté, l'absence de réaction de la part des États qui sont particulièrement (spécifiquement, directement) intéressés, concernés et touchés par la pratique de tel ou tel autre État et qui sont conscients de la signification juridique de leur réaction ou absence de réaction et, d'un autre côté, l'inaction ou l'absence de réaction d'autres États qui est susceptible d'être motivée par des considérations étrangères au droit et d'ordre politique, pratique ou autre, et ne découle pas du sentiment de l'existence d'une obligation en droit coutumier ».

²³³ Observations écrites de la République tchèque, p. 2 (celle-ci expliquant que « [l]e fait que certaines règles coutumières existent déjà est un facteur de stabilité et réduit en général la nécessité de réagir à la pratique des États qui s'en écartent (le principe voulant que la dérogation à

79. D'autres États ont proposé d'adopter une position plus stricte. Les États-Unis ont convenu que l'absence de réaction s'étendant dans le temps pouvait constituer une preuve de l'acceptation comme étant le droit seulement lorsque l'État était en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction, mais ils ont proposé d'ajouter une condition supplémentaire, à savoir que la décision de ne pas réagir résultait « du sentiment de l'existence d'une obligation juridique »²³⁴. Israël a lui aussi avancé qu'il fallait « établir la preuve que [l'absence de réaction] procède en elle-même du sentiment de l'existence d'une obligation en droit coutumier », et proposé que le commentaire fasse état de la difficulté pratique d'établir, à partir d'une simple absence de réaction, la preuve de l'acceptation d'une pratique comme étant le droit²³⁵.

80. En ce qui concerne les autres formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit, l'Inde a convenu que les « avis juridiques gouvernementaux » pouvaient présenter un intérêt en tant qu'éléments de preuve, mais a ajouté qu'il pouvait « être difficile d'en avoir connaissance, car de nombreux pays ne publient pas les avis de leurs conseillers juridiques »²³⁶. Les Pays-Bas ont fait valoir que la référence, dans le projet de conclusion 10, aux décisions des juridictions nationales devrait être précisée dans la mesure où ces décisions « ne peuvent constituer une preuve de l'*opinio juris* que si elles ne sont pas désavouées par l'exécutif »²³⁷. Le Bélarus a affirmé que « toute conduite d'un État révélant qu'il applique, à son désavantage, une règle de droit international coutumier est une forme de preuve de l'acceptation de cette règle comme étant le droit »²³⁸. Les États-Unis ont toutefois fait remarquer qu'il fallait faire montre de prudence au moment d'examiner les éléments de preuve de l'*opinio juris* d'un État, afin de « vérifier s'ils expriment bien le point de vue de l'État sur l'état actuel du droit international coutumier »²³⁹.

81. Le Viet Nam a relevé une « divergence entre les formes de pratique de l'État énoncées dans le projet de conclusion 6 et les formes de preuve de l'*opinio juris* énoncées dans le projet de conclusion 10 », et suggéré que des éclaircissements soient fournis à cet égard²⁴⁰. La République de Corée a elle aussi fait observer que, s'il « est normal que les formes de pratique étatique mentionnées au paragraphe 2 du projet de conclusion 6 et les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit figurant au paragraphe 2 du projet de conclusion 10 se recoupent en grande partie », il pourrait être utile de « veiller à la cohérence pour ce qui est de l'utilisation et de l'ordre d'apparition des termes dans les deux conclusions », afin d'éviter toute confusion²⁴¹. Elle a ajouté qu'il « faudra peut-être également expliquer les différences éventuelles »²⁴². Les Pays-Bas ont proposé que le commentaire évoque l'*opinio juris*

une règle établie soit considérée comme une violation de cette règle et non comme l'amorce de la création d'une nouvelle règle »).

²³⁴ Observations écrites des États-Unis, p. 10 et 11 (ceux-ci ayant proposé de modifier à cet effet le texte du projet de conclusion et du commentaire).

²³⁵ Observations écrites d'Israël, par. 14 et 15.

²³⁶ Voir A/C.6/71/SR.24, par. 18.

²³⁷ Observations écrites des Pays-Bas, par. 12 (ajoutant qu'« [i]l y a désaveu lorsque l'exécutif considère ces décisions comme n'exprimant pas la position de l'État sur la question en cause et les présente comme telles à l'extérieur, [et que] cette précision découle de la proposition selon laquelle l'*opinio juris* exige que la position des différents organes de l'État soit cohérente »).

²³⁸ Observations écrites du Bélarus, p. 3.

²³⁹ Observations écrites des États-Unis, p. 15.

²⁴⁰ Voir A/C.6/71/SR.22, par. 50.

²⁴¹ Observations écrites de la République de Corée, par. 3.

²⁴² Ibid.

des organisations internationales²⁴³ et, comme l'Autriche, ont fait valoir qu'il serait judicieux de préciser comment déterminer ou établir cette *opinio juris*²⁴⁴.

2. Propositions du Rapporteur spécial

82. Le Rapporteur spécial convient qu'on ne saurait conclure à la légère que l'acceptation comme étant le droit peut se déduire de l'inaction²⁴⁵. C'est ce qui ressort du paragraphe 3 du projet de conclusion 10²⁴⁶ et qui est expliqué plus avant dans le commentaire. Le Rapporteur spécial admet toutefois que le commentaire pourrait mettre davantage l'accent sur la prudence particulière qui s'impose et reconnaître explicitement que, si l'on insistait auprès d'eux, les États pourraient donner d'autres explications de leur silence. Cela pourrait également rassurer ceux qui ont proposé une condition supplémentaire, à savoir la nécessité de prouver que l'inaction était motivée par l'acceptation comme étant le droit, ce qui pourrait être considéré comme étant quelque peu circulaire.

83. Le Rapporteur spécial souscrit à la proposition d'inclure dans le commentaire relatif au projet de conclusion 10 une déclaration générale soulignant qu'il importe d'évaluer soigneusement la preuve de l'acceptation comme étant le droit en vue de déterminer si elle reflète la position en droit de l'État en ce qui concerne ses droits et obligations au titre du droit international coutumier. Une telle évaluation pourrait sans doute tenir compte de toute divergence d'opinion qui pourrait se faire jour au sein des différents organes de l'État, conformément aux orientations données dans le projet de conclusion 7. Le commentaire pourrait également préciser que le projet de conclusion 10 s'applique *mutatis mutandis* aux organisations internationales, puisque ces dernières peuvent être à l'origine des formes de preuve énumérées²⁴⁷.

84. Le Rapporteur spécial estime que de bonnes raisons justifient les différences relevées entre la liste des formes de pratique (projet de conclusion 6) et celle des formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (projet de conclusion 10). En effet, l'une et l'autre ont pour objet d'énumérer les principaux exemples liés à chaque élément constitutif. Si la Commission est d'accord avec cette analyse, elle devrait peut-être envisager de l'expliquer dans le commentaire.

²⁴³ Observations écrites des Pays-Bas, par. 14 (ajoutant que l'*opinio juris* éventuelle des organisations internationales « découle de la personnalité juridique internationale dont disposent ces organisations »).

²⁴⁴ Observations écrites de l'Autriche, p. 2 ; observations écrites des Pays-Bas, par. 7.

²⁴⁵ Voir également l'avis récemment exprimé par le juge De Brichambaut de la Cour pénale internationale dans l'opinion minoritaire en l'affaire *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir* : « Si le silence ou l'inaction peuvent valoir confirmation de l'actuelle règle de droit international coutumier concernant les immunités dans certaines circonstances, un tel silence peut aussi simplement traduire le caractère délicat de la question de l'immunité et la réticence des représentants des États à s'engager de manière nette sur le sujet » (n° ICC-02/05-01/09, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par l'Afrique du Sud de la demande que lui avait adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al-Bashir (6 juillet 2017), par. 91) ; voir F. Vismara, « Rilievi in tema di inaction e consuetudine internazionale alla luce dei recenti lavori della Commissione del diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, vol. 99, n° 4, 2016, p. 1026 à 1041.

²⁴⁶ Voir également la déclaration du Président du Comité de rédaction (29 juillet 2015), p. 7 (disponible à l'adresse <http://legal.un.org/ilc/>) : « Le Comité de rédaction estime lui aussi qu'on ne saurait attendre des États qu'ils réagissent à chaque manifestation de pratique des autres États. Il appelle l'attention sur les circonstances entourant l'absence de réaction afin d'établir que celles-ci indiquent bien que l'État qui a choisi de ne pas réagir considère la pratique en question comme conforme au droit international coutumier ».

²⁴⁷ Voir également ci-dessus, par. 45 et note 119 ; Odermatt, « The development of customary international law by international organizations », note 112 ci-dessus, p. 493.

Cinquième partie : Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier

Conclusion 11 : Traités

1. Commentaires et observations reçus

85. Le projet de conclusion 11 a été largement approuvé par les États, qui considèrent qu'il est « utile [...] et appréhende [...] avec justesse le rôle que les traités peuvent jouer dans ce contexte »²⁴⁸. Toutefois, Singapour a fait valoir que la « différence entre les manières dont une règle conventionnelle peut refléter une règle de droit international coutumier ne ressort pas clairement du libellé du paragraphe 1 du projet de conclusion 11 », et a proposé que celui-ci soit revu « afin que cette distinction apparaisse plus nettement dans le texte du projet de conclusion lui-même »²⁴⁹.

86. La Fédération de Russie a dit qu'il serait préférable de préciser que le projet de conclusion vise les accords multilatéraux et de déplacer du commentaire vers le projet de conclusion la phrase confirmant que « les traités ne peuvent en eux-mêmes créer le droit international coutumier »²⁵⁰. Le Bélarus a de même souligné l'intérêt que présentent des « traité[s] internationa[ux] multilatéra[ux] et universel[s] » et proposé que soit étudiée plus avant l'idée qu'ils puissent « engendrer une coutume internationale »²⁵¹. Les États-Unis ont proposé que le commentaire soit modifié, notamment par suppression de la mention que les traités largement ratifiés sont particulièrement éloquents, au motif que « [c]e passage [...] semble prêter à interprétation en donnant à penser que les traités largement ratifiés reflètent selon toute vraisemblance des normes de droit international coutumier, alors que ce n'est pas le cas »²⁵². Israël a exprimé des préoccupations analogues, notamment pour ce qui est de la référence à la valeur que pourraient avoir des traités qui ne sont pas encore entrés en vigueur ou n'ont pas encore recueilli une large adhésion²⁵³.

