



Assemblée générale

Distr. générale
14 février 2018
Français
Original : anglais/chinois/espagnol/
russe

Commission du droit international

Soixante-dixième session

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

Détermination du droit international coutumier

Commentaires et observations présentés par les États

Table des matières

| | <i>Page</i> |
|---|-------------|
| I. Introduction | 3 |
| II. Observations et commentaires généraux | 3 |
| III. Commentaires spécifiques sur les projets de conclusion | 9 |
| A. Deuxième partie : Approche fondamentale | 9 |
| 1. Projet de conclusion 2 : Deux éléments constitutifs | 9 |
| 2. Projet de conclusion 3 : Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs | 11 |
| B. Troisième partie : Pratique générale | 14 |
| 1. Projet de conclusion 4 : Exigence d'une pratique | 14 |
| 2. Projet de conclusion 5 : Comportement de l'État en tant que pratique de l'État | 25 |
| 3. Projet de conclusion 6 : Formes de pratique | 25 |
| 4. Projet de conclusion 7 : Appréciation de la pratique d'un État | 32 |
| 5. Projet de conclusion 8 : La pratique doit être générale | 33 |
| C. Quatrième partie : Acceptée comme étant le droit (<i>opinio juris</i>) | 39 |
| 1. Projet de conclusion 9 : Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (<i>opinio juris</i>) | 39 |
| 2. Projet de conclusion 10 : Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (<i>opinio juris</i>) | 41 |



| | | |
|-----|---|----|
| D. | Cinquième partie : Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier | 47 |
| 1. | Projet de conclusion 11 : Traités | 47 |
| 2. | Projet de conclusion 12 : Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales | 50 |
| 3. | Projet de conclusion 13 : Décisions de juridictions | 53 |
| 4. | Projet de conclusion 14 : Doctrine | 54 |
| E. | Sixième partie : Objecteur persistant | 55 |
| 1. | Projet de conclusion 15 : Objecteur persistant | 55 |
| F. | Septième partie : Droit international coutumier particulier | 60 |
| 1. | Projet de conclusion 16 : Droit international coutumier particulier | 60 |
| IV. | Commentaires sur la forme définitive à donner aux projets de conclusion | 64 |

I. Introduction

1. À sa soixante-huitième session (2016), la Commission du droit international a adopté en première lecture les projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier¹. Conformément aux articles 16 à 21 de son statut, elle a décidé de transmettre ces projets aux gouvernements, par l'entremise du Secrétaire général, en leur demandant de soumettre, le 1^{er} janvier 2018 au plus tard, leurs commentaires et observations à ce dernier², qui leur a fait distribuer à cet effet une note datée du 17 janvier 2017 et présentant les projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier, ainsi que les commentaires y afférents.

2. Dans ses résolutions 71/140 du 13 décembre 2016 et 72/116 du 7 décembre 2017, l'Assemblée générale a appelé l'attention des États sur le fait qu'il importait qu'ils fassent parvenir à la Commission, le 1^{er} janvier 2018 au plus tard, leurs commentaires et observations sur les projets de conclusion.

3. Au 13 février 2018, les pays ci-après avaient fait parvenir des commentaires écrits : Autriche (22 janvier 2018), Bélarus (12 janvier 2018), Chine (26 décembre 2017), Danemark (au nom des pays nordiques – Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède –, 22 décembre 2017), El Salvador (18 décembre 2017), États-Unis d'Amérique (5 janvier 2018), Israël (18 janvier 2018), Nouvelle-Zélande (20 décembre 2017), Pays-Bas (23 janvier 2018), République de Corée (10 janvier 2018), République tchèque (3 janvier 2018) et Singapour (28 décembre 2017).

4. Les commentaires et observations présentés par les États sont reproduits ci-dessous et regroupés par thème, à savoir : observations et commentaires généraux, commentaires portant sur des projets de conclusion précis et commentaires sur la forme définitive à donner aux projets de conclusion³.

II. Observations et commentaires généraux

Autriche

[Original : anglais]

L'Autriche dit regretter que ni les projets de conclusion ni les commentaires ne traitent de l'importance du deuxième aspect de l'élément constitutif subjectif du droit international coutumier, à savoir l'*opinio necessitatis*. Le mot « *sive* » que contient la formule « *opinio iuris sive necessitatis* » a une fonction de disjonction qui fait du « *necessitatis* » un élément autonome. La doctrine enseigne que certains comportements des États, par ailleurs illégaux, pouvaient être considérés comme politiquement, économiquement ou moralement nécessaires. Les commentaires devraient aborder la question du rôle distinct de l'*opinio necessitatis*.

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10), par. 57.

² Ibid., par. 60.

³ Pour chacune des sections ci-après, les commentaires et observations reçus sont présentés sous le nom des différents États, lesquels sont classés dans l'ordre alphabétique anglais.

Bélarus

[Original : russe]

La coutume internationale constitue traditionnellement une des principales sources du droit international et reste précieuse à ce jour. Les règles de droit international coutumier comblent les vides juridiques dans les domaines qui ne sont pas régis par des traités internationaux et garantissent l'application harmonieuse, systématique et non-contradictoire des règles conventionnelles.

Dans le cadre des travaux sur ce sujet, les questions suivantes devraient être examinées :

- Les règles coutumières ;
- Les principales sources servant à déterminer l'existence de ces règles ;
- Les éléments principaux (ou « constitutifs », pour reprendre les termes du projet de conclusion 2) de la règle de droit international coutumier, à savoir l'existence d'une pratique générale (caractérisée par une application répandue et constante sur une longue période) et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) ;
- La formation des règles de droit international coutumier dans le passé ;
- La formation des règles de droit international coutumier aujourd'hui, compte tenu de l'incidence des technologies de l'information et des communications, des décisions des organisations et juridictions internationales ainsi que de la pratique conventionnelle internationale ;
- La détermination des sujets de droit dont la pratique pourrait conduire à la formation d'une coutume ou à la création de règles coutumières générales, régionales ou locales.

Grâce à l'examen de ce sujet, la Commission apportera très certainement une contribution importante à la théorie du droit international. Toutefois, l'objectif premier de ses travaux doit être d'aider les États et autres sujets de droit international à déterminer les règles de droit international coutumier.

L'étude des travaux de la Commission mettrait en évidence l'ensemble des outils qu'elle a utilisés au fil des ans pour déterminer les règles de droit coutumier et analyser leur formation et leur évolution. Seule la Cour internationale de Justice dispose d'une mémoire institutionnelle et d'une expérience comparables dans ce domaine, et sa pratique devrait également être examinée avec soin.

Le Bélarus appuie la décision prise par la Commission de ne pas faire des règles de *jus cogens* une catégorie distincte pour le sujet à l'examen. Lorsque ces règles correspondent à la coutume internationale, elles sont formées et déterminées de la même manière que toute autre règle de droit international coutumier. Leurs spécificités seront étudiées dans le cadre du sujet les concernant.

Danemark (au nom des pays nordiques : Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

[Original : anglais]

Nous sommes d'accord avec la portée générale des projets de conclusion, à savoir que ces derniers 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*.

El Salvador

[Original : espagnol]

Comme l'a indiqué le Rapporteur spécial dans le cadre de l'examen de ce sujet, il importe de garder à l'esprit que les modalités d'application du droit international coutumier par les États dépendent de leur droit interne. C'est pourquoi il convient de présenter d'entrée de jeu les aspects suivants : i) particularités du système juridique salvadorien ; ii) détermination du droit international coutumier à partir de la jurisprudence nationale salvadorienne ; iii) commentaires relatifs aux projets de conclusion adoptés en première lecture par la Commission (voir [A/CN.4/L.872](#)).

i) Nature du système juridique salvadorien

Le système juridique salvadorien se distingue des régimes de droit de type anglo-saxon, en ce qu'il repose sur le droit écrit, de sorte que les normes sont élaborées a priori par le législateur, conformément au principe de sécurité juridique consacré par l'article 1 de la Constitution de la République.

Autrement dit, le système juridique national est formé d'un ensemble de normes provenant des différentes sources qui le constituent et la coutume ne fait pas partie des sources principales de droit interne.

Il existe toutefois des domaines spécifiques où le recours à la coutume est expressément permis, notamment le droit privé, le droit social et le droit commercial. Par exemple, l'article 2 du Code civil dispose que la coutume n'a pas force de loi sauf dans les cas où la loi s'y réfère.

En tout état de cause et en raison de la nature du système juridique salvadorien, il n'existe pas d'autre précepte explicite sur la formation et le caractère contraignant de la coutume. Néanmoins, cela n'a pas empêché certaines juridictions telles que la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de Justice de reconnaître dans leur jurisprudence l'importance et la force contraignante du droit international coutumier.

ii) Détermination du droit international coutumier à partir de la jurisprudence nationale d'El Salvador

Comme il est indiqué ci-dessus, la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de Justice a récemment pris acte, dans sa jurisprudence, de la force contraignante des obligations que le droit international coutumier impose à l'État salvadorien.

Ainsi, se référant aux dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (1982), la Chambre constitutionnelle a, dans l'arrêt n° 73-2013 rendu le 1^{er} août 2016 dans le cadre d'un recours en inconstitutionnalité, dit que les concepts retenus et consacrés par la Convention, laquelle a été qualifiée à juste titre de « Constitution des océans », **sont déjà considérés aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence comme faisant partie du droit international coutumier d'application universelle**, et que la Convention a donné un bel élan au développement progressif et à la codification du droit international, ainsi qu'à l'avènement d'un ordre économique international juste et équitable qui tienne compte des intérêts et des besoins de l'humanité toute entière, en particulier des intérêts et des besoins spécifiques des pays en développement, qu'ils soient côtiers ou enclavés.

Par ailleurs, elle a reconnu la validité universelle des normes de droit international coutumier dans d'autres domaines. Par exemple, dans son arrêt n° 44-2013/145-2013 du 13 juillet 2016, elle a jugé que les « garanties fondamentales » de « traitement humain » qui visent à assurer la protection de la vie et les autres droits fondamentaux de la population civile et des personnes bénéficiant

d'une protection spéciale dans le cadre des conflits armés nationaux **sont des obligations découlant d'une norme impérative de droit international coutumier** et de droit international humanitaire en vigueur pendant le conflit armé salvadorien.

Enfin, bien que la nature du système juridique salvadorien n'ait pas permis l'élaboration d'une jurisprudence étoffée concernant le droit coutumier et sa formation, elle n'a pas empêché la Chambre constitutionnelle de formuler des observations importantes sur la valeur universelle du droit international coutumier et la portée des obligations qui en découlent.

Israël

[Original : anglais]

Israël attache une grande importance à l'adoption d'une démarche minutieuse et rigoureuse pour la détermination des normes coutumières et se félicite des travaux réalisés en vue de l'élaboration d'un ensemble de conclusions et de commentaires pratiques.

Dans cette optique, il souhaite formuler quelques observations non exhaustives au sujet des projets de conclusion.

Les déclarations et actes de l'État en tant que preuve de la pratique étatique et de l'opinio juris : caractère définitif des actes à retenir

Libellé actuel : Le texte actuel n'exige pas expressément que les actes soient définitifs et concluants pour être retenus en tant que source éventuelle de droit international coutumier.

Commentaires :

- D'une manière générale, nous pensons que les projets de conclusion et les commentaires y afférents devraient préciser que les actes (lois, décisions de justice, etc.) doivent être définitifs et concluants pour pouvoir être qualifiés de manifestation du droit international coutumier ;
- Il nous paraîtrait regrettable que la Commission du droit international laisse 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.

Amendements proposés :

- Nous proposons que les projets de conclusion précisent, s'il y a lieu, que la pratique et l'*opinio juris* doivent être fondées sur des actes **définitifs, concluants et inattaquables**.

Pays-Bas

[Original : anglais]

Le Royaume des Pays-Bas considère que ce sujet est important, étant donné qu'il s'agit d'un aspect essentiel de l'utilisation des sources du droit international. Les travaux de la Commission du droit international pourraient contribuer de manière importante à l'évolution de la pratique.

Les projets de conclusion et les commentaires s'y rapportant se réfèrent fréquemment à la détermination de « l'existence et du contenu » du droit international coutumier. Il est difficile de savoir si la démarche permettant de déterminer l'existence d'une règle est la même que celle qui concerne son contenu. Nous pensons

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 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. Il nous semble judicieux d'en faire mention dans le commentaire.

Nouvelle-Zélande

[Original : anglais]

On peut escompter 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.

La Nouvelle-Zélande approuve l'emploi du terme « conclusion » pour désigner le fruit des travaux de la Commission. Elle estime qu'il faut considérer ces projets comme représentant le résultat de l'analyse et de l'examen menés par celle-ci. En tant que tels, ils constitueront un guide pratique utile, mais n'ont pas de caractère normatif en eux-mêmes. La Nouvelle-Zélande pense que certains aspects des projets de conclusion peuvent être considérés comme relevant du développement progressif plutôt que de la codification, et que cela devrait apparaître plus clairement dans les commentaires. Par exemple, elle considère que le paragraphe 2 du projet de conclusion 4 déborde le cadre de la codification du droit établi et relève à cet égard l'absence de source jurisprudentielle dans le commentaire correspondant.

La Nouvelle-Zélande accueille avec satisfaction les efforts déployés par la Commission pour rendre les projets de conclusion concis et accessibles, ce qui n'était pas une tâche aisée. Cependant, 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. La Nouvelle-Zélande 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.

République de Corée

[Original : anglais]

Le Gouvernement de la République de Corée estime que les projets de conclusion sont bien organisés dans l'ensemble et reflètent correctement l'état actuel du droit international sur ce sujet.

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. L'efficacité de ces orientations exige la recherche d'un juste équilibre entre la clarté des règles et la souplesse inhérente au droit international coutumier.

Singapour

[Original : anglais]

Singapour estime 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.

À titre liminaire, nous observons que la Commission a décidé de ne pas inclure de projet de conclusion distinct sur les textes issus de ses propres travaux⁴. Nous avons toutefois lu avec intérêt son commentaire concernant les circonstances dans lesquelles ses travaux peuvent servir à déterminer l'existence ou l'absence d'une règle de droit international coutumier. Singapour pense que la réflexion de la Commission sur ses propres travaux arrive à point nommé, compte tenu de l'attention croissante accordée à ses « codifications non législatives »⁵. Alors que nous nous apprêtons à célébrer le soixante-dixième anniversaire de la Commission en 2018, elle attend avec intérêt la tenue de nouveaux débats sur cette question importante, que ce soit ou non dans le cadre des travaux de la Commission sur ce sujet.

États-Unis d'Amérique

[Original : anglais]

Les États-Unis estiment que, pour établir si une règle fait partie du droit international coutumier, il est nécessaire de procéder à une analyse rigoureuse visant à déterminer la présence des conditions strictes de sa formation, à savoir l'existence d'une pratique générale et constante que les États suivent parce qu'ils s'y sentent juridiquement tenus. Bien qu'il n'existe pas de formule précise indiquant dans quelle mesure la pratique doit être répandue et constante, celle-ci doit généralement être fréquente et pratiquement uniforme, notamment parmi les États particulièrement engagés dans l'activité en question (c'est-à-dire les États particulièrement intéressés). La rigueur du critère à remplir pour établir qu'une règle relève du droit international coutumier doit présider à tous les aspects de l'analyse et de la détermination de celui-ci.

Dans cette perspective, nous sommes d'accord avec nombre des propositions formulées dans les projets de conclusion et les commentaires. La Commission et son Rapporteur spécial ont élaboré un projet remarquable qui contribue déjà à une meilleure compréhension de la formation et de la détermination du droit international coutumier. Toutefois, les États-Unis continuent d'avoir de sérieuses réserves au sujet de certaines des questions traitées dans les projets de conclusion et les commentaires. Nous sommes particulièrement préoccupés par les projets et commentaires qui, selon nous, vont au-delà de l'état actuel du droit international et qui, partant, doivent être perçus comme des propositions de développement progressif à cet égard. Or, si les recommandations relatives au développement progressif sont bienvenues pour certains sujets traités par la Commission, nous pensons que tel n'est pas le cas en l'occurrence, puisqu'il s'agissait principalement, à notre avis, de fournir aux non-spécialistes du droit international, tels que les juges des tribunaux nationaux, un guide facile à comprendre sur le cadre juridique établi en matière de détermination du droit

⁴ Voir le paragraphe 2 du commentaire correspondant à la cinquième partie des projets de conclusion.

⁵ Voir Fernando Lusa Bordin, « Reflections of customary international law : the authority of Codification Conventions and ILC draft articles in international law » (2014), *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, p. 535 ; voir également Natalie Y. Morris-Sharma, « The ILC's draft articles before the 69th session of the UNGA : a reawakening? » (2017), *Asian Journal of International Law*, vol. 7, p. 1.

international coutumier⁶. La juxtaposition, dans ces projets de conclusion, d'éléments de développement progressif et de règles établies risque de déconcerter les lecteurs, de les induire en erreur et de compromettre l'utilité, l'autorité et la crédibilité du résultat final. Nous recommandons par conséquent que les conclusions et commentaires soient révisés afin de se limiter exclusivement à la démarche existante et éprouvée, et d'éviter en particulier de s'écarter des normes établies concernant la formation du droit international coutumier. Si la Commission souhaite inclure des recommandations relatives au développement progressif dans ses conclusions et commentaires sur le sujet à l'examen, il nous paraît essentiel que ces recommandations soient clairement désignées comme telles et distinguées des éléments qui reflètent l'état actuel du droit ou la démarche existante.

Nous saisissons cette occasion pour faire part de notre préoccupation la plus importante en ce qui concerne les projets de conclusion et les commentaires, et tenons à faire observer que l'absence d'observation sur un aspect particulier des commentaires ne saurait s'interpréter comme un acquiescement de la part des États-Unis.

III. Commentaires spécifiques sur les projets de conclusion

A. Deuxième partie : Approche fondamentale

1. Projet de conclusion 2 : Deux éléments constitutifs

Bélarus

[Original : russe]

Nous convenons qu'il importe d'étudier, au moyen de la méthode habituelle de recherche des deux éléments constitutifs de la coutume internationale (pratique étatique et *opinio juris*, projet de conclusion 2, les spécificités de la formation de celle-ci et de la preuve de son existence. À terme, cette démarche contribuera à dégager des tendances générales qui caractérisent la formation des règles du droit international coutumier et la preuve de leur existence.

Israël

[Original : anglais]

Application de l'« approche des deux éléments »

Texte actuel :

- Le paragraphe 2 du commentaire relatif au projet de conclusion 2 énonce que « [la] détermination d'une telle règle exige donc un examen minutieux des éléments de preuve disponibles pour établir leur présence dans tel ou tel cas » ;

⁶ Les États-Unis partagent l'avis du Rapporteur spécial, exprimé dans son premier rapport, selon lequel « la Commission doit s'employer à décrire l'état actuel du droit international en matière de formation et d'identification des règles de droit international coutumier, sans préjudice des changements susceptibles de se produire dans l'avenir » (Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier (A/CN.4/663), par. 16).