87. La Nouvelle-Zélande a dit appuyer la mise en garde exprimée au paragraphe 2 du projet de conclusion au sujet du recours aux traités bilatéraux pour la détermination du droit international coutumier²⁵⁴. L'Inde a fait valoir que « seules [les dispositions conventionnelles] qui créent des normes fondamentales peuvent donner naissance à [des règles de droit international coutumier] », et qu'« [u]ne opposition vigoureuse à tel ou tel traité, même si elle n'émane que de quelques pays, peut être un facteur à prendre en considération dans la détermination du droit international coutumier »²⁵⁵. Pour Singapour, « [i]l ne faudrait pas supposer qu'une règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier simplement parce qu'il a été établi que tel était le cas d'une autre règle conventionnelle formulée de manière semblable dans un autre traité »²⁵⁶.

²⁴⁸ Observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 22 (portant en particulier sur les trois catégories définies au paragraphe 1) ; voir également, par exemple, [A/C.6/71/SR.21](#), par. 56 (Fédération de Russie) et par. 101 (Chili) ; [A/C.6/71/SR.22](#), par. 62 (Japon) ; [A/C.6/71/SR.24](#), par. 10 (Indonésie) ; [A/C.6/71/SR.29](#), par. 66 (Turquie) ; observations écrites des États-Unis, p. 16 ; observations écrites d'Israël, par. 38.

²⁴⁹ Observations écrites de Singapour, par. 16.

²⁵⁰ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 56 ; voir également par. 109 (Espagne).

²⁵¹ Observations écrites du Bélarus, p. 3.

²⁵² Observations écrites des États-Unis, p. 16 ;

²⁵³ Observations écrites d'Israël, par. 38.

²⁵⁴ Observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 23.

²⁵⁵ Voir [A/C.6/71/SR.24](#), par. 18.

²⁵⁶ Observations écrites de Singapour, par. 17.

2. Propositions du Rapporteur spécial

88. Le Rapporteur spécial considère qu'il n'est pas nécessaire de modifier le texte du projet de conclusion 11, pas même son paragraphe 1, qui détaille les circonstances dans lesquelles il est reconnu que la règle énoncée dans un traité pourrait être considérée comme reflétant le droit international coutumier. Comme pour les autres conclusions, il conviendra de ne pas négliger les explications figurant dans le commentaire.

89. Dans le commentaire, l'importance particulière que revêtent les traités multilatéraux est soulignée par les références aux « traités acceptés par la quasi-totalité des États » ou adoptés « par une très grande majorité d'États »²⁵⁷. Selon les circonstances propres à chaque cas, cela est difficilement contestable, du moins si l'on considère certaines des règles énoncées. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, la Convention de Vienne sur le droit des traités, les quatre Conventions de Genève de 1949 et la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques n'en sont que quelques exemples. La mention du nombre d'États qui adhèrent à un traité en tant que facteur important n'est pas censée enlever quoi que ce soit aux exigences strictes énoncées dans la conclusion pour établir qu'une règle énoncée dans lesdits traités (ou d'autres) correspond à une règle de droit international coutumier. Le Rapporteur spécial propose que la Commission revoie le commentaire en conséquence. La précision voulant que les traités ne sont en tout état de cause obligatoires que pour les parties trouve à cet égard toute sa place dans le commentaire²⁵⁸. Il peut également être utile d'y rappeler expressément l'importance que revêt l'attitude des États à l'égard du traité, tant à la date de sa conclusion que par la suite.

Conclusion 12 : Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales

1. Commentaires et observations reçus

90. Le projet de conclusion 12 a recueilli une large adhésion de la part des États qui l'ont commenté²⁵⁹. Observant qu'il « exprime une théorie généralement admise », l'Argentine a toutefois fait valoir qu'il « gagnerait à être plus précis. En particulier, son libellé doit préciser si des dispositions juridiques non contraignantes pourraient cristalliser des règles de droit international coutumier préexistantes »²⁶⁰. De même, le Chili a ajouté qu'il était nécessaire d'expliquer pourquoi le projet de conclusion 12 ne mentionnait pas « les effets générateurs et cristallisants envisagés dans le projet de conclusion 11 »²⁶¹. L'Espagne a également évoqué les différences entre les projets de conclusion 11 et 12, indiquant que les résolutions n'étaient pas moins importantes que les traités à cet égard et que la formulation utilisée dans le projet de conclusion 11 pouvait parfaitement être appliquée au projet de conclusion 12, en ce qu'elle était « suffisamment souple pour s'adapter aux caractéristiques de chaque résolution et chaque organisation internationale »²⁶². Elle a fait valoir plus généralement que « l'absence de parallélisme entre les projets de conclusions 11 et 12 peut poser

²⁵⁷ Voir A/71/10, par. 63, par. 3 du commentaire relatif au projet de conclusion 11.

²⁵⁸ Ibid., par. 2.

²⁵⁹ Voir, outre les États mentionnés ci-dessous, A/C.6/71/SR.20, par. 52 (pays nordiques), et p. 1 des observations écrites des pays nordiques ; A/C.6/71/SR.21, par. 9 (République tchèque) et par. 18 (Australie) ; A/C.6/71/SR.22, par. 62 (Japon) ; A/C.6/71/SR.24, par. 10 (Indonésie) et par. 18 (Inde) ; A/C.6/71/SR.29, par. 66 (Turquie) ; observations écrites de Singapour, par. 18 ; observations écrites des États-Unis, p. 17 ; observations écrites du Bélarus, p. 3.

²⁶⁰ Voir A/C.6/71/SR.22, par. 75.

²⁶¹ Voir A/C.6/71/SR.21, par. 101.

²⁶² Ibid., par. 108.

problème »²⁶³. La Pologne s'est dite d'avis que le projet de conclusion 12 était « trop restrictif sur le rôle des organisations internationales dans la création des règles coutumières » et que la conclusion devrait faire la distinction entre « la coutume n'ayant force obligatoire qu'au sein d'une organisation internationale et celle qui fait partie des règles coutumières générales »²⁶⁴. La Fédération de Russie a souscrit à la position adoptée dans le projet de conclusion 12, mais dit douter qu'une résolution adoptée par une organisation internationale « puisse être considérée comme un acte de cette organisation, un terme relativement large susceptible de ne pas englober uniquement les décisions d'organes composés d'États »²⁶⁵. Examinant plus avant les liens entre la conclusion 12 et le paragraphe 2 de la conclusion 4, la Nouvelle-Zélande a quant à elle fait valoir qu'il serait utile d'expliquer plus précisément pourquoi les résolutions n'étaient pas considérées comme étant la « pratique » de l'organisation concernée²⁶⁶.

91. Singapour a proposé d'ajouter l'expression « dans certaines circonstances » au paragraphe 2 de la conclusion, pour reprendre la formulation utilisée dans l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et pour souligner que « toutes les résolutions ne peuvent pas servir à prouver l'existence du droit international coutumier »²⁶⁷. Constatant que le projet de conclusion et le commentaire rendaient fidèlement compte de l'idée que « les résolutions doivent être abordées avec une grande prudence », les États-Unis ont fait la même proposition²⁶⁸. Singapour a également indiqué que, en vue de déterminer si les États intéressés entendaient reconnaître l'existence d'une règle de droit international coutumier par l'adoption d'une résolution, il serait utile « pour l'évaluation d'examiner les pouvoirs, la composition et les fonctions spécifiques de l'organisation internationale ou de la conférence intergouvernementale », et qu'il conviendrait donc d'inclure ces facteurs dans le commentaire afférent²⁶⁹. Le Bélarus a ajouté que celui-ci devrait également évoquer « les cas des États qui n'apportent pas un réel soutien à ce type de résolutions »²⁷⁰. Le Soudan a fait observer que, « [l]orsque l'on évalue les décisions des organisations internationales, il importe d'accorder une attention particulière à l'organe de l'organisation qui a la plus large composition. Seules les organisations intergouvernementales doivent être prises en considération, de même que le contexte et la manière dont la décision a été adoptée »²⁷¹. La République islamique d'Iran a souligné que les éléments formels sur lesquels reposent les résolutions des organisations internationales « demeurent sujets à caution, d'autant que ces résolutions sont parfois adoptées par des organes politiques, sans être assorties d'une *opinio juris* »²⁷². Le Viet Nam a fait valoir qu'il pourrait être utile d'évoquer les précautions à prendre dans d'autres conclusions où il est fait mention des résolutions²⁷³.

²⁶³ Ibid., par. 109.

²⁶⁴ Voir A/C.6/71/SR.22, par. 31.

²⁶⁵ Voir A/C.6/71/SR.21, par. 57 (faisant référence aux conclusions 6 et 10).

²⁶⁶ Observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 25.

²⁶⁷ Observations écrites de Singapour, par. 19.

²⁶⁸ Observations écrites des États-Unis, p. 17.

²⁶⁹ Observations écrites de Singapour, par. 20.

²⁷⁰ Voir A/C.6/71/SR.23, par. 4 ; voir également les observations écrites du Bélarus, p. 4 (expliquant que « même les résolutions adoptées par consensus peuvent être la preuve, non pas de l'existence d'une *opinio juris*, mais plutôt de l'absence d'intérêt de la majorité des États pour les questions qui y sont traitées ou encore de la nature très générale de leurs dispositions, ce qui tend *ispo facto* à en atténuer la valeur juridique »).

²⁷¹ Voir A/C.6/71/SR.21, par. 141.

²⁷² Voir A/C.6/71/SR.23, par. 15.

²⁷³ Voir A/C.6/71/SR.22, par. 50.

92. Plusieurs États ont dit qu'il fallait souligner l'importance particulière que revêtent les résolutions émanant de l'Assemblée générale. L'Algérie a ainsi affirmé « qu'il ne s'agit pas seulement, comme indiqué dans le commentaire relatif à la conclusion 12, d'accorder une attention particulière aux résolutions de l'Assemblée générale, organe plénier à composition quasi universelle constituant une source de droit international faisant autorité, mais qu'il convient de les considérer comme relevant d'une catégorie distincte dans le cadre des résolutions d'organisations internationales ou de conférences intergouvernementales »²⁷⁴. Estimant que le projet de conclusion « devrait [...] traduire le fait que l'autorité de l'acte d'une organisation internationale dépend de l'universalité de celle-ci et de son statut dans les relations internationales », la Fédération de Russie a ajouté que son libellé pourrait peut-être mentionner expressément l'Organisation des Nations Unies²⁷⁵. L'Égypte a également tenu à souligner « l'importance particulière que revêtent les résolutions émanant de l'Assemblée générale des Nations Unies, qui compte des membres du monde entier »²⁷⁶. Les pays nordiques se sont dits d'avis que « les caractéristiques uniques de l'Assemblée générale [des Nations Unies] pourraient être explicitées », et que « l'importance du contenu de ses résolutions et [les] conditions de leur adoption » pourraient être précisées plus avant dans le commentaire²⁷⁷.

2. Propositions du Rapporteur spécial

93. L'absence de parallélisme entre les projets de conclusion 11 et 12, sur le plan de la structure et du libellé, résulte d'un choix délibéré opéré au stade de la première lecture par la Commission, qui estimait important de souligner d'emblée que les résolutions ne pouvaient pas créer de règles de droit international coutumier, à la fois pour répondre aux idées fausses qui ont parfois circulé et pour préciser leur portée réelle au paragraphe 2²⁷⁸. Dans ce paragraphe, les éventuels effets générateurs et cristallisants des résolutions, en ce qui concerne le droit international coutumier, sont visés par le terme « développement ». Le commentaire précise en effet que, « à l'instar de dispositions conventionnelles », les résolutions peuvent promouvoir l'apparition d'une règle de droit international coutumier ou la cristalliser²⁷⁹. Il énonce plus généralement qu'« [u]ne grande partie de ce qui a été dit des traités dans le projet de conclusion 11 vaut pour les résolutions »²⁸⁰. En mettant l'accent sur le fait que les résolutions peuvent fournir des éléments de preuve pour la détermination des règles de droit international coutumier, la conclusion n'aborde pas (à tout le moins pas directement) le rôle de premier plan que jouent les organisations internationales dans

²⁷⁴ Voir A/C.6/71/SR.23, par. 30.

²⁷⁵ Voir A/C.6/71/SR.21, par. 57.

²⁷⁶ Voir A/C.6/71/SR.23, par. 41.

²⁷⁷ Voir A/C.6/71/SR.20, par. 52 ; observations écrites des pays nordiques, p. 1 (relevant en outre que, « comme l'indique également le [troisième] rapport [du Rapporteur spécial], la prudence est de mise lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur normative de ces résolutions, "l'Assemblée générale [étant] un organe politique où il est souvent loin d'être clair que [les] actes [des États] ont une portée normative" »).

²⁷⁸ Voir également la déclaration du Président du Comité de rédaction (29 juillet 2015), p. 15 (« Cette affirmation avait été faite à l'origine, dans une forme légèrement différente, dans la deuxième phrase de la proposition soumise par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport. Compte tenu de son importance pour le présent sujet, le comité de rédaction a considéré qu'elle devait faire l'objet d'un paragraphe à part entière et être placée au début du projet de conclusion. »).

²⁷⁹ Voir A/71/10, par. 63, par. 7 du commentaire relatif au projet de conclusion 12.

²⁸⁰ Ibid., par. 3.

la création ou l'expression desdites règles²⁸¹. En ce sens, elle est cohérente avec le projet de conclusion 4 ou, plus exactement peut-être, ne le contredit pas.

94. Le commentaire fait déjà état de l'« attention particulière [qui] est accordée dans le présent contexte aux résolutions de l'Assemblée générale, organe plénier à composition quasi universelle qui peut offrir un moyen commode d'examiner les opinions collectives de ses membres »²⁸². Néanmoins, le Rapporteur spécial estime qu'il pourrait souligner davantage l'importance potentielle de ces résolutions. Le commentaire pourrait également préciser la distinction entre les résolutions émanant d'organisations internationales et celles adoptées lors de conférences internationales ad hoc²⁸³. On pourrait enfin préciser que les conclusions n'abordent pas directement le droit interne des organisations internationales.

95. Le Rapporteur spécial convient également que l'adjonction d'un déterminant tel que « dans certaines circonstances » dans la conclusion 12 permettrait de mieux rendre compte du rôle potentiel des résolutions²⁸⁴. Ces circonstances, que plusieurs États ont évoquées, sont déjà mentionnées dans le commentaire. Il serait également préférable de remplacer le verbe « établir » par « déterminer », par souci de cohérence avec l'ensemble des conclusions²⁸⁵. Le paragraphe 2 de la conclusion 12 serait donc libellé comme suit :

Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut, dans certaines circonstances, fournir un élément de preuve pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement.

Conclusion 13 : Décisions de juridictions

1. Commentaires et observations reçus

96. Bien que le projet de conclusion 13 ait reçu dans l'ensemble un accueil favorable²⁸⁶, la distinction établie entre les décisions des juridictions nationales et celles des juridictions internationales a suscité divers commentaires. L'Autriche a dit douter qu'il y ait lieu d'opérer cette distinction, expliquant que « l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne le fait pas, et [qu']une telle distinction risquerait également de ne pas accorder une attention suffisante à d'importantes décisions de juridictions nationales qui, comme le confirme le projet de conclusion 6, sont une forme de pratique des États pertinente pour la formation du droit international coutumier »²⁸⁷. Elle a ajouté que « [l]es différences éventuelles entre les décisions, qu'elles émanent de juridictions internationales ou de juridictions nationales, tiennent uniquement aux différences dans leur force persuasive [en tant que moyen auxiliaire de détermination d'une règle de droit]²⁸⁸ ». Elle a aussi fait valoir qu'il est difficile en pratique de maintenir une distinction stricte entre les

²⁸¹ Cela ressort clairement de l'insertion de la conclusion 12 dans la cinquième partie des conclusions, intitulée « Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier ».

²⁸² Voir A/71/10, par. 63, par. 2 du commentaire relatif au projet de conclusion 12.

²⁸³ Voir également les observations écrites des États-Unis, p. 19 ; Blokker, « International Organizations and Customary International Law », *supra*, note 22, p. 9.

²⁸⁴ Voir aussi le troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (A/CN.4/682), par. 54 (l'expression « dans certaines circonstances » figure dans le texte proposé pour la conclusion).

²⁸⁵ Le verbe « déterminer » est utilisé en ce sens dans les conclusions 1, 2, 13, 14 et 16.

²⁸⁶ Voir, par exemple, A/C.6/71/SR.21, par. 9 (République tchèque) ; observations écrites de Singapour, par. 21 ; observations écrites du Bélarus, p. 3.

²⁸⁷ Voir A/C.6/71/SR.21, par. 72.

²⁸⁸ *Ibid.*, par. 73.

juridictions internationales et les juridictions nationales, arguant de l'existence de « juridictions régionales telles que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne, qui font fonction à la fois de juridictions internationales et, parallèlement, de juridictions quasi nationales, voire constitutionnelles »²⁸⁹.

97. Le Viet Nam, pour sa part, s'est dit d'avis qu'il était difficile de soutenir que les décisions des juridictions nationales ont la même valeur que celles des juridictions internationales et que les secondes (notamment celles de la Cour internationale de Justice) devraient avoir un poids supérieur aux premières²⁹⁰. La Chine a déclaré que les décisions des tribunaux internes « reflètent seulement le système juridique de l'État concerné et [que] leur pertinence en droit international est donc limitée »²⁹¹. La Nouvelle-Zélande a avancé que « les jugements des juridictions internationales devraient se voir accorder plus de poids » en tant que moyen auxiliaire et proposé que « cela soit exprimé plus directement dans le texte du projet de conclusion 13 lui-même »²⁹². Le Soudan a fait observer que « les décisions de la Cour internationale de Justice sont d'une importance capitale et ne peuvent se voir accorder le même poids que les décisions des autres juridictions internationales »²⁹³, point de vue que la Fédération de Russie paraît partager²⁹⁴. Le Mexique a indiqué qu'il serait utile d'apporter des précisions « sur le point de savoir si la valeur probante des décisions de juridictions internationales doit être supérieure à celle de juridictions nationales [en tant que moyen auxiliaire permettant de déterminer les règles de droit international coutumier] »²⁹⁵. L'Indonésie a souligné que le poids réel des décisions de justice dépend de l'accueil qui leur est fait²⁹⁶.

98. La Fédération de Russie a fait valoir que le commentaire du projet de conclusion 13 devrait dire clairement que les décisions des juridictions internationales ne sont contraignantes que pour les États parties au différend et qu'elles ne sauraient être considérées comme des preuves concluantes pour la détermination du droit international coutumier²⁹⁷. Elle a en outre proposé d'insérer dans le texte du projet de conclusion lui-même l'idée, déjà exprimée en termes similaires dans le commentaire, que « le poids d'une décision judiciaire dépend de la réaction des États à cette décision et du statut de la juridiction dans l'ordre international »²⁹⁸. Les États-Unis ont recommandé de préciser encore dans le commentaire les limites de l'intérêt présenté par les décisions de justice en tant que moyen auxiliaire de détermination du droit international coutumier (et formulé plusieurs propositions à cet effet), expliquant que cette démarche « pourrait utilement aider le lecteur à évaluer d'un œil plus critique » les décisions de justice portant sur le droit international coutumier²⁹⁹. L'Espagne a proposé de supprimer l'adjectif « auxiliaire » des deux paragraphes du projet de conclusion, expliquant que le fait que les décisions judiciaires (et la doctrine) « ne sont pas des sources autonomes du droit international mais des sources auxiliaires dépendant de sources autonomes, ne signifie

²⁸⁹ Ibid., par. 74.

²⁹⁰ Voir [A/C.6/71/SR.22](#), par. 51 (expliquant que « [l]es juridictions nationales varient d'un pays à l'autre sur le plan des contraintes auxquelles elles sont soumises et de la théorie du précédent »).

²⁹¹ Voir [A/C.6/71/SR.20](#), par. 68.

²⁹² Observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 26.

²⁹³ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 140.

²⁹⁴ Ibid., au par. 58 (où elle dit « qu'on ne peut guère placer sur le même plan une décision de la Cour internationale de Justice et les décisions d'un tribunal ad hoc ou d'un tribunal d'arbitrage créé en application d'un accord bilatéral »).

²⁹⁵ Voir [A/C.6/71/SR.22](#), par. 25.

²⁹⁶ Voir [A/C.6/71/SR.24](#), par. 11.

²⁹⁷ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 58.

²⁹⁸ Ibid.

²⁹⁹ Observations écrites des États-Unis, p. 18.

pas, s'agissant de déterminer le droit, qu'elles jouent un rôle secondaire par rapport aux traités et aux résolutions des organisations internationales »³⁰⁰.