- Au paragraphe 5 du commentaire relatif au projet de conclusion 2, on lit que : « [l']approche des deux éléments n'exclut pas, en fait, tout élément déductif... ».

Commentaires et modifications proposées :

- En ce qui concerne le paragraphe 2 du commentaire relatif au projet de conclusion 2, nous pensons que celui-ci vise à fournir des directives pratiques pour déterminer le droit international coutumier. Il importe donc de préciser que cela doit se faire de manière **exhaustive, empirique et objective**, à l'exclusion de toute démarche non systématique ou imprévue pour vérifier l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit. Aussi recommandons-nous qu'il soit fait explicitement référence au critère d'exhaustivité requis, le paragraphe 2 du commentaire relatif au projet de conclusion 2 étant à reformuler comme suit : « La détermination d'une telle règle exige donc un examen *exhaustif, empirique et objectif* des éléments de preuve disponibles pour établir leur présence dans tel ou tel cas » ;
- En ce qui concerne le paragraphe 5 du commentaire relatif au projet de conclusion 2, nous sommes préoccupés à l'idée que l'emploi du terme « déductif » puisse être considéré comme atténuant le caractère empirique de l'examen du droit international coutumier. Nous proposons donc de supprimer la dernière phrase de ce paragraphe, à savoir : « L'approche des deux éléments n'exclut pas, en fait, tout élément déductif, en particulier lorsque l'on envisage d'éventuelles règles de droit international coutumier qui entrent en jeu dans le contexte de règles formulées en termes plus généraux qui elles-mêmes découlent et sont l'expression d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie d'une *opinio juris*), ou lorsque l'on conclut que d'éventuelles règles de droit international font partie d'un "tout indivisible" ».

[Voir également les commentaires ci-après relatifs aux projets de conclusions 3 et 14.]

États-Unis d'Amérique

[Original : anglais]

Les États-Unis conviennent que la démarche de recherche des deux éléments « n'exclut pas [...] tout élément déductif », comme cela est dit au paragraphe 5 du commentaire relatif au projet de conclusion 2. Toutefois, ce paragraphe ne détaille pas suffisamment, selon nous, les circonstances dans lesquelles le raisonnement déductif serait opportun et celles dans lesquelles il irait à l'encontre de la règle figurant dans le projet de conclusion 2, aux termes de laquelle, pour déterminer l'existence d'une règle coutumière, il faut rechercher s'il existe une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit. Nous recommandons de reformuler le paragraphe 5 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.

Nous pensons également que la dernière phrase du paragraphe 5, où il est question de « tout indivisible », devrait être supprimée. Bien qu'elle ait employé ce terme dans son arrêt dans l'affaire du *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)* pour parler des interactions particulières qui existent entre trois dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, la Cour

internationale de Justice n'a pas laissé entendre que cette notion était d'application générale (ni fixé les conditions de son application). En outre, la pratique étatique ne fournit, à notre connaissance, aucun élément étayant l'idée qu'un « tout indivisible » emporterait dérogation à l'exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit.

Pratique des organisations internationales

[Voir également commentaire ci-après relatif au projet de conclusion 4.]

Il faudrait apporter la même précision au projet de conclusion 2, comme suit :

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 étatique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Il convient d'apporter les modifications correspondantes au commentaire.

2. Projet de conclusion 3 : Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs

Bélarus

[Voir le commentaire ci-après relatif au projet de conclusion 8.]

Chine

[Original : chinois]

Premièrement, les paragraphes 1 et 2 du projet de conclusion 3 énoncent respectivement que, pour déterminer une règle du droit international coutumier, il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle et des circonstances particulières, et établir séparément l'existence des deux éléments constitutifs, à savoir la pratique étatique et l'*opinio juris*. La Chine n'a aucune objection à formuler sur ce point. Néanmoins, le droit international coutumier étant une source importante du droit international, une démarche rigoureuse et systématique devrait généralement être de mise pour déterminer avec soin les règles utiles. La Chine recommande donc d'ajouter au projet de conclusion 3 un troisième paragraphe invitant à adopter une méthode rigoureuse et systématique pour déterminer le droit international coutumier.

Danemark (au nom des pays nordiques : Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

[Original : anglais]

Nous souscrivons pleinement aux commentaires détaillés sur la nature et la fonction du second élément constitutif, à savoir « l'acceptation comme étant le droit » (*opinio juris*). Si l'on peut parfois utiliser les mêmes éléments de preuve pour établir à la fois la pratique et l'*opinio juris* (« indissolublement liés »), il n'en reste pas moins nécessaire de les apprécier séparément pour chacun des deux éléments constitutifs, comme le précise désormais le projet de conclusion 3. Ainsi qu'il a été dit, il convient de distinguer l'*opinio juris* des autres motifs d'action extrajuridiques, comme la courtoisie, l'opportunité politique ou la convenance, la pratique reposant exclusivement sur de telles considérations ne pouvant engendrer des règles de droit

international coutumier. En conséquence, l'analyse du contexte de la pratique doit tenir compte de tous les aspects utiles.

Israël

[Original : anglais]

Exigences cumulatives concernant la pratique et l'opinio juris

Texte actuel : S'agissant de définir l'*opinio juris* à examiner aux fins de détermination d'une règle coutumière, le paragraphe 7 du commentaire relatif au projet de conclusion 3 énonce que l'*opinio juris* doit être recherchée non seulement chez ceux qui prennent part à la pratique mais aussi chez ceux qui sont « en mesure d'y réagir ».

Commentaires :

- Les opinions générales émanant d'États qui n'ont *pas de pratique* au regard de la règle en question ne présentent aucun intérêt pour la détermination du droit international coutumier. Lorsqu'elle est exprimée sur le seul plan théorique, l'*opinio juris* ne permet pas d'établir les règles coutumières. En effet, la coutume n'émerge qu'à l'issue d'une pratique suffisamment longue, assortie, à chaque fois, de l'*opinio juris* de l'État concerné.

Modification proposée :

- Nous proposons de supprimer le passage du paragraphe 7 du commentaire relatif au projet de conclusion 3 consacré à cette question et de préciser que l'*opinio juris* relative à telle ou telle règle n'est à prendre en considération que si elle correspond à la pratique effective de l'État concerné.

Les déclarations et actes nationaux en tant que preuves de la pratique des États et de l'opinio juris : représentants autorisés de l'État

Texte actuel : En ce qui concerne le poids à attribuer aux déclarations des représentants de l'État, les projets de conclusion et les commentaires y afférents ne fixent pas de critères clairs pour vérifier si ces personnes s'expriment à titre officiel ou si leurs déclarations ont été autorisées. Par ailleurs, le paragraphe 5 du commentaire relatif au projet de conclusion 3 précise que « [l]es déclarations impromptues ou impulsives **compteront** généralement **moins** que celles qui sont mûrement réfléchies » [les caractères gras sont de nous].

Commentaires :

- À notre avis, en ce qui concerne le poids à attribuer aux déclarations des représentants de l'État, le texte actuel ne rend pas pleinement compte de la question de l'habilitation de ces derniers ;
- Le libellé actuel du paragraphe 5 du commentaire relatif au projet de conclusion 3 n'écarte pas totalement la possibilité que les déclarations impromptues, non autorisées ou impulsives soient retenues au titre de la pratique ou de l'*opinio juris*, et propose simplement qu'elles comptent moins. Nous pensons que ces déclarations impromptues ou spontanées de représentants officiels ne doivent pas servir à établir la pratique d'un État ou l'*opinio juris* aux fins de détermination du droit international coutumier et, de ce fait, ne devraient se voir accorder aucun poids. Elles ne sauraient, par définition, être considérées comme reflétant l'opinion mûrement

réfléchi de l'État, qui est nécessaire à la détermination du droit international coutumier, et devraient donc être exclues de l'analyse.

Modifications proposées :

- Nous estimons que la Commission devrait préciser 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. Le poids à leur attribuer devrait tenir compte du contexte et des circonstances dans lesquels elles ont été faites ;
- En outre, nous souhaiterions voir le commentaire modifié afin qu'il soit précisé que les déclarations impromptues, spontanées ou impulsives émanant de représentants de l'État ne suffisent pas pour déterminer le droit international coutumier et ne devraient donc se voir accorder aucun poids.

Application de l'« approche des deux éléments »

Texte actuel : Les différents paragraphes du commentaire relatif au projet de conclusion 3 précisent respectivement qu'il y a lieu d'aborder la recherche des deux éléments « avec la souplesse nécessaire » (par. 2), de prendre en considération les « principes du droit international » (par. 3), de faire en sorte que le type d'éléments de preuve consultés soit « adapté » à la situation (par. 3) et de tenir compte de la « nature de la règle » pour apprécier les différents types d'éléments de preuve (par. 4).