2. Propositions du Rapporteur spécial

99. Le Rapporteur spécial considère que le libellé actuel du projet de conclusion 13 exprime un équilibre satisfaisant et devrait être conservé tel quel. En particulier, force est de reconnaître que la plus grande prudence s'impose lorsque l'on entend se fonder sur les décisions des juridictions nationales, ces dernières étant susceptibles d'adopter une perspective nationale particulière, tout en ne disposant pas des compétences nécessaires en droit international. Ces considérations sont présentes dans le texte du projet de conclusion, tant dans la distinction opérée entre les deux types de décisions que dans la différence de formulation appliquée à chacun de ces types de décisions (notamment la mention expresse de la Cour internationale de Justice au paragraphe 1 et l'emploi, au paragraphe 2, de la formule « [u]ne attention peut être portée, le cas échéant ». Ainsi que l'a expliqué le Président du Comité de rédaction en 2015, « au cours du débat en plénière, plusieurs membres ont mis en garde contre l'élévation des décisions des juridictions nationales, s'agissant de leur valeur pour déterminer les règles de droit international coutumier, au même niveau que les décisions des juridictions internationales, qui en pratique jouent un rôle plus grand en la matière. En conséquence, le Comité de rédaction a décidé de consacrer deux paragraphes distincts aux décisions des juridictions internationales et nationales »³⁰¹. En même temps, il ressort clairement du commentaire que la valeur de *toutes* ces décisions peut varier, « en fonction tant de la qualité du raisonnement juridique suivi [...] que de la réaction des États et d'autres juridictions »³⁰². Le commentaire précise également que « [l]a distinction entre les juridictions internationales et les juridictions nationales n'est pas toujours évidente » et il fournit des orientations en la matière³⁰³.

100. Il convient de rappeler que l'intention à l'origine de l'emploi du terme « moyen auxiliaire » pour faire référence aux décisions de justice « n'[était] pas de minimiser l'importance pratique de ces décisions comme le terme "auxiliaire" pourrait le laisser penser mais plutôt de les situer en relation avec les sources du droit telles que visées dans l'article 38, paragraphe 1, lettres a), b) et c) du Statut [de la Cour internationale de Justice]. Le terme "auxiliaire" doit ainsi être compris par opposition aux sources primaires »³⁰⁴. Ce point est précisé dans le texte du commentaire³⁰⁵, que la Commission souhaitera peut-être réexaminer pour s'assurer qu'il traduit correctement cette idée. On pourrait envisager d'apporter d'autres modifications mineures pour tenir compte des propositions mentionnées ci-dessus, notamment pour préciser que les décisions des juridictions internationales ne sont contraignantes que pour les parties au différend.

³⁰⁰ Voir A/C.6/71/SR.21, par. 110.

³⁰¹ Déclaration du Président du Comité de rédaction (29 juillet 2015), p. 17 (disponible à l'adresse : <http://legal.un.org/ilc/>).

³⁰² Voir A/71/10, par. 63, au par. 3 du commentaire du projet de conclusion 13, où sont également mentionnés d'autres facteurs éventuels.

³⁰³ Ibid., par. 6.

³⁰⁴ Déclaration du Président du Comité de rédaction (29 juillet 2015), p. 17 (disponible à l'adresse : <http://legal.un.org/ilc/>).

³⁰⁵ Voir A/71/10, par. 63, au par. 2 du commentaire du projet de conclusion 13.

Conclusion 14 : Doctrine

1. Commentaires et observations reçus

101. Plusieurs États ont manifesté leur appui en faveur du projet de conclusion 14 adopté en première lecture³⁰⁶. L'Espagne a toutefois proposé de supprimer l'adjectif « auxiliaire », de façon qu'il reflète mieux le rôle de la doctrine dans la détermination des règles du droit international coutumier³⁰⁷. La Chine a fait valoir de son côté que, « [s]i la doctrine des publicistes a historiquement constitué un fondement important du droit international », tel n'est plus le cas aujourd'hui³⁰⁸. Israël a émis l'opinion que le commentaire accompagnant cette conclusion devrait préciser que les travaux consultés doivent avoir « un caractère exhaustif, empirique et objectif »³⁰⁹. Les États-Unis ont proposé qu'il soit recommandé dans le commentaire « que ceux qui ont recours à ces moyens auxiliaires recherchent les points de vue contradictoires ou divergents, dans l'intérêt d'une évaluation du droit qui soit la plus juste possible », afin de permettre un examen plus critique des prises de position des publicistes en matière de droit international coutumier³¹⁰.

102. Le Bélarus a proposé d'inscrire dans le commentaire que « les travaux de la Commission comptent parmi les principaux moyens subsidiaires [de détermination de règles de droit international coutumier] »³¹¹. Le Chili, pour sa part, a indiqué que la référence aux travaux de la Commission gagnerait à figurer dans le projet de conclusion 12, « puisque, de manière générale, une fois que la CDI a achevé ses travaux sur un projet, l'Assemblée générale prend des mesures pour l'adopter en l'annexant à une résolution »³¹².

2. Propositions du Rapporteur spécial

103. Le Rapporteur spécial juge important de conserver le terme « moyen auxiliaire » pour qualifier la doctrine, demeurant en cela fidèle à la formule largement admise qui figure dans le Statut de la Cour internationale de Justice (comme la Commission a volontairement choisi de le faire)³¹³. Ce terme évoque le rôle limité tenu par les écrits en cause dans la détermination du droit international coutumier. En même temps, on pourrait envisager de modifier le libellé du commentaire afin d'expliquer plus clairement que l'emploi du terme « moyen auxiliaire » ne vise pas à laisser entendre que la doctrine n'est pas importante en pratique (comme le dit déjà le commentaire du projet de conclusion 13 en ce qui concerne les décisions de justice)³¹⁴.

104. Il est déjà clairement indiqué dans le commentaire qu'une prudence particulière est de mise lorsque l'on a recours à la doctrine, notamment parce que celle-ci « peut refléter les positions nationales ou autres positions individuelles des auteurs » et que « sa qualité peut varier considérablement »³¹⁵. Il y est également souligné qu'il importe de « tenir compte autant que possible de la doctrine représentative des principaux systèmes juridiques et des principales régions du monde dans les

³⁰⁶ Voir, par exemple, *A/C.6/71/SR.21*, par. 9 (République tchèque) et par. 101 (Chili) ; observations écrites du Bélarus, p. 3.

³⁰⁷ Voir *A/C.6/71/SR.21*, par. 110.

³⁰⁸ Voir *A/C.6/71/SR.20*, par. 68.

³⁰⁹ Observations écrites d'Israël, par. 32.

³¹⁰ Observations écrites des États-Unis, p. 18.

³¹¹ Voir *A/C.6/71/SR.23*, par. 3 ; voir aussi les observations écrites du Bélarus, p. 4.

³¹² Voir *A/C.6/71/SR.21*, par. 101 (ajoutant que « [q]uoi qu'il en soit, l'un des projets de conclusion devrait mentionner expressément la CDI »).

³¹³ Voir aussi la déclaration du Président du Comité de rédaction (29 juillet 2015), p. 20 et 21 (disponible à l'adresse : <http://legal.un.org/ilc/>).

³¹⁴ Voir *A/71/10*, par. 63, par. 2 du commentaire du projet de conclusion 13.

³¹⁵ *Ibid.*, par. 3 du commentaire du projet de conclusion 14.

différentes langues de travail »³¹⁶. Le Rapporteur spécial juge inutile de fournir des conseils supplémentaires au sujet de la nécessité d'évaluer l'autorité des travaux considérés, notamment eu égard aux termes employés dans le texte de la conclusion (à savoir la présence du modal « peut »).

105. Le Rapporteur spécial rappelle qu'un débat approfondi a déjà eu lieu, au sujet de la meilleure manière d'exprimer l'importance particulière du rôle joué par les travaux de la Commission dans la détermination du droit international coutumier, au sein même de cette dernière³¹⁷. Initialement, le Rapporteur spécial avait proposé d'entendre la référence à la « doctrine » comme couvrant ces travaux³¹⁸, mais il a été jugé préférable de reconnaître que, à d'importants égards, ceux-ci diffèrent de la doctrine universitaire, et d'expliquer ce point dans un cadre distinct du projet de conclusion 14. Il estime que l'endroit qui s'y prête le mieux serait le commentaire général introductif de la partie 5 du projet de conclusions et il relève que, de manière générale, les États se sont montrés favorables à cette solution. Cela étant dit, la Commission jugera peut-être utile d'insérer dans le commentaire du projet de conclusion 14 un renvoi à ce qui est dit dans le commentaire général.

Sixième partie : Objecteur persistant

Projet de conclusion 15 : Objecteur persistant

1. Commentaires et observations reçus

106. Presque tous les États ayant commenté l'inclusion de la règle de l'objecteur persistant s'y sont dits favorables³¹⁹. Singapour a réaffirmé « l'existence de la règle de l'objecteur persistant » exposée au paragraphe 1 du projet de conclusion 15 et la considère comme *lex lata* »³²⁰. L'Indonésie a « souscrit à l'idée que tant la jurisprudence que la pratique des États [avaient] confirmé » l'existence de cette règle³²¹, et la Turquie a accueilli avec satisfaction les « nombreux exemples concrets dans le commentaire »³²². Par contre, Chypre et la République de Corée, bien que ne s'opposant pas nécessairement à l'inclusion de la règle dans le projet de conclusions, ont réaffirmé que ce point était toujours controversé³²³.

³¹⁶ Ibid., par. 4.

³¹⁷ Voir aussi A/CN.4/SR.3303 : compte rendu analytique provisoire de la 3303^e séance de la Commission (24 mai 2016), p. 9.

³¹⁸ Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier (2015), A/CN.4/682, p. 45, par. 65.

³¹⁹ Voir, par exemple, A/C.6/71/SR.20, par. 52 (pays nordiques) et les observations écrites conjointes des pays nordiques, p. 2 ; A/C.6/71/SR.21, par. 9 (République tchèque), par. 28 (El Salvador), par. 59 (Fédération de Russie), par. 75 (Autriche) et par. 102 (Chili) ; observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 27 ; observations écrites du Bélarus, p. 4.

³²⁰ Observations écrites de Singapour, par. 23.

³²¹ Voir A/C.6/71/SR.24, par. 11 (ajoutant que « [l]e rôle de l'objecteur persistant est effectivement important s'agissant de préserver le caractère consensuel du droit international coutumier »).

³²² Voir A/C.6/71/SR.21, par. 23.

³²³ Voir A/C.6/71/SR.22, par. 53 et 54 (Chypre estimant qu'il est « prématuré de mettre au point un projet de conclusion sur la question » car la « jurisprudence internationale a considérablement traité de cette question dans des opinions incidentes (*obiter dictum*) et dans des cas où la règle n'avait pas encore acquis le statut de règle de droit international coutumier », ajoutant que « la question mérite donc une analyse plus détaillée, puisqu'elle a des conséquences pour l'autorité de la règle », mais exprimant également son appui en faveur de certains des éclaircissements fournis dans le projet de conclusion) ; A/C.6/71/SR.23, par. 12 (République de Corée), et observations écrites de la République de Corée, par. 5 (estimant que « cette règle a des répercussions considérables sur l'élaboration des normes du droit international et nécessite donc un examen plus approfondi »).

107. Plusieurs États ont déclaré qu'il convenait de traiter plus expressément des abus auxquels risquait de se prêter la règle de l'objecteur persistant. Certains se sont dits d'avis qu'elle ne pouvait pas s'appliquer aux règles de *jus cogens* et ont proposé qu'il en soit fait mention dans le projet de conclusion ou dans le commentaire³²⁴. D'autres États ont salué l'adjonction du commentaire précisant que le projet de conclusion était sans préjudice des questions de *jus cogens*³²⁵. La Grèce a exprimé des doutes sur « l'applicabilité de la règle de l'objection persistante non seulement dans le cadre des règles du *jus cogens*, mais également dans celui, plus étendu, des principes généraux du droit international », et a suggéré que ce point soit abordé dans le commentaire³²⁶. Une idée semblable a été exprimée par les pays nordiques, qui ont déclaré qu'il convenait « d'accorder une attention particulière à la catégorie dont relève la règle faisant l'objet de l'objection et de prendre en considération le respect universel dû à certaines règles fondamentales, en particulier celles qui concernent la protection de l'être humain »³²⁷. Bien qu'il soutienne la règle de l'objecteur persistant, le Bélarus a également fait valoir que celle-ci ne devrait pas s'appliquer au détriment de la communauté internationale ou de « l'intégrité de l'ordre juridique international dans son ensemble »³²⁸. Il a également été dit que la règle de l'objecteur persistant ne devait pas permettre aux États de se soustraire à leurs obligations conventionnelles³²⁹. El Salvador a proposé que la conclusion indique « clairement que les États ne peuvent se prévaloir de cette règle lorsqu'une règle établie du droit coutumier existe déjà »³³⁰.

108. Une attention particulière a été accordée à la mesure dans laquelle l'objection à une règle devait être réitérée. La Chine, considérant que le commentaire est « globalement conforme à la pratique internationale » en ce qu'il précise que les États ne sont pas censés réagir à chaque occasion, a néanmoins déclaré que « si [le pays concerné] a déjà manifesté clairement son opposition en temps voulu, il n'a pas à le faire de nouveau »³³¹. Israël a suggéré de préciser que « l'objection clairement exprimée par un État souverain au cours de la formation d'une règle coutumière suffit à son établissement et n'a généralement pas besoin d'être réaffirmée pour continuer de produire ses effets »³³². Les Pays-Bas ont, pour leur part, déclaré que l'« État ne peut être contraint de réaffirmer successivement son souhait de ne pas être lié s'il l'a exprimé de manière suffisamment claire pendant la période de formation de la règle », ajoutant qu'il ne saurait en être autrement « sur les plans aussi bien théorique que

³²⁴ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 28 et 29 (El Salvador), et observations écrites d'El Salvador, p. 3 ; [A/C.6/71/SR.21](#), par. 102 (Chili) et par. 111 (Espagne) ; observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 28.

³²⁵ Voir [A/C.6/71/SR.22](#), par. 18 (Brésil) ; observations écrites conjointes des pays nordiques, p. 2 ; observations écrites de Singapour, par. 25 ; observations écrites du Bélarus, p. 2.

³²⁶ Voir [A/C.6/71/SR.22](#), par. 10 ; voir également *Ibid.*, par. 54 (Chypre).

³²⁷ Observations écrites conjointes des pays nordiques, p. 2 ; voir également [A/C.6/71/SR.20](#), par. 52 (pays nordiques).

³²⁸ Observations écrites du Bélarus, p. 4.

³²⁹ Voir [A/C.6/71/SR.20](#), par. 69 (Chine) ; voir également [A/C.6/71/SR.21](#), par. 28 (El Salvador).

³³⁰ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 28.

³³¹ Objections écrites de la Chine, p. 3 (déclarant également que, « pour qu'un pays soit déclaré "objecteur persistant", il faut tenir compte de sa situation particulière et accorder toute l'attention voulue à différents facteurs, notamment celui de savoir s'il est en mesure d'exprimer son objection dans telle ou telle situation »). Lors du débat de la Sixième Commission, la Chine a dit que « le fait qu'un État ne formule pas d'objection à une règle coutumière en voie de formation ne peut être assimilé à l'acceptation de cette règle, sauf s'il est établi que l'État concerné avait connaissance de la règle et qu'il était tenu d'y formuler une objection explicite et persistante afin de ne pas l'accepter » ([A/C.6/71/SR.20](#), par. 69).

³³² Observations écrites d'Israël, par. 17 (recommandant également, au par. 18, de « fixer dans le projet de conclusion et le commentaire des critères précis pour le retrait d'une objection, qui devra être exprimé clairement, en tant que modification de l'*opinio juris* de l'État, et être communiqué aux autres États et non pas simplement déduit »).

logique »³³³. Les pays nordiques ont, quant à eux, dit approuver le texte du projet de conclusion énonçant que l'objection devait être maintenue de manière persistante³³⁴ et le Chili a de même affirmé qu'il incombait « à l'objecteur de faire en sorte que son objection ne soit pas considérée comme ayant été abandonnée »³³⁵. Les États-Unis ont eux aussi souscrit au libellé du projet de commentaire, qui énonce qu'il faut faire preuve de pragmatisme pour déterminer si une objection a été maintenue de manière persistante (mais ont dit craindre que l'exemple fourni, à savoir celui de la « conférence à laquelle la règle concernée est réaffirmée », puisse être source de confusion, et déclaré qu'il devrait être supprimé)³³⁶. La Fédération de Russie, tout en approuvant le projet de conclusion 15, a ajouté que la nécessité que l'objection soit maintenue de manière persistante n'était pas sans poser de difficultés car il était « important de tenir compte du fonctionnement des organes de l'État non seulement dans les États développés et bien organisés, mais aussi dans les États dont le ministère des affaires étrangères a des effectifs réduits et ne dispose pas des ressources nécessaires pour maintenir l'objection de manière persistante, même lorsque les intérêts de l'État sont directement concernés »³³⁷. Le Bélarus a suggéré de « remanier le paragraphe 2 dans le sens du paragraphe 3 du projet de conclusion 10 afin de prendre en considération les situations dans lesquelles les États sont en mesure de réagir et les circonstances où telle réaction s'impose »³³⁸. Chypre a demandé de clarifier si une objection pouvait « se maintenir dans la durée ou, en particulier, après l'incorporation d'une règle nouvelle dans le corpus du droit international »³³⁹ et la Grèce s'est elle aussi dite favorable à une telle précision³⁴⁰.

2. Propositions du Rapporteur spécial

109. Lors de l'adoption du projet de conclusion 15 et de son commentaire, il a été tenu compte en particulier de la nécessité d'éviter que la règle de l'objecteur persistant ne soit invoquée de manière abusive³⁴¹. En exigeant que l'objection soit faite pendant que la règle de droit international coutumier est « en voie de formation », le paragraphe 1 établit clairement que l'aspect temporel est essentiel et que, une fois la règle formée, aucun État ne peut s'y soustraire au moyen d'une objection ultérieure³⁴².

³³³ Observations écrites des Pays-Bas, par. 15 (expliquant qu'« il va de soi que cette position n'a plus à être réaffirmée sous forme d'objection persistante, dès lors que l'état d'objecteur persistant a été acquis dans les formes requises et que la règle coutumière a été établie [...] Nous proposons en réalité l'inverse, à savoir que l'objecteur persistant ne perde cet état que si ultérieurement, dans sa pratique ou dans l'expression de sa position en droit, il soutient la nouvelle règle et s'écarte de sa position initiale »).

³³⁴ Observations écrites conjointes des pays nordiques, p. 2.

³³⁵ Voir *A/C.6/71/SR.21*, par. 102.

³³⁶ Observations écrites des États-Unis, p. 18 et 19 (expliquant qu'« il ne devrait que rarement, voire jamais être nécessaire qu'un État exprime son opposition lors d'une conférence pour réaffirmer de manière persistante son objection à une règle de droit international coutumier acceptée par d'autres États. Par exemple, un État pourrait refuser de faire une déclaration lors d'une conférence diplomatique pour diverses raisons politiques ou pratiques étrangères à sa position à ce sujet. Il serait alors étrange qu'une déclaration en ce sens n'ait pas le même effet en droit international coutumier selon qu'elle a été faite pendant la conférence ou après celle-ci. Plus généralement, l'exemple pourrait laisser entendre à tort que les conférences internationales jouent un rôle particulier de lieu d'échange sur la pratique liée à la formation du droit international coutumier, ce qui, à notre avis, n'est pas le cas »).

³³⁷ Voir *A/C.6/71/SR.21*, par. 59.

³³⁸ Voir *A/C.6/71/SR.23*, par. 4 ; voir également les observations écrites du Bélarus, p. 4 et 5.

³³⁹ Voir *A/C.6/71/SR.22*, par. 54.

³⁴⁰ *Ibid.*, par. 11.

³⁴¹ Voir également le quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (*A/CN.4/695*), par. 27.

³⁴² Ce point est également précisé dans le paragraphe 5 du commentaire du projet de conclusion 15 (*A/71/10*, par. 63).

Le paragraphe 2 énonce d'autres « conditions rigoureuses »³⁴³. Il est en outre évident qu'on ne peut pas se soustraire à une obligation souscrite dans un traité en invoquant la règle de l'objecteur persistant. Quant à l'inapplicabilité de la règle aux questions afférentes au *jus cogens*, le Rapporteur spécial rappelle que la Commission avait convenu dès le début que les règles de *jus cogens* ne seraient pas abordées dans le cadre du présent sujet. Elle a entrepris l'étude d'un sujet distinct intitulé « Normes impératives du droit international général (*jus cogens*) »³⁴⁴. Elle pourrait néanmoins envisager d'inclure dans le projet de conclusion le point qui figure au paragraphe 10 du commentaire, en ajoutant un paragraphe 3 ainsi libellé :

La présente conclusion est sans préjudice des questions afférentes aux normes impératives du droit international général (jus cogens).

110. Même si elle ne manque pas d'attrait dans une perspective strictement volontariste du droit international, l'idée qu'il devrait suffire à un État d'exprimer clairement une seule fois son objection pour être considéré comme objecteur persistant va à l'encontre non seulement de l'interprétation courante (et de l'appellation même) de la règle de l'objecteur persistant, mais aussi du rôle que peut jouer la coutume en tant que source du droit international. En particulier, cette position « semble méconnaître la force juridique qui peut parfois s'attacher au silence (lorsqu'il est assimilable à un acquiescement) et sous-estimer l'importance de l'inaction tant dans le développement que dans la détermination des règles du droit international coutumier »³⁴⁵. La nécessité du caractère *persistant* de l'objection a en effet été constatée dans la pratique internationale³⁴⁶, dans la

³⁴³ Ibid., par. 2 du projet de conclusion 15. Voir également [A/C.6/71/SR.22](#), par. 54 (Chypre déclarant que, « comme les projets de conclusion le disent clairement, tout État qui invoque la règle de l'objection persistante doit être tenu de présenter des preuves solides pour établir son opposition de longue durée et systématique à la règle en question dans tous les cas avant la cristallisation de celle-ci »).