Commentaires et modifications proposées :

- En ce qui concerne les paragraphes 2, 3 et 4 du commentaire relatif au projet de conclusion 3 susmentionnés, nous estimons que le libellé n'est pas assez précis et, en particulier, pourrait être lu à tort comme atténuant l'exhaustivité et la rigueur nécessaires pour établir l'existence d'une règle coutumière selon la démarche des deux éléments qui s'applique de la même manière à tous les domaines du droit international. Nous proposons donc de supprimer les mots « souplesse nécessaire » du paragraphe 2 et de modifier le paragraphe 3 de façon que le type d'éléments de preuve consulté soit « examiné » et non pas « adapté » en fonction des circonstances. En outre, nous souhaitons préciser que les « principes du droit international », dont il est question au paragraphe 3, peuvent être utiles pour déterminer *le contenu ou la portée* de la règle examinée (comme dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, citée à la note 265 du commentaire), mais non pour établir son *existence* réelle (c'est-à-dire les éléments de preuve de la pratique et de l'*opinio juris*). C'est pourquoi nous recommandons de supprimer du paragraphe 3 la phrase faisant référence à ces principes ;
- Enfin, en ce qui concerne le paragraphe 4, nous convenons que la nature d'une règle est utile pour l'examen des différents types d'éléments de preuve. Toutefois, cette notion n'a d'intérêt que pour les règles prohibitives, lorsqu'elles supposent la preuve de l'inaction plutôt que de l'action. Nous proposons de modifier le paragraphe en conséquence, afin de limiter sa portée aux règles qui sont par nature prohibitives.

[Voir également ci-dessus le commentaire relatif au projet de conclusion 2 et, ci-dessous, le commentaire relatif au projet de conclusion 14.]

Pays-Bas

[Original : anglais]

On peut lire au paragraphe 4 du commentaire relatif au projet de conclusion 3 que, « lorsqu'il s'agit de règles prohibitives (comme l'interdiction de la torture), il peut parfois être difficile de trouver une pratique étatique positive (par opposition à l'inaction) ; dans les affaires portant sur de telles règles, il s'agit la plupart du temps d'évaluer si la pratique (à savoir l'inaction délibérée) est acceptée comme étant le droit ». Dans la mesure où cette affirmation vise les règles prohibitives qui existent déjà, nous sommes d'avis que le terme « pratique étatique effective » est préférable à « pratique étatique positive ». Nous observons que cette pratique étatique effective pourrait prendre la forme de la condamnation, par un État, du comportement d'un autre État dont on considérerait qu'il viole une règle existante du droit international coutumier.

[Voir également les observations formulées ci-dessus au titre des commentaires généraux.]

B. Troisième partie : Pratique générale**1. Projet de conclusion 4 : Exigence d'une pratique****Autriche**

[Original : anglais]

L'Autriche souhaite attirer l'attention en particulier sur le rôle des organisations internationales dans la formation du droit international coutumier.

Elle estime que, dans sa version actuelle, le projet de conclusions 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. Le projet ne fait référence que de manière très restreinte à la pratique des organisations internationales, notamment au paragraphe 2 du projet de conclusion 4, ainsi libellé « Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier ».

Les activités des organisations internationales sont indispensables à la bonne marche des relations internationales, voire aux relations entre les États, qui souvent en sont tributaires. Les organisations internationales agissent même dans des domaines auparavant réservés aux États, de sorte que, dans certains cas, des actes relevant de la pratique constitutive de droit international coutumier qui étaient auparavant accomplis par les États le sont aujourd'hui par des organisations internationales. Cette évolution concerne au premier chef, mais non exclusivement, les organisations internationales auxquelles les États ont conféré des droits souverains, comme dans le cas particulier des organisations supranationales.

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, dans le cadre desquelles les organisations internationales se trouvent à appliquer le droit international humanitaire et sont en mesure de contribuer à la formation de nouvelles règles de droit international coutumier dans ce domaine, pourvu que leurs actes s'accompagnent de l'*opinio juris*. Il en va de même, notamment, de l'administration de territoires par des organisations internationales et des fonctions exercées par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) dans le cadre de son mandat international. Rien ne permet de penser que les règles découlant d'une pratique à laquelle des organisations internationales ou le CICR ont contribué ne puissent devenir des règles de droit international coutumier applicables aussi bien aux États qu'à ces organisations.

Or le texte des projets de conclusion ne rend pas justice au rôle joué par les organisations internationales. Il conviendrait ainsi de préciser l'expression « [d]ans certains cas », qui ouvre le paragraphe 2 du projet de conclusion 4, car elle ne donne dans son libellé actuel aucune indication permettant de déterminer les situations dans lesquelles la pratique des organisations internationales est susceptible de contribuer à la formation du droit international coutumier.

Bélarus

[Original : russe]

La pratique des États, dans l'optique de la formation de la coutume internationale (paragraphe 1 du projet de conclusion 4), doit s'entendre comme visant l'action et l'inaction des États, notamment dans le contexte des organisations internationales.

Au paragraphe 6 du commentaire relatif au projet de conclusion 4, il faudrait dire clairement si les actes des organisations internationales qui sont visés sont fonctionnellement équivalents à ceux des États. Les actes des organisations internationales ne devraient être pris en considération aux fins de détermination de règles de droit international coutumier 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 relèvent de leurs secrétariats, organes conventionnels ou autres organes du même type.

Il serait souhaitable d'ajouter au projet de conclusions une définition précise du terme « organisation internationale », afin d'éviter les renvois à d'autres sources.

Il serait utile d'analyser la mesure dans laquelle la pratique des États agissant dans le cadre des organisations internationales influe sur la formation du droit international coutumier (tout en gardant à l'esprit les opinions exprimées dans la doctrine au sujet du caractère « artificiel » d'une telle pratique). Ainsi, un examen plus poussé devrait être mené sur la nature et les effets juridiques spécifiques de l'« acceptation tacite », par un État, de la pratique qui se forme dans le cadre des organisations internationales, notamment lorsque les textes constitutifs de ces organisations font l'objet d'une interprétation dynamique par d'autres États ou par leurs secrétariats.

Danemark (au nom des pays nordiques : Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

[Original : anglais]

En ce qui concerne le rôle des organisations internationales et la valeur de leurs résolutions, nous partageons 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'expression. Tel 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.

Israël

[Original : anglais]

Primauté du rôle des États en tant qu'acteurs du droit international coutumier

Texte actuel : le paragraphe 2 du projet de conclusion 4 est ainsi libellé : « Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier ».

Commentaires :

- En principe, le droit international, y compris le droit international coutumier, est **quasi exclusivement créé par les États**. Par conséquent, on peut dire de manière générale qu'aucune pratique ni *opinio juris* émanant d'autres entités, comme des organisations internationales, ne devrait servir de base à la détermination du droit international coutumier ;
- Si nous estimons que ce principe, ainsi que celui de la primauté du rôle des États sur celui des organisations internationales, sont exposés comme il convient dans le commentaire du projet de conclusion 4, le texte des projets de conclusion en lui-même, notamment celui du projet de conclusion 4, ne reflète pas toujours suffisamment cette distinction essentielle ;
- Étant donné qu'il importe d'éviter de donner l'impression que, de façon générale, la pratique des organisations internationales peut servir de base à la détermination du droit international coutumier, nous estimons que le projet de conclusion 4 devrait lui-même indiquer qu'il vise des situations bien limitées qui se rapportent à une pratique attribuée aux organisations internationales en tant que telles et non aux États membres agissant en leur sein.

Modifications proposées :

- À la lumière de ce qui précède, nous proposons qu'il soit précisé dans le *corps du texte* du projet de conclusion 4 que, si les organisations internationales peuvent dans certaines circonstances être considérées comme des acteurs dont la conduite peut servir à la détermination du droit international coutumier, il n'en est ainsi que pour la pratique attribuée à ces organisations en tant que telles (par opposition à celle des États qui les composent) et dans des situations bien précises, à savoir :
 - **Le fonctionnement interne des organisations internationales** : Les organisations internationales peuvent contribuer à la formation et à l'expression du droit international coutumier dans les domaines

relevant de leur fonctionnement interne (comme leur gouvernance interne) ainsi que, dans certains cas, ceux touchant à leurs relations avec les États (à l'exclusion des questions qui, en dernière analyse, relèvent de la compétence exclusive de ceux-ci, comme les immunités qu'ils octroient en vertu de leur droit interne). Dans ces situations, les organisations internationales peuvent être seules débitrices des obligations découlant du droit international coutumier ainsi formé, à l'exclusion des États ;

- **Le transfert de compétences exclusives aux organisations internationales par leurs États membres** : Comme le précise le commentaire du projet de conclusion 4, la pratique et l'*opinio juris* des organisations internationales peuvent contribuer à la détermination du droit international coutumier dans les domaines où elles exercent une compétence exclusive qui leur a été expressément déléguée par leurs États membres (tel est le cas de l'Union européenne).

Pays-Bas

[Original : anglais]

Nous ne pouvons manquer de constater que le rôle des organisations internationales dans la formation et la détermination du droit international coutumier a suscité la controverse lors de l'élaboration du texte du projet de conclusions sur le sujet à l'examen. Nous sommes d'avis que les organisations internationales sont susceptibles de jouer un rôle à part entière en la matière et le font effectivement. Nous estimons donc que le paragraphe 2 du projet de conclusion 4, qui exprime cette idée, est le bienvenu. La faculté qu'ont les organisations internationales de contribuer à la formation ou à l'expression du droit international coutumier tient à ce qu'elles possèdent une personnalité juridique internationale distincte de celle de leurs États membres.

Le paragraphe 2 du projet de conclusion 4 cantonne à « certains cas » le rôle joué par la pratique des organisations internationales dans la formation et l'expression de règles de droit international coutumier. Le libellé du commentaire semble indiquer que ces cas sont (exclusivement) : *a)* ceux dans lesquels les États membres ont transféré des compétences exclusives à l'organisation internationale concernée ; *b)* ceux où ils n'ont pas transféré de compétences exclusives à l'organisation concernée, mais lui ont conféré des pouvoirs fonctionnellement équivalents à ceux qu'ils exercent.