³⁴⁴ Voir la déclaration du Président du Comité de rédaction (29 juillet 2015), p. 23, disponible à l'adresse <http://legal.un.org/ilc/> (« Le Comité de rédaction a également eu une brève discussion quant à savoir s'il devait y avoir un paragraphe additionnel pour refléter l'impossibilité d'obtenir le statut d'objecteur persistant à l'égard d'une règle de *jus cogens*. Cette question fut également soulevée en plénière. Il sera rappelé que la Commission a décidé de ne pas traiter du *jus cogens* dans le contexte du présent sujet ; le sujet distinct « *Jus cogens* » est de fait maintenant au programme de travail de la Commission. Il a été considéré par conséquent que cette question serait traitée de manière plus opportune dans le cadre de cet autre sujet »).

³⁴⁵ Voir le quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial ([A/CN.4/695](#)), par. 28.

³⁴⁶ Voir, par exemple, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, décision du 13 décembre 1977 (2 BvM 1/76), n° 32 (Tübingen, 1978), vol. 46, p. 388 et 389, par. 6 (Cela ne concerne pas seulement l'activité à laquelle l'État peut refuser dès le début d'appliquer une règle de droit international général en vigueur en affirmant ses droits de manière persistante (dans le sens de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire des pêcheries*, CIJ Recueil 1951, p. 131) [traduction du Secrétariat] ; *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, Cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, 965 F.2d (1992), 699, 715, par. 54 (L'État qui oppose une objection persistante à une norme de droit international coutumier que d'autres États acceptent n'est pas tenu de respecter celle-ci. [traduction du Secrétariat] ; *Domingues v. United States*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport n° 62/02, affaire 12.285 (2002), par. 48 et 49 (Une fois établie, une règle de droit international coutumier doit être respectée par tous les États, à l'exception de ceux qui l'ont rejetée de façon persistante avant qu'elle n'ait acquis force de loi [traduction du Secrétariat] ; *Republic of Mauritius v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (arbitrage sous le régime de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982), Réplique de la République de Maurice (2013), p. 124, par. 5.11 (Selon la règle de l'objecteur persistant, l'État doit exprimer son objection à la règle de manière persistante pendant la formation de cette dernière [traduction du Secrétariat]). Voir également le troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial ([A/CN.4/682](#)), note 211.

doctrine³⁴⁷ et par la Commission elle-même dans son Guide de la pratique sur les réserves aux traités de 2011³⁴⁸. Comme le précise le commentaire, l'objection persistante signifie que la règle coutumière en question ne peut pas être opposée à l'État concerné aussi longtemps qu'il maintient son objection³⁴⁹.

111. Par ailleurs, comme l'ont observé avec satisfaction certains États³⁵⁰, le commentaire adopté en première lecture énonce clairement que, pour évaluer si une objection est maintenue de manière persistante, « il faut faire preuve de pragmatisme et tenir compte des circonstances propres à chaque cas »³⁵¹. Il prévoit également que « [l']on ne peut [...] pas attendre des États qu'ils manifestent leur objection en toute occasion, en particulier lorsque leur position est déjà bien connue »³⁵².

Septième partie : Droit international coutumier particulier

Conclusion 16 : Droit international coutumier particulier

1. Commentaires et observations reçus

112. Dans leur grande majorité, les États qui ont commenté le projet de conclusion 16 y ont largement souscrit, certains ayant toutefois proposé des suggestions pour en améliorer le libellé ou le commentaire. La Nouvelle-Zélande a proposé que la précision selon laquelle les États concernés sont ceux auxquels une règle de droit international coutumier particulier s'applique, qui apparaît actuellement dans le commentaire, figure dans le texte même de la conclusion³⁵³. Dans le même sens, les États-Unis ont proposé de préciser dans la conclusion que l'*opinio juris* dont il faut rechercher l'existence parmi les États concernés doit indiquer que ces derniers acceptent une certaine pratique comme étant le droit entre eux (et non lorsqu'ils « [pensent] simplement à tort que la règle relève du droit international coutumier général »)³⁵⁴. Les Pays-Bas ont avancé qu'il fallait éviter d'employer le verbe

³⁴⁷ Voir, par exemple, G. Gaja, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 364, 2012, p. 43 (l'opposition que la Cour a retenue dans l'*affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)* n'était pas une simple attitude négative face à la règle. Il s'agissait d'une opposition à toute tentative d'appliquer la règle et le texte laissait entendre que ces tentatives avaient échoué [traduction du Secrétariat]) ; J. Crawford, *Ibid.*, vol. 365, 2013, p. 247 (L'objection persistante doit être cohérente et claire [traduction du Secrétariat]) ; M.H. Mendelson, *Ibid.*, vol. 272, 1998, p. 241 (les protestations doivent être maintenues. C'est ce que sous-entend le mot « persistant »). Si l'État, après avoir exprimé une objection à une règle, ne réitère pas cette objection, il peut être présumé (en fonction des circonstances) y avoir renoncé [traduction du Secrétariat]) ; O. Elias, « Persistent objector », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006, par. 16 (Si l'État ne maintient pas son objection, il peut être considéré avoir acquiescé à la règle [traduction du Secrétariat]). Les questions pratiques et les considérations de fond relatives à l'exigence de répétition de l'objection ont récemment été présentées dans J.A. Green, *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 96 à 98.

³⁴⁸ *Annuaire de la Commission du droit international, 2011*, vol. II (deuxième partie), Guide de la pratique sur les réserves aux traités, commentaire 7 de la directive 3.1.5.3 (« [U]ne réserve peut être le moyen pour un "objecteur persistant" de manifester la constance de son objection : celui-ci peut certainement refuser l'application, par le biais d'un traité, d'une règle qui ne lui est pas opposable en vertu du droit international général »).

³⁴⁹ Voir *A/71/10*, par. 63, par. 6 du commentaire du projet de conclusion 15.

³⁵⁰ Voir, par exemple, observations écrites de Singapour, par. 24 ; observations écrites des États-Unis, p. 18 ;

³⁵¹ Voir *A/71/10*, par. 63, par. 9) du commentaire du projet de conclusion 15.

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ Observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 30 (soulignant en particulier que la « pratique devait être constante entre tous les États »).

³⁵⁴ Observations écrites des États-Unis, p. 19.

« s'applique » au paragraphe 1 pour éviter toute confusion³⁵⁵. La République tchèque a fait observer que la conclusion devrait « indiquer clairement qu'une règle de droit international coutumier particulier qui s'applique seulement à un groupe défini d'États ne peut créer d'obligation ni de droit pour les États tiers sans leur consentement »³⁵⁶. La Grèce a souscrit à la précision apportée dans le commentaire sur l'application stricte de l'approche des deux éléments dans le cas des règles de droit international coutumier particulier et a ajouté qu'il « serait utile dans ce contexte de distinguer entre les coutumes particulières nouvelles et les coutumes particulières dérogatoires, lesquelles requièrent une règle de preuve plus stricte »³⁵⁷. La Fédération de Russie a explicitement souscrit au libellé du projet de conclusion et a suggéré d'étudier plus avant la question des règles applicables aux éléments constitutifs d'une règle coutumière particulière, notamment le point de savoir si une coutume particulière pouvait être formée en présence d'un État objecteur³⁵⁸.

113. Deux États ont contesté la définition du droit international coutumier particulier donnée au paragraphe 1, arguant que certains éléments n'étaient pas conformes à l'état actuel des choses. Les États-Unis ont fait remarquer que « [l]e commentaire ne fournit aucune preuve de la reconnaissance générale, par la pratique des États, de l'existence d'un droit international coutumier bilatéral ou d'un droit coutumier particulier qui concernerait des États qui n'entretiennent aucune relation régionale », et qu'il s'agissait de « notions théoriques qui ne sont pas encore reconnues comme faisant partie du droit international »³⁵⁹. Si cet élément était retenu dans le projet de conclusion, ont-ils ajouté, il faudrait clairement indiquer dans le commentaire que « ces notions [...] relèvent du développement progressif »³⁶⁰. La République tchèque a émis des réserves semblables, mais seulement au sujet des règles de droit international coutumier particulier qui peuvent se former entre des États liés par une cause, une activité ou un intérêt commun autre que leur situation géographique, faisant observer qu'aucun exemple concret n'était proposé et ajoutant ne pas bien savoir comment le critère d'« une cause, une activité ou un intérêt commun [...] ou une communauté d'intérêt » pouvait être appliqué dans la pratique³⁶¹. Pour y remédier, elle a proposé soit d'étoffer le commentaire, soit de supprimer la référence à ces règles³⁶².

114. Toutefois, la plupart des États ayant fait des observations à ce sujet ont convenu que des règles du droit international coutumier particulier pouvaient se former entre des États liés par une cause, une activité ou un intérêt commun autre que leur situation géographique. Les pays nordiques ont reconnu qu'il « existe généralement une certaine affinité géographique entre les États visés par une règle de droit international coutumier particulier [mais qu']en principe [...] une règle de droit international coutumier particulier [peut] se former entre États liés par une cause, une activité ou un intérêt commun qui soit autre »³⁶³. Ils ont toutefois tenu à souligner qu'il faudrait préciser que « de tels dénominateurs communs devraient être très clairement reconnaissables entre les États concernés »³⁶⁴. Le Chili a fait valoir qu'« [i]l est naturel que différents peuples de régions géographiques différentes, même ceux dont les intérêts sont similaires, aient des règles coutumières qui ne soient pas de caractère

³⁵⁵ Observations écrites des Pays-Bas, par. 16 (proposant de le remplacer le passage en question par « qui ne lie qu'un nombre limité d'États »).

³⁵⁶ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 9.

³⁵⁷ Voir [A/C.6/71/SR.22](#), par. 12.

³⁵⁸ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 60.

³⁵⁹ Observations écrites des États-Unis, p. 19.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 20.

³⁶¹ Observations écrites de la République tchèque, p. 3.

³⁶² *Ibid.*, voir également [A/C.6/71/SR.21](#), par. 9.

³⁶³ Observations écrites conjointes des pays nordiques, p. 2.

³⁶⁴ *Ibid.*

général »³⁶⁵. Dans le même sens, le Bélarus a souligné que « la pratique à l'origine d'une règle de droit international coutumier pourrait dépendre des atouts ou caractéristiques technologiques, scientifiques, géographiques ou autres de l'État », notamment sur les plans historique, militaire et politique³⁶⁶. Se félicitant en particulier du fait qu'il soit envisagé dans le projet de conclusion qu'une règle de droit international coutumier particulier puisse se former entre des États liés par une cause, une activité ou un intérêt commun autre que leur situation géographique, l'Autriche a observé qu'il serait utile de donner des exemples de ces règles dans le commentaire et en a évoqué deux³⁶⁷. Abondant dans le même sens, la Slovaquie a indiqué « qu'il n'y a[vait] aucune raison pour qu'une règle de droit international coutumier particulier ne puisse également se former entre États liés par une cause, une activité ou constituant une communauté d'intérêt », mais a également proposé que des précisions sur ces règles soient apportées dans le commentaire³⁶⁸. La Nouvelle-Zélande a convenu également que des règles de droit international coutumier particulier pouvaient s'appliquer dans « un contexte commun particulier de nature géographique ou autre », estimant toutefois qu'elles ne « peuvent se substituer aux principes fondamentaux du droit international », et a proposé que ce point figure dans le commentaire³⁶⁹.

2. Propositions du Rapporteur spécial

115. Force est de reconnaître qu'une règle de droit international coutumier particulier peut se former entre deux États seulement. En réponse à une allégation selon laquelle aucune coutume ne saurait se constituer entre deux États seulement, la Cour internationale de Justice a déclaré qu'elle « v[oyait] difficilement pourquoi le nombre des États entre lesquels une coutume locale peut se constituer [...] devrait nécessairement être supérieur à deux »³⁷⁰. Plusieurs exemples sont donnés dans le commentaire adopté en première lecture³⁷¹. La quasi-totalité des États qui ont commenté le projet de conclusion 16 n'ont pas contesté ce point³⁷². Par conséquent, nous estimons qu'il faut conserver la référence au droit international coutumier bilatéral.

116. Pour ce qui est de la formation de règles de droit international coutumier particulier entre États n'ayant aucune relation géographique, il y a lieu de rappeler

³⁶⁵ Voir A/C.6/71/SR.21, par. 103.

³⁶⁶ Observations écrites du Bélarus, p. 5 (ajoutant qu'il est « largement admis que certaines coutumes sont suivies par les pays qui ont des activités spatiales ou qui sont actifs dans le secteur des technologies de pointe », et faisant observer qu'il pourrait être judicieux dans ce contexte de recourir au terme « États particulièrement intéressés » pour désigner les États en question ; voir également A/C.6/71/SR.23, par. 4.

³⁶⁷ Voir A/C.6/71/SR.21, par. 76 (« Il serait utile de donner quelques exemples d'une telle situation dans le commentaire, comme le fait qu'un accord est en train de se faire jour pour considérer que la peine de mort et l'utilisation d'armes nucléaires sont déjà interdites par un droit international coutumier particulier »).

³⁶⁸ Voir A/C.6/71/SR.23, par. 24.

³⁶⁹ Observations écrites de la Nouvelle-Zélande, par. 29.

³⁷⁰ *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, Arrêt du 12 avril 1960 : C. I. J. Recueil 1960, p. 37 (la Cour ayant ajouté qu'elle « ne vo[yai]t pas de raison pour qu'une pratique prolongée et continue entre deux États, pratique acceptée par eux comme régissant leurs rapports, ne soit pas à la base de droits et d'obligations réciproques entre ces deux États »).

³⁷¹ Voir A/71/10, par. 63, par. 4 du commentaire relatif au projet de conclusion 16.

³⁷² Il convient de rappeler à cet égard que les États-Unis ont eux-mêmes cherché à faire valoir ce type de droit international coutumier devant la Cour internationale de Justice (*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, Arrêt du 27 août 1952 : C. I. J. Recueil 1952, p. 199 et 200. Contre-mémoire déposé par le Gouvernement des États-Unis d'Amérique, 20 décembre 1951, p. 385 à 388 ; procès-verbal de l'audience du 23 juillet 1952, p. 284.

que, dans sa version actuelle, le commentaire indique qu'« il n'y a pas de raison, *en principe*, pour qu'une [telle] règle de droit international coutumier particulier ne puisse également se former »³⁷³. Il y est également précisé que la « règle de droit international coutumier particulier [est] le plus souvent régionale, sous-régionale ou locale »³⁷⁴. On se souviendra en outre que les mots « régionale, locale ou autre » ne figuraient pas dans le projet de conclusion originel³⁷⁵ et qu'ils ont été ajoutés à la demande de membres de la Commission préconisant un libellé plus explicite.

117. En outre, les États ont confirmé dans leurs observations que la formation de règles de droit international coutumier particulier entre États liés par une cause, une activité ou un intérêt commun autre que leur situation géographique n'était pas purement théorique et il a été proposé d'ajouter quelques exemples en plus de l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*³⁷⁶. Pareille adjonction ne semble pas nécessaire en l'occurrence, sachant que les conclusions n'ont pas vocation à traiter du contenu du droit international coutumier et ne visent que l'aspect méthodologique de la détermination des règles de droit international coutumier³⁷⁷.

118. Le Rapporteur spécial considère donc que le libellé du paragraphe 1 est satisfaisant en l'état. Si la Commission souhaitait toutefois le reformuler pour répondre à ces préoccupations, elle pourrait envisager de préciser que les règles du droit international coutumier « comprennent celles qui sont régionales ou locales » et d'ajouter dans le commentaire qu'il s'agit là des formes les plus courantes, mais que d'« autres » peuvent exister. En tout état de cause, le Rapporteur spécial convient qu'il faudrait préciser dans le commentaire en quoi l'approche des deux éléments consacrée dans les conclusions vaut aussi pour les règles du droit international coutumier particulier et préciser que ces règles ne créent aucune obligation pour les États tiers. On se souviendra que le Comité de rédaction a délibérément « choisi d'utiliser le terme "s'applique" [au paragraphe 1] de préférence à la notion d'"invocabilité" par ou contre un État ou de préférence à l'introduction d'un élément d'"effet contraignant" »³⁷⁸.

119. Pour ce qui est des autres propositions faites au sujet du paragraphe 2, le Rapporteur spécial convient qu'il vaudrait la peine d'y ajouter les mots « entre eux », qui figurent déjà dans le commentaire, pour clarifier la nature de l'acceptation comme étant le droit qu'on entend rechercher en l'occurrence³⁷⁹. Le paragraphe 2 serait donc libellé ainsi :

³⁷³ Voir A/71/10, par. 63, par. 5 du commentaire relatif au projet de conclusion 16 (les italiques sont de nous).

³⁷⁴ Ibid.

³⁷⁵ Voir le troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (A/CN.4/682), par. 84.

³⁷⁶ Voir *supra*, note 372. Il convient également de noter que le *Restatement of the Law Third of the Foreign Relations Law of the United States* énonce, en référence au droit international coutumier particulier, que la pratique des États liés sous la forme d'un groupement régional ou d'un autre groupement spécial peut former une règle coutumière « régionale », « spéciale » ou « particulière » entre eux [traduction du Secrétariat] (les italiques sont de nous) : *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, 1987, par. 102, commentaire e).

³⁷⁷ Cela apparaît clairement dans le commentaire du projet de conclusion 1 (A/71/10, par. 63, par. 5) du commentaire relatif au projet de conclusion 1).

³⁷⁸ Déclaration du Président du Comité de rédaction, 29 juillet 2015, p. 24, disponible à l'adresse <http://legal.un.org/ilc/> (où le Président explique plus avant que « [d]ans la mesure où ces dernières considérations semblent entraîner des interrogations quant aux "effets" possibles en cause, il a été considéré qu'elles soulevaient plus de questions que de réponses, là où le verbe "s'applique" offre la simplicité de constituer un terme *prima facie* factuel et facilement compréhensible par l'utilisateur à venir du projet »).

³⁷⁹ Voir A/71/10, par. 63, par. 7 du commentaire relatif au projet de conclusion 16.

Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier particulier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale entre les États concernés qui est acceptée par eux comme étant le droit entre eux (opinio juris).

II. Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier

120. Les États se sont félicités de ce que la Commission s'attache de nouveau à trouver des moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier³⁸⁰. Plusieurs d'entre eux ont souligné en particulier l'importance de pouvoir accéder à la documentation relative au droit international coutumier publiée dans d'autres langues³⁸¹, ce à quoi souscrit le Rapporteur spécial.

121. Après avoir examiné le quatrième rapport du Rapporteur spécial en 2016, la Commission a demandé au Secrétariat d'établir un mémorandum sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, dans laquelle il ferait le point sur l'état actuel de la documentation relative au droit international coutumier et formulerait des propositions d'amélioration³⁸². En 1949, à l'occasion de la première session de la Commission, le Secrétariat avait déjà mené une étude similaire en vue de l'examen du sujet par la Commission, conformément à l'article 24 du statut de cette dernière³⁸³. Il ressort du nouveau mémorandum établi par le Secrétariat pour examen à la présente session que, depuis 1949, la portée du droit international coutumier et les conditions d'accès à la documentation correspondante ont connu une évolution frappante³⁸⁴.

122. À l'occasion de la compilation des données analysées dans le mémorandum, le Secrétariat a consulté les États au sujet des ressources qui leur semblaient les plus utiles pour établir leur propre pratique et l'*opinio juris*³⁸⁵. Des renseignements ont également été demandés à toutes les entités du système des Nations Unies et à toutes les entités et organisations ayant reçu une invitation permanente à participer en tant qu'observateurs aux sessions et aux travaux de l'Assemblée générale en 2016³⁸⁶. Plusieurs sociétés savantes, centres de recherche universitaire et bibliothèques spécialisées en droit international et en droit comparé ont été contactées³⁸⁷. Les informations recueillies ont été complétées par une enquête du Secrétariat sur les sources d'information primaires les plus aisément accessibles issues des États et des organisations internationales³⁸⁸.

123. Les ressources disponibles et la méthode suivie par le Secrétariat sont précisées dans le mémorandum lui-même, qui compte sept annexes, dans lesquelles sont répertoriées les informations recueillies : I. Ressources par État ; II. Ressources par

³⁸⁰ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 20 (Australie), par. 38 (Pérou), par. 87 (Royaume-Uni), par. 95 (Portugal) et par. 118 (Allemagne) ; [A/C.6/71/SR.22](#), par. 18 (Brésil), par. 33 (Irlande) et par. 61 (Japon) ; [A/C.6/71/SR.23](#), par. 12 (République de Corée) et par. 34 (Slovénie).

³⁸¹ Voir [A/C.6/71/SR.21](#), par. 129 et 130 (Pays-Bas), et par. 139 (Soudan) ; [A/C.6/71/SR.22](#), par. 61 (Japon) ;

³⁸² Voir [A/71/10](#), par. 56.

³⁸³ [A/CN.4/6](#) et Corr. 1 : « Moyens permettant de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier : étude préparatoire établie conformément à l'article 24 du statut de la Commission du droit international » (1949).