Si la personnalité juridique distincte est le facteur déterminant pour ce qui est de savoir si l'organisation internationale concernée est susceptible de jouer un rôle dans la formation et la détermination du droit international coutumier, il est difficile de voir pourquoi ce rôle se limiterait aux deux cas mentionnés. Le fondement juridique d'une telle restriction est obscur. Elle porterait à considérer les organisations internationales comme de simples agents des États, et non comme des acteurs internationaux à part entière, ce qui remet en cause l'idée de leur personnalité juridique internationale.

De façon générale, le projet de conclusion 4 et le commentaire s'y rapportant laissent en suspens, dans leur libellé actuel, nombre de questions concernant le rôle des organisations internationales dans la formation et l'expression du droit international coutumier. Nous recommandons que ces questions soient analysées plus avant dans le commentaire. Il serait en particulier utile qu'il y soit traité des moyens de distinguer la pratique des organisations de celle des États qui agissent en leur sein et de reconnaître l'*opinio juris* des organisations internationales.

On lit ce qui suit au paragraphe 8 du commentaire : « En règle générale, plus une pratique d'une organisation internationale est menée directement au nom de ses États membres ou approuvée par eux et plus le nombre de ces États membres est élevé, plus elle peut avoir de poids s'agissant de la formation, ou de l'expression, de règles du droit international coutumier ». Nous proposons de supprimer cette phrase, car elle ne précise pas comme il se doit que ce paragraphe porte sur la pratique des organisations internationales possédant une personnalité juridique internationale distincte de celle de leurs États membres. Cette personnalité juridique distincte fait obstacle à la prise en considération du nombre des États membres lorsque l'on apprécie le poids de la pratique concernée. Nous souscrivons toutefois à l'idée, également exprimée dans le commentaire, selon laquelle la nature de l'organisation, notamment la question de savoir si elle est ou non universelle, constitue un facteur à considérer pour apprécier sa pratique.

Nouvelle-Zélande

[Original : anglais]

Projet de conclusion 4, paragraphes 1 et 2 : la pratique des organisations internationales

La Nouvelle-Zélande nourrit certains doutes au sujet des paragraphes 1 et 2 du projet de conclusion 4 et de leur relation avec le projet de conclusion 12.

Le paragraphe 1 du projet de conclusion 4 énonce que c'est « principalement » la pratique des États qui contribue à la formation ou à l'expression des règles de droit international coutumier. Comme le dit le commentaire qui l'accompagne, l'adverbe « principalement » indique que la pratique des États n'est pas la seule à considérer et oriente le lecteur vers le paragraphe 2, qui précise à son tour que « dans certains cas » la pratique des organisations internationales contribue également à la formation ou à l'expression des règles de droit international coutumier.

La Nouvelle-Zélande ne voit aucune difficulté dans l'hypothèse selon laquelle la pratique des États agissant au sein d'une organisation internationale peut contribuer à la formation du droit international coutumier. Elle est également d'accord avec l'idée, formulée au projet de conclusion 12, que les résolutions ou les décisions adoptées par des organisations internationales peuvent contribuer à établir l'existence ou le contenu d'une règle de droit international coutumier.

Toutefois, elle souhaite exprimer ses réserves concernant l'hypothèse, posée au paragraphe 2 du projet de conclusion 4, selon laquelle la pratique d'une organisation internationale en tant que telle pourrait contribuer à la formation du droit international coutumier. Elle estime en effet que son fondement conceptuel ne ressort clairement ni du texte du projet de conclusion, ni du commentaire y afférent. Dans son rapport, le Rapporteur spécial fait état d'un certain nombre de justifications divergentes tirées de la doctrine universitaire, sans fournir d'indication claire sur celle qui a sa préférence. Tout en reconnaissant la situation particulière de l'Union européenne, la Nouvelle-Zélande reste prudente devant la tentation de tirer des conclusions générales à partir de cet exemple particulier.

En l'absence de fondement conceptuel clair, il est très difficile de déterminer ce que recouvre l'expression « certains cas » pour désigner les circonstances dans lesquelles le paragraphe 2 du projet de conclusion 4 trouverait à s'appliquer. Les cas mentionnés dans le commentaire paraissent se rapporter aussi bien :

a) D'une part, aux circonstances dans lesquelles la pratique de l'organisation internationale est menée au nom de ses États membres, notamment grâce au transfert de compétences exclusives⁷ ;

b) D'autre part, aux circonstances dans lesquelles l'organisation internationale agit de manière indépendante dans l'exercice de ses fonctions opérationnelles⁸.

En outre, les éléments recensés au paragraphe 8 du commentaire sont difficilement conciliables avec ce qui est dit au projet de conclusion 12 à propos des résolutions adoptées par les organisations internationales. La décision du Conseil de sécurité s'exprimant dans une résolution représente-t-elle : la somme de la pratique menée en son sein par les États qui en sont membres, contribuant à la formation d'une règle de droit international coutumier au sens du paragraphe 1 du projet de conclusion 4 ? ou la pratique de l'Organisation des Nations Unies contribuant à la formation d'une règle de droit international coutumier au sens du paragraphe 2 du projet de conclusion 4 ? ou encore la simple preuve de l'existence d'une telle règle au sens du projet de conclusion 12 ?

La Nouvelle-Zélande estime qu'il convient de pousser plus avant l'examen de cet aspect du projet de conclusions. Elle est d'avis que l'on ne devrait conserver le paragraphe 2 du projet de conclusion 4 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. À cet égard, elle tient notamment à rappeler 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 est juridiquement investie ne l'y autorisent ; que les États qui en sont membres ne l'aient acceptée de manière générale au fil du temps ; que la règle de droit international coutumier en cause soit obligatoire pour l'organisation internationale elle-même.

Projet de conclusion 4, paragraphe 3 : la pratique des acteurs non étatiques

La Nouvelle-Zélande adhère à la conclusion formulée au paragraphe 3 du projet de conclusion 4 concernant la pratique des acteurs non étatiques, ainsi qu'à l'analyse qui en est faite aux paragraphes 9 et 10 du commentaire.

[Voir également les observations formulées ci-dessus au titre des commentaires généraux.]

Singapour

[Original : anglais]

Singapour souscrit au principe fondamental qui veut que ce soit « principalement la pratique des États qui contribue à la formation ou à l'expression de règles de droit international coutumier »⁹. En conséquence, elle se rallie également à l'hypothèse selon laquelle le comportement des acteurs non étatiques tels que les organisations non gouvernementales, les sociétés transnationales et les particuliers n'est pas constitutif d'une pratique contribuant à la formation ou à l'expression de règles de droit international coutumier¹⁰.

⁷ Paragraphes 5 et 8 du commentaire.

⁸ Paragraphes 6, 7 et 8 du commentaire.

⁹ Voir projet de conclusion 4, paragraphe 1.

¹⁰ Voir projet de conclusion 4, paragraphe 3.

Elle estime toutefois que l'expression « [d]ans certains cas », au paragraphe 2 du projet de conclusion 4, devrait être remplacée par « [d]ans des cas limités », formulation correspondrait plus étroitement à la définition donnée par la Commission des circonstances dans lesquelles la pratique des organisations internationales peut contribuer à la formation ou à l'expression de règles de droit international coutumier¹¹.

Le commentaire devrait aussi souligner 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 celle des États*. Une telle précision concorderait avec l'énoncé figurant au paragraphe 1 du projet de conclusion 4.

Pour ce qui est du paragraphe 10 du commentaire, Singapour n'est pas en désaccord avec la position générale qui y est exprimée. Toutefois, étant donné la portée générale que l'on entend donner à l'application du projet de conclusions, la Commission devrait envisager de faire référence aux déclarations et aux publications du CICR au paragraphe 9 du commentaire.

États-Unis d'Amérique

[Original : anglais]

Pratique des organisations internationales

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. Plus précisément, au paragraphe 1, le postulat selon lequel « c'est *principalement* la pratique des États qui contribue à la formation ou à l'expression de règles de droit international coutumier » (les italiques sont de nous) donne erronément à penser que d'autres entités que des États contribuent à la formation de ce droit au même titre que ces derniers. Il en va de même du paragraphe 2, qui énonce que « [d]ans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier » et qui porte induit à croire que les organisations internationales peuvent contribuer à la formation du droit international coutumier de la même façon que les États.

Il va de soi que le droit international coutumier résulte d'une pratique générale et constante que les *États* suivent parce qu'ils ont le sentiment d'y être obligés en droit. Cette exigence fondamentale est présente depuis longtemps dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice¹². Elle ressort également de la pratique des États, si l'on en croit leurs déclarations au sujet des éléments nécessaires pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier¹³.

¹¹ Voir les paragraphes 5 à 8 du commentaire relatif au projet de conclusion 4.

¹² Voir, par exemple, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, aux p. 276 et 277 ; *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, aux p. 42 et 43, par. 73 et 74 ; *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. 97 et 98, par. 183 à 186 ; *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, aux p. 122 et 123, par. 55, et p. 43, par. 101.