³⁸⁴ [A/CN.4/710](#) : « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier : mémorandum du Secrétariat », par. 6.

³⁸⁵ *Ibid.*, par. 7.

³⁸⁶ *Ibid.*, par. 8.

³⁸⁷ *Ibid.*, par. 9.

³⁸⁸ *Ibid.*, par. 10.

organisation ; III. Ressources par domaine du droit international ; IV. Recueils de traités et d'informations liées au dépositaire ; V. Juridictions internationales, juridictions mixtes et organes conventionnels ; VI. Organes œuvrant à l'examen, à la codification, au développement progressif ou à l'harmonisation du droit international ; VII. Langues des ressources recensées.

124. Se fondant sur les informations recueillies et comme suite à la demande de la Commission, le Secrétariat a proposé plusieurs moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier. Ces moyens figurent au chapitre II du mémorandum et sont répartis dans quatre catégories : a) moyens proposés pour que les États rendent plus accessible la documentation attestant leur pratique et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)³⁸⁹ ; b) moyens pour le système des Nations Unies de continuer de produire et d'améliorer ses publications juridiques relatives au droit international et d'en assurer la plus large diffusion possible³⁹⁰ ; c) moyens de rendre davantage accessible la documentation relative au droit international coutumier dans le contexte du développement progressif et de la codification du droit international³⁹¹ ; d) proposition de création d'une base de données en ligne actualisée régulièrement aux fins de la diffusion systématique et exhaustive d'informations bibliographiques sur la documentation relative au droit international coutumier³⁹².

125. Le Rapporteur spécial souhaite appeler l'attention sur un point particulier mis en exergue dans le mémorandum, à savoir qu'il est extrêmement important de continuer de créer des bibliothèques spécialisées en droit international et d'en garantir l'accès au grand public³⁹³. Il tient à remercier la Bibliothèque de l'Office des Nations Unies à Genève et son excellente équipe pour l'aide qu'elles ont fournie concernant le présent sujet.

126. Le Rapporteur spécial recommande à la Commission d'approuver les propositions du Secrétariat et de les transmettre à l'Assemblée générale pour examen. Une recommandation en ce sens est formulée dans le projet de recommandation à l'Assemblée générale figurant au paragraphe 129 ci-dessous. Le Rapporteur spécial recommande également que le mémorandum soit publié à nouveau en temps voulu avec le libellé des conclusions et commentaires adoptés en deuxième lecture.

III. Forme définitive du résultat des travaux de la Commission

127. Comme il était indiqué dans notre quatrième rapport³⁹⁴ et pour faire suite aux observations écrites et orales des États, il est proposé que le résultat final des travaux de la Commission sur le présent sujet comprenne trois éléments : a) un ensemble de conclusions assorties de commentaires, b) le mémorandum du Secrétariat sur les

³⁸⁹ Ibid., par. 103 à 107.

³⁹⁰ Ibid., par. 108 à 115. Il s'agit notamment des publications suivantes : *C.I.J. Mémoires* ; *C.I.J. Recueil* ; *Bulletin du droit de la mer* ; *Conférences diplomatiques* ; *Répertoire de la pratique du Conseil de sécurité* ; *Répertoire de la pratique suivie par les organes des Nations Unies* ; *Recueil des sentences arbitrales* ; *Résumé des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de Justice* ; *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* ; *La Commission du droit international et son œuvre* ; *Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* ; *Annuaire juridique des Nations Unies* ; *Série législative des Nations Unies* ; *Recueil des Traités des Nations Unies* ; *Annuaire de la Commission du droit international*.

³⁹¹ Ibid., par. 116 à 119.

³⁹² Ibid., par. 120 à 122.

³⁹³ Ibid., par. 107.

³⁹⁴ Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier, présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial (A/CN.4/695), par. 50 à 53.

moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier et c) une bibliographie.

128. Restait en suspens depuis la première lecture la question de l'utilisation du terme « conclusions » pour désigner les résultats des travaux de la Commission sur le sujet ; certains se sont demandé si le terme « directives » ne serait pas plus approprié, étant donné l'objectif, à savoir donner des indications pratiques sur la manière de déterminer l'existence éventuelle et le contenu de règles du droit international coutumier³⁹⁵. Après examen attentif de la question, le Rapporteur spécial estime que le terme « conclusions » convient dans le présent contexte pour désigner des indications pratiques et propose de le conserver.

129. Le Rapporteur spécial propose que la Commission recommande ce qui suit à l'Assemblée générale :

a. *Prendre note* des conclusions de la Commission du droit international sur la détermination du droit international coutumier dans une résolution, les annexer à celle-ci et les diffuser largement ;

b. *Se féliciter* des conclusions et des commentaires y afférents et les porter à l'attention des États et de quiconque peut être amené à déterminer l'existence de règles du droit international coutumier ;

c. *Accueillir avec satisfaction* le mémorandum établi par le Secrétariat sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier (A/CN.4/710), qui vise à faire le point sur l'état actuel de la documentation relative au droit international coutumier et à proposer des moyens de l'améliorer ;

d. *Décider* de donner suite aux propositions formulées dans le mémorandum du Secrétariat :

i) *En appelant l'attention* des États et des organisations internationales sur l'intérêt de publier des recueils et des études concernant leur pratique en matière de droit international, de continuer de diffuser largement leur pratique législative, exécutive et judiciaire, et de prendre toutes les mesures possibles pour soutenir les publications et les bibliothèques spécialisées en droit international ;

ii) *En demandant* au Secrétariat de continuer à élaborer et à améliorer les publications des Nations Unies dans lesquelles sont recensés des documents relatifs au droit international coutumier ;

iii) *En demandant également* au Secrétariat que les informations figurant dans les annexes au mémorandum sur les moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier (A/CN.4/710) soient publiées dans une base de données en ligne actualisée régulièrement en fonction des éléments présentés par les États, les organisations internationales et d'autres entités.

130. Le Rapporteur spécial s'emploie actuellement à mettre à jour la bibliographie annexée au quatrième rapport. Une version révisée sera distribuée de manière informelle aux membres de la Commission préalablement à la session, puis sera (après avoir été modifiée en fonction des propositions reçues) reproduite à l'annexe II du présent rapport.

³⁹⁵ Ibid., par. 12. Voir également A/CN.4/SR.3303 : Compte rendu analytique provisoire de la 3303^e séance de la Commission (24 mai 2016), p. 6.

Annexe

Projets de conclusion adoptés en première lecture et modifications proposées par le Rapporteur spécial

Détermination du droit international coutumier

Première partie

Introduction

Conclusion 1

Portée

Les présents projets de conclusion concernent la manière dont l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier doivent être déterminés.

Deuxième partie

Approche fondamentale

Conclusion 2

Deux éléments constitutifs

Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Conclusion 3

Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs

1. Dans l'appréciation des moyens permettant d'établir l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle, et des circonstances propres à chacun de ces moyens.
2. Chacun des deux éléments constitutifs doit être établi séparément. Cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence.

Troisième partie

Pratique générale

Conclusion 4

Exigence d'une pratique

1. L'exigence d'une pratique générale, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, ~~signifie que c'est principalement~~ concerne la pratique des États ~~qui contribue à la formation ou à l'expression de~~ en tant qu'elle traduit ou crée des règles de droit international coutumier.
2. Dans certains cas, la pratique des organisations internationales peut également contribuer ~~également à la formation, traduire~~ ou à ~~l'expression, créer~~ de une règles de droit international coutumier.
3. La conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à ~~la formation, traduire~~ ou à ~~l'expression, créer~~ de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2.

Conclusion 5**Comportement de l'État en tant que pratique de l'État**

La pratique de l'État consiste dans le comportement de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre.

Conclusion 6**Formes de pratique**

1. La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle peut comprendre ~~des~~ actes matériels et verbaux, ainsi que. ~~Elle peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction délibérée.~~

2. Les formes de pratiques étatiques comprennent, sans y être limitées : les actes et la correspondance diplomatiques ; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ; la conduite relative aux traités ; la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle « sur le terrain » ; les actes législatifs et administratifs ; et les décisions des juridictions internes.

3. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.

Conclusion 7**Appréciation de la pratique d'un État**

1. Il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de l'État, laquelle doit être appréciée dans son ensemble.

2. Lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut, selon les circonstances, être réduit.

Conclusion 8**La pratique doit être générale**

1. La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que ~~constante~~ pratiquement uniforme.

2. Il n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale.

Quatrième partie**Acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)****Conclusion 9****Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)**

1. La condition, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) signifie que la pratique en question doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit.

2. Une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) doit être distinguée du simple usage ou de la simple habitude.

Conclusion 10**Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)**

1. La preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut revêtir une large variété de formes.
2. Les formes de preuves de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États ; les publications officielles ; les avis juridiques gouvernementaux ; la correspondance diplomatique ; les décisions des juridictions nationales ; les dispositions de traités ; ainsi que la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale.
3. L'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer 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 appelaient une réaction.

Cinquième partie**Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier****Conclusion 11****Traités**

1. Une règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la règle conventionnelle :
 - a) A codifié une règle de droit international coutumier existante à la date de la conclusion du traité ;
 - b) A abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier qui avait commencé à émerger avant la conclusion du traité ; ou
 - c) A servi de point de départ à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), engendrant ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier.
2. Le fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités peut signifier, sans toutefois que cela soit nécessairement le cas, que la règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier.

Conclusion 12**Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales**

1. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ne peut pas, en elle-même, créer une règle de droit international coutumier.
2. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut, dans certaines circonstances, fournir un élément de preuve pour déterminer ~~établir~~ l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement.
3. Une disposition d'une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que cette disposition correspond à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Conclusion 13**Décisions de juridictions**

1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier constituent un moyen auxiliaire de détermination desdites règles.
2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, à titre de moyen auxiliaire de détermination de telles règles.

Conclusion 14**Doctrines**

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier.

Sixième partie**Objecteur persistant****Conclusion 15****Objecteur persistant**

1. Lorsqu'un État a objecté à une règle de droit international coutumier lorsqu'elle était en voie de formation, cette règle n'est pas opposable audit État aussi longtemps qu'il maintient son objection.
2. L'objection doit être exprimée clairement, être communiquée aux autres États et être maintenue de manière persistante.
3. La présente conclusion est sans préjudice des questions afférentes aux normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

Septième partie**Droit international coutumier particulier****Conclusion 16****Droit international coutumier particulier**

1. Une règle de droit international coutumier particulier, qu'elle soit régionale, locale ou autre, est une règle de droit international coutumier qui ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États.
2. Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier particulier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale entre les États concernés qui est acceptée par eux comme étant le droit entre eux (*opinio juris*).