¹³ Voir, par exemple, John B. Bellinger, III, et William J. Haynes, II, « A US Government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law* », *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n° 866, 2007, p. 444 ; Accord de partenariat transpacifique, Auckland, 4 février 2016, Annexe 9-A : « Les Parties confirment leur compréhension commune selon laquelle le "droit international coutumier", au sens général et tel

En énonçant que la pratique des organisations internationales, indépendamment de celle des États membres qui les composent, peut, dans certains cas, contribuer de manière similaire à la formation du droit international coutumier, le projet de conclusion 4 s'écarte de cette interprétation bien établie de l'exigence concernant la pratique. On ne trouve ni dans la pratique et l'*opinio juris* des États, ni dans quelque autre source autorisée, d'argument militant en faveur de cette idée et le commentaire du projet d'article 4 n'en cite aucun¹⁴. Au contraire, un certain nombre d'États l'ont expressément rejetée dans les déclarations qu'ils ont faites devant la Sixième commission de l'Assemblée générale et d'autres ont exprimé des doutes à son sujet ou semblé admettre le seul rôle de certaines organisations¹⁵.

Par conséquent, le passage du projet de conclusion concernant le rôle direct que la pratique des organisations internationales en tant que telles jouerait dans la formation du droit international coutumier ne saurait s'entendre que comme une proposition de la Commission tendant au développement progressif du droit international. Ainsi que nous l'avons fait observer ci-dessus, nous estimons que de telles propositions n'ont pas leur place dans ce projet, dont l'intérêt principal est de dégager et de clarifier le droit existant à l'intention des non-spécialistes du droit international, notamment les juges et praticiens nationaux. Si ces assertions devaient néanmoins être maintenues, nous estimons qu'il serait crucial d'indiquer clairement qu'il s'agit de propositions en vue du développement progressif du droit international, afin de ne pas donner au lecteur l'impression erronée qu'elles sont censées refléter l'état actuel du droit.

Cela posé, même si on les considère comme des propositions au bénéfice du développement progressif du droit international coutumier, les États-Unis estiment que les énoncés figurant dans le projet de conclusion 4, qui donnent à penser que les organisations internationales jouent un rôle direct dans l'élaboration du droit international coutumier, ne sont pas suffisamment explicites et au point pour offrir

qu'il est mentionné expressément à l'article 9.6 (Norme minimale de traitement), provient d'une pratique générale et uniforme que suivent les États et qui découle d'un sentiment d'obligation juridique. » (reflétant l'opinion partagée par l'Australie, le Brunéi Darussalam, le Canada, le Chili, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour, les États-Unis et le Vietnam) ; Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis d'Amérique et la République dominicaine, Washington, 5 août 2004, Annexe 10-B (Costa Rica, République dominicaine, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, États-Unis) ; Accord de libre-échange entre les États-Unis d'Amérique et le Maroc, Washington, 15 juin 2004, Annexe 10-A ; Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République orientale d'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproque de l'investissement, Mar del Plata, 4 novembre 2005, Annexe A ; Accord de libre-échange entre Oman et les États-Unis d'Amérique, Washington, 19 janvier 2006, Annexe 10-A ; Accord de promotion commerciale États-Unis-Colombie, Washington, 22 novembre 2006, Annexe 10-A ; Accord de promotion commerciale États-Unis-Panama, Washington, 28 juin 2007, Annexe 10-A ; Accord de libre-échange entre les États-Unis d'Amérique et la République de Corée, Washington, 30 juin 2007, Annexe 11-A ; Traité entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République du Rwanda concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, Kigali, 19 février 2008, Annexe A.

¹⁴ En fait, les seules affaires citées dans le commentaire sur cette question montrent que c'est de la pratique des États que découle le droit international coutumier. Voir *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 p. 97, par. 183, et *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, à la p. 143, par. 101.

¹⁵ Voir, par exemple, les déclarations faites en 2016 par Israël (A/C.6/71/SR.22, par. 39), le Mexique (ibid., par. 22) et la Fédération de Russie (A/C.6/71/SR.21, par. 49) ; les déclarations formulées en 2015 et en 2016 par l'Argentine (A/C.6/70/SR.23, par. 70, et A/C.6/71/SR.22, par. 75) ; la déclaration de la Malaisie en 2014 (A/C.6/69/SR.27, par. 44) et celle de la Norvège au nom des pays nordiques en 2014 (A/C.6/69/SR.25, par. 130). Voir aussi la déclaration de l'Union européenne (A/C.6/71/SR.20, par. 45).

une base solide sur laquelle les États puissent se baser en vue d'en apprécier le bien-fondé. À cet égard, cinq points au moins sont préoccupants.

Le premier aspect sous lequel la proposition voulant que la pratique des organisations internationales contribue à la formation et à l'expression du droit international coutumier prête à la critique est lié à la question de savoir quand peut intervenir la contribution des organisations internationales. On lit au paragraphe 2 du projet de conclusion 4 que, « [d]ans certains cas », la pratique des organisations internationales contribue à la formation ou à l'expression de règles de droit international coutumier. Cependant, ni le texte du projet de conclusion ni le commentaire ne précise quels sont ces cas. Au contraire, il est dit dans le commentaire que, lorsque des États ont transféré des compétences exclusives à une organisation internationale, la pratique de cette organisation compte « sans nul doute » ; lorsque des États se sont contentés de conférer des pouvoirs fonctionnellement équivalents à ceux qu'ils exercent, la pratique de l'organisation « peut également » compter « dans certains cas [indéterminés] » ; lorsque les États n'ont fait ni l'un ni l'autre, il est « peu probable » que la pratique de l'organisation soit prise en considération. Or, même lorsque des États octroient à l'organisation internationale dont ils sont membres de larges pouvoirs similaires aux leurs ou des compétences exclusives, ces pouvoirs ou compétences ne sont que rarement, voire jamais accompagnés de l'autorisation expresse de les exercer en vue de générer une pratique constitutive de droit international coutumier. Étant donné que le mandat des organisations internationales est généralement négocié avec soin dans le cadre d'un traité, une nouvelle interprétation du droit international qui élargirait implicitement et rétroactivement le mandat des organisations internationales d'une manière aussi vague aurait de quoi inquiéter. En outre, nous constatons qu'aucune source n'est citée dans le commentaire à l'appui de ce qui est dit de chacune des trois catégories de pratique des organisations internationales qui y sont évoquées.

Le deuxième aspect sous lequel la proposition en cause laisse à désirer tient à ce que ni le texte du projet de conclusion ni le commentaire qui l'accompagne ne traite de la question de savoir comment déterminer l'*opinio juris* d'une organisation internationale. Si la pratique d'une organisation internationale devait contribuer directement à la formation ou à l'expression du droit international coutumier, encore faudrait-il que ladite organisation suive cette pratique parce qu'elle a le sentiment qu'elle en a l'obligation. Voir le projet de conclusion 9. La question qui se pose est donc celle de savoir comment établir si une organisation internationale possède l'*opinio juris* requise. S'agit-il de l'*opinio juris* du secrétaire général de ladite organisation (ou son équivalent), de son secrétariat, de l'ensemble de ses membres ou d'une partie d'entre eux ? Cette question cruciale n'est traitée ni dans le texte du projet de conclusions ni dans le commentaire et, comme nous l'avons fait observer ci-dessus, elle ne figure pas non plus expressément, pour autant que nous le sachions, dans le mandat des organisations internationales.

La troisième critique que l'on peut formuler à l'égard de la proposition est liée à l'absence de définition des types de conduites des organisations internationales susceptibles de constituer une pratique au sens du projet de conclusion 4. Ces organisations sont très différentes des États qui les composent en ce qu'elles sont créées par eux et qu'on n'y retrouve pas les fonctions distinctes qui constituent l'État. Par conséquent, 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.

Le quatrième aspect sous lequel la proposition examinée se révèle déficiente se rapporte aux conséquences, pour l'analyse traditionnelle, de l'hypothèse selon laquelle la pratique de tout ou partie des organisations internationales contribuerait à la création ou à l'expression du droit international coutumier. Il en découlerait notamment que, dans certains cas, la pratique des organisations internationales pourrait contribuer à la coutume d'une manière qui amène à conclure à l'existence

d'une règle de droit international, alors que l'analyse des seules pratique et *opinio juris* des États révélerait que cette règle n'a pas encore valeur coutumière. L'inverse pourrait également être vrai, à savoir que l'on pourrait conclure, au regard de la pratique et de l'*opinio juris* des États, qu'un acte donné est imposé par le droit international coutumier, alors qu'une pratique contraire des organisations internationales s'y opposerait. De l'avis des États-Unis, rien ne vient étayer l'une ou de l'autre de ces implications fondamentales de la proposition énoncée au paragraphe 2 du projet de conclusion 4.

La cinquième critique visant la proposition tient à l'absence d'analyse de l'éventail précis des pratiques à prendre en considération dans le cadre de l'analyse du droit international coutumier. S'agissant de l'existence d'une pratique générale et constante, il doit être tenu compte de la pratique de *tous* les États, l'analyse étant d'autant plus aisée que leur nombre n'excède pas 200. Or le texte proposé par la Commission ne fait aucun cas de l'application de cette analyse aux organisations internationales. En réalité, nous estimons que la démarche adoptée par la Commission crée une confusion fâcheuse en donnant à penser que, chaque fois que l'on entreprend l'analyse de l'existence d'une règle de droit international coutumier, il faudrait examiner 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.

Enfin, les États-Unis estiment que les éléments figurant au paragraphe 8 du commentaire démontrent pourquoi la meilleure solution est de reconnaître que c'est la pratique des États agissant au sein d'organisations internationales qui (avec l'*opinio juris*) contribue à la formation et à l'expression de la coutume, et non celle des organisations internationales en tant que telles. Dans ce paragraphe, il est dit en effet que, pour apprécier la pratique d'une organisation internationale, il devrait être tenu compte du nombre de ses États membres et de leur réaction à sa pratique, ainsi que des points de savoir si la pratique de l'organisation est menée au nom de ses États membres, s'ils l'ont approuvée et si elle est conforme à celle desdits États membres. En d'autres termes, il faudrait, pour voir quelle valeur accorder à la pratique de l'organisation, aller au-delà de celle-ci pour considérer celle de ses États membres. Nous sommes donc convaincus, comme le donne à penser l'analyse exposée au paragraphe 8, que c'est bien la pratique et l'*opinio juris* des États membres eux-mêmes qui sont à considérer et non la pratique de l'organisation internationale.

Dès lors, nous pensons qu'il conviendrait de remanier comme suit le projet de conclusion 4 :

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~~ la pratique des États qui contribue à la formation ou à l'expression de règles de droit international coutumier.

~~2. Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.~~

2. La conduite d'autres acteurs, comme les organisations internationales, ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 ~~et 2~~.

Il faudrait apporter au commentaire les modifications correspondantes.

Nous indiquons également ici les modifications que nous recommandons d'introduire au paragraphe 10 du commentaire du projet de conclusion 4, qui porte sur le rôle du Comité international de la Croix-Rouge (CICR). Si nous sommes d'accord avec le rôle essentiel conféré à celui-ci par les Conventions de Genève de 1949, nous estimons que le libellé de ce paragraphe pourrait mieux s'accorder avec la primauté des États en matière d'élaboration et de détermination du droit international humanitaire coutumier. Nous proposons en particulier d'éviter de dire des déclarations du CICR qu'elles « orientent » la pratique des États qui réagissent à ces déclarations, ce terme n'étant utilisé au sujet d'aucun autre acteur non étatique et paraissant en contradiction avec la dernière phrase du paragraphe. (Le commentaire pourrait peut-être indiquer que le rôle du CICR est d'« encourager » les États à agir de telle ou telle façon). Les réactions des États à ces déclarations devraient être prises en considération d'une manière qui corresponde à ce qui est dit aux paragraphes précédents du commentaire accompagnant ce projet de conclusion.

En outre, nous constatons que certains États se sont inquiétés auprès du CICR de ce que la manière dont il rend compte de la pratique considérée ne reflète pas toujours avec exactitude leur pratique réelle. En général, le CICR n'associe pas les États à l'élaboration des publications dans lesquelles il expose leur pratique, comme son étude sur le droit international humanitaire coutumier et ses commentaires relatifs aux Conventions de Genève. L'observateur extérieur à qui échappent les subtilités de la pratique des États et de leurs usages internes risque de mal interpréter la manière dont le CICR rend compte des déclarations ou de la pratique de tel État ou de considérer à tort que certains documents analysés par le CICR représentent sa position officielle¹⁶. L'emploi dans le commentaire du terme « registre » (de la pratique) pour désigner les publications du CICR pourrait aussi ajouter à la confusion sur ce point en portant à croire que ces publications ne font que recenser la pratique des États, alors qu'en règle générale elles en font la synthèse, en fonction de l'interprétation d'en fait l'organisme. Dès lors, nous recommandons qu'il soit pris acte, dans le commentaire, des inquiétudes exprimées par les États au sujet de l'exactitude de l'exposé et de l'interprétation de la pratique figurant dans les comptes rendus du CICR et que le dernier membre de la première phrase du paragraphe 10 soit reformulé ainsi : « et les publications du CICR peuvent aider à identifier la pratique pertinente (bien que l'examen direct de la pratique des États reste préférable) ». À titre d'exemple, les États-Unis ont signalé, dans leurs observations sur le projet de conclusions de la Commission du droit international sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, que le projet de commentaire donnait par inadvertance une interprétation erronée de la pratique américaine lorsqu'il s'appuyait sur l'analyse qui en avait été faite par le CICR dans son étude sur le droit international humanitaire coutumier.

[Voir également les commentaires ci-dessus relatifs au projet de conclusion 2.]

2. **Projet de conclusion 5 : Comportement de l'État en tant que pratique de l'État**

États-Unis d'Amérique

¹⁶ John B. Bellinger, III, et William J. Haynes, II, « A US Government response to the International Committee of the Red Cross Study *Customary International Humanitarian Law* », *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n° 866, 2007, p. 447 : Enfin, l'étude omet souvent d'établir une distinction entre les publications militaires élaborées de manière informelle et exclusivement à des fins de formation ou à d'autres fins similaires et celles qui constituent des déclarations étatiques officielles, élaborées et approuvées en tant que telles. Il en est ainsi indépendamment du fait que certaines des publications citées contiennent un avertissement indiquant qu'elles ne représentent pas nécessairement la position officielle de l'État concerné.

[Original : anglais]

Les États-Unis émettent des réserves sur ce qui est dit au paragraphe 5 du commentaire relatif au projet de conclusion 5, à savoir que « [l]a pratique doit être publiquement accessible ou au moins connue des autres États pour contribuer à la formation et à la détermination des règles du droit international coutumier ». Ce passage ne précise pas ce que signifie l'exigence selon laquelle la doit être « publiquement accessible » et aucune source n'est citée pour l'étayer. Nous estimons 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. C'est pourquoi nous proposons que cette phrase soit supprimée ou modifiée en conséquence.

3. **Projet de conclusion 6 : Formes de pratique**

Autriche

[Original : anglais]

Les projets de conclusion 6 à 8 portent uniquement sur la pratique étatique. Le projet de conclusion 6 (« Formes de pratique ») semble quant à lui traiter de la pratique en général. Ces projets de conclusion devraient également concerner la pratique des organisations internationales.

[Voir le commentaire ci-dessus relatif au projet de conclusion 4].

Bélarus

[Original : russe]

S'agissant du paragraphe 2 du projet de conclusion 6 et du paragraphe 2 du projet de conclusion 10, il y a lieu de noter que la pratique et l'*opinio juris* des États sont loin d'être toujours constantes et simples à déterminer. Cela tient principalement au fait que la pratique étatique n'est pas toujours publique. Pour déterminer l'existence d'une coutume internationale, il faut donc distinguer le comportement étatique observé qui est connu du grand public des activités qui ne sont pas rendues publiques, telles que les échanges confidentiels dans la correspondance diplomatique et lors des consultations à huis clos entre États. Quant à la pratique des organisations internationales dans l'optique de la formation du droit international coutumier, il serait plus utile de tenir compte des activités de leurs États membres, ces organisations étant des sujets secondaires du droit international.

El Salvador

[Original : espagnol]

Formes de pratique (projet de conclusion 6)

Le projet de conclusion énonce que la pratique coutumière peut revêtir une large variété de formes, mais El Salvador estime qu'on ne saurait en réalité se contenter d'en dresser une liste exhaustive : il faut avant toute chose reconnaître qu'une telle pratique répétée relève de la conviction en droit.

À cet égard, la Chambre constitutionnelle susmentionnée a fait référence au lien entre les déclarations internationales et la coutume lorsqu'elle a dit des premières qu'elles sont le précurseur d'une *opinio juris* par laquelle les États se sentent liés et qui, à moyen ou long terme, aboutit à la formation d'une coutume internationale. **Sans**

être contraignantes, les déclarations internationales jouent ainsi un rôle important dans la formation de sources obligatoires du droit international, que ce soit en annonçant le caractère obligatoire d'une certaine pratique étatique ou en préconisant la conclusion d'un traité fondé sur certaines recommandations » (arrêt d'inconstitutionnalité n° 26-2006 du 12 mars 2007).

Cela dit, au paragraphe 1 du projet de conclusion 6, l'expression « dans certaines circonstances » laisse à désirer. Il importe en effet de ne pas oublier que l'inaction, lorsqu'elle est se fonde sur une conviction juridique, peut toujours devenir une forme de pratique.

Israël

[Original : anglais]

L'inaction comme forme de pratique

Texte actuel : Le paragraphe 1 du projet de conclusion 6 énonce que la pratique « peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction ».

Observations :

- En ce qui concerne le traitement, dans le projet de conclusion, de la question de savoir si l'inaction peut servir d'indicateur d'une pratique étatique, il serait souhaitable que le texte du projet de conclusion précise que tel ne peut être le cas que lorsque l'inaction est **délibérée**. Ce point est dûment rappelé dans le commentaire (voir, par exemple, paragraphe 3 du commentaire relatif au projet de conclusion 6), mais les projets de conclusion eux-mêmes ne rendent pas toujours pleinement compte de cette réalité qui nous paraît suffisamment importante pour être soulignée ;
- En outre, en ce qui concerne l'*opinio juris* présentée dans la quatrième partie, le projet de conclusion s'appliquerait de la même manière à la pratique prenant la forme d'une inaction délibérée, mais nous estimons que la précision du commentaire relatif au projet de conclusion 6, selon laquelle l'inaction doit nécessairement découler du sentiment de l'existence d'une obligation en droit coutumier, est justifiée par la difficulté à considérer l'inaction comme une source possible du droit international coutumier.

Modifications proposées :

- En plus de qualifier l'inaction de « délibérée » dans le projet de conclusion lui-même, il faudrait expliquer de manière plus détaillée dans le commentaire que cette inaction doit découler du sentiment de l'existence d'une obligation en droit coutumier et non de considérations extrajuridiques d'ordre diplomatique, politique, stratégique ou autre qui, bien que conscientes, ne sauraient être considérées comme relevant de la pratique étatique aux fins de détermination du droit international coutumier. Cette position ressort aussi clairement de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, où la distinction est faite entre le comportement de l'État découlant d'un sentiment d'obligation en droit coutumier et tout autre comportement¹⁷.

¹⁷ *Affaires du plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, par. 77.

Les déclarations et actes nationaux en tant que preuves de la pratique étatique et de l'opinio juris : décisions rendues par les juridictions internes supérieures

Texte actuel : D'après le projet de conclusion, les décisions des juridictions internes pourraient être considérées comme une forme de pratique étatique (projet de conclusion 6, paragraphe 2) et de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) (projet de conclusion 10, paragraphe 2).

Observations :

- Nous tenons à souligner que, de façon générale, les décisions des juridictions internes *supérieures* peuvent servir uniquement de preuve secondaire de la pratique étatique ou de l'*opinio juris* (par exemple pour l'exposé factuel du comportement ou de la position en droit de l'État dans telle ou telle affaire) et ne seraient en elles-mêmes constitutives d'une pratique ou d'une *opinio juris* que si le comportement ou le point de vue des organes judiciaires (par exemple le rejet d'une action en justice au titre de l'immunité) était en cause ;
- De plus, en ce qui concerne le recours à la jurisprudence interne, nous estimons, dans le droit fil du commentaire précédent, que seules les décisions rendues par les juridictions *supérieures* et passées en force de chose jugée (insusceptibles de recours) doivent être prises en considération ou réputées représenter la position de l'État en question sur le plan juridique ;
- Dans ce contexte, nous souhaitons faire observer que, d'une façon générale, les juridictions internes supérieures sont vraisemblablement plus aptes à interpréter et à appliquer le droit international que les juridictions inférieures, ce qui est important pour déterminer le droit international coutumier.

Modifications proposées :

- Nous pensons que le projet de conclusion devrait préciser sans équivoque que seules les décisions rendues par les juridictions supérieures et passées en force de chose jugée (insusceptibles de recours) devraient être prises en considération ou réputées représenter la position de l'État en question sur le plan juridique ;
- En outre, comme nous l'avons dit précédemment, nous proposons que le projet de conclusion indique clairement que les décisions rendues par les juridictions supérieures ne sont en elles-mêmes constitutives d'une pratique ou d'une *opinio juris*, plutôt qu'une simple preuve de celles-ci, que si le comportement ou la position des organes judiciaires est en cause.

Actes verbaux

Texte actuel : Le projet de conclusion 6 énonce que la pratique « comprend des actes matériels et verbaux » et le paragraphe 2 du commentaire précise qu'un comportement verbal peut constituer une pratique.

Commentaires et modifications proposées :

- De notre point de vue, le projet de conclusion 6 ne rend pas pleinement compte du fait que le droit international coutumier régit systématiquement les actes matériels, mais ne s'intéresse que rarement au comportement verbal. Si les actes verbaux peuvent servir à établir la pratique, ils ne peuvent être considérés comme constitutifs de celle-ci que dans les rares cas où ils en représentent l'observation ou la violation (par exemple, la

menace de l'emploi de la force, en violation du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies) ;

- En conséquence, nous proposons que la deuxième phrase du projet de conclusion 6 soit reformulée comme suit : « Elle comprend des actes matériels et, *parfois*, verbaux ». De même, nous proposons que le paragraphe 2 du commentaire relatif au projet de conclusion 6 soit modifié ainsi : « Vu que les États exercent leurs compétences de diverses manières et ne se limitent pas à certains types d'actes, le paragraphe 1 dispose que la pratique peut revêtir une variété de formes. *Le mot « parfois » invite à faire preuve de prudence lorsqu'on considère le comportement verbal comme une pratique.* Si, d'après la position majoritaire, ce qui compte en tant que pratique aux fins de déterminer le droit international coutumier est ce que les États « font » et non ce qu'ils « disent », il est désormais généralement admis qu'un comportement verbal (qu'il soit écrit ou oral) peut constituer une pratique *lorsqu'il est lui-même régi par la règle coutumière en question* ».

Pays-Bas

[Original : anglais]

Le paragraphe 1 de ce projet de conclusion énonce que la pratique peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction. Le commentaire y afférent précise bien que l'expression « dans certaines circonstances » vise à rappeler que seule l'inaction délibérée peut jouer ce rôle. Nous attachons beaucoup d'importance à cette précision essentielle. Aussi proposons-nous que le caractère délibéré de l'inaction soit mentionné dans le texte du projet de conclusion et non seulement dans le commentaire.

Nouvelle-Zélande

[Original : anglais]

Projet de conclusion 6, paragraphe 1 : l'inaction en tant que forme de « pratique »

La Nouvelle-Zélande partage les réserves exprimées par plusieurs États quant à la mesure dans laquelle « l'inaction » peut être constitutive d'une pratique aux fins de formation ou de détermination des règles du droit international coutumier.

La Nouvelle-Zélande prend note des observations faites au paragraphe 3 du commentaire relatif au projet de conclusion 6, selon lesquelles l'expression « dans certaines circonstances », figurant au paragraphe 1 du projet de conclusion 6, confirme que « seule l'inaction *délibérée* peut jouer ce rôle : l'État en question doit s'abstenir consciemment d'agir dans une situation donnée » (les italiques sont de nous).

La Nouvelle-Zélande estime qu'il s'agit là d'une précision importante qu'il serait plus utile d'insérer dans le texte du projet de conclusion lui-même, conformément à la position adoptée relativement à l'absence de réaction, examinée dans le contexte de l'*opinio juris* au paragraphe 3 du projet de conclusion 10.

Paragraphe 2 du projet de conclusion 6 : les décisions des juridictions internes en tant que « forme de pratique »

La Nouvelle-Zélande prend note des observations faites au paragraphe 6 du commentaire relatif au projet de conclusion 6, selon lesquelles les décisions des juridictions supérieures auront « vraisemblablement » plus de poids et que les

décisions ayant été infirmées ne seront « probablement » pas prises en considération pour l'évaluation de la pratique étatique.

La Nouvelle-Zélande convient que, pour déterminer si une décision peut être considérée comme constitutive d'une pratique étatique, il faut tenir dûment compte de la place occupée dans l'ordre judiciaire interne par le tribunal dont elle émane. De manière générale, elle est d'avis que seules les décisions des juridictions supérieures peuvent être considérées comme constitutives d'une pratique étatique aux fins de formation ou de détermination des règles du droit international coutumier. Elle met en garde contre toute volonté de prendre en considération les décisions rendues par des juridictions inférieures ou les décisions isolées qui n'auraient pas été confirmées par une juridiction supérieure. Dans ce contexte, elle estime 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.

République de Corée

[Original : anglais]

Le Gouvernement de la République de Corée souhaite commenter le lien entre le paragraphe 2 du projet de conclusion 6 et le paragraphe 2 du projet de conclusion 10. 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, puisque, dans la plupart des cas, cette acceptation doit être déterminée par le comportement de l'État ou au moyen de documents à cet effet. C'est pourquoi, pour éviter toute confusion, il faudra peut-être veiller à la cohérence pour ce qui est de l'utilisation et de l'ordre d'apparition des termes dans les deux conclusions. Il faudra peut-être également expliquer les différences éventuelles.

Par exemple, le paragraphe 2 du projet de conclusion 10 ne mentionne pas les « actes législatifs et administratifs » qui pourraient servir à établir l'acceptation comme étant le droit. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 6 omet quant à lui les « déclarations publiques faites au nom d'un État » qui pourraient être considérées comme une forme de pratique étatique. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 10 passe sous silence les actes diplomatiques, alors que le paragraphe 2 du projet de conclusion 6 mentionne les « actes et la correspondance diplomatiques ».

Singapour

[Original : anglais]

Le paragraphe 1 du projet de conclusion 6 énonce que la pratique « peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction ». Le paragraphe 3 du commentaire y afférent explique que « l'expression "dans certaines circonstances" vise toutefois à rappeler que seule l'inaction délibérée peut jouer ce rôle : l'État en question doit s'abstenir consciemment d'agir dans une situation donnée ».

Pour plus de clarté, Singapour propose que la notion d'inaction délibérée soit insérée dans le texte du paragraphe 1 du projet de conclusion 6 lui-même. Plus précisément, la Commission devrait peut-être envisager de remplacer le terme « inaction » par la formule « abstention délibérée d'agir ».

Singapour souhaite ajouter que, pour établir qu'une inaction est « délibérée », il faut en réalité se livrer à une analyse factuelle tenant compte de toutes les circonstances propres à l'espèce. À cet égard, elle prend note de l'observation du

Rapporteur spécial selon laquelle « [p]lus encore que les autres formes de pratique, l'inaction peut parfois être difficile à repérer et à qualifier »¹⁸.

Afin d'éviter toute ambiguïté, nous précisons que l'inaction ou l'abstention délibérée d'agir invoquée pour la détermination d'une règle du droit international coutumier doit être assortie de l'*opinio juris*, conformément à la disposition générale énoncée dans le projet de conclusion 9, selon laquelle, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, la pratique générale doit être acceptée comme étant le droit. Cela pourrait prendre la forme de l'acceptation par l'État que son inaction lui est imposée par le droit international. Dans d'autres cas, il pourrait s'agir pour tel État de considérer qu'il ne doit pas agir ou réagir au motif que la pratique de tel autre est conforme au droit international.

États-Unis d'Amérique

[Original : anglais]

L'inaction

Les États-Unis partagent les préoccupations que de nombreux États ont exprimées en 2016 devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale sur les circonstances dans lesquelles l'inaction d'un État devrait être considérée comme une forme de pratique ou d'*opinio juris* aux fins de détermination du droit international coutumier. Nous convenons que la prudence est de rigueur, compte tenu des nombreux facteurs et motivations qui peuvent conduire un État à ne pas agir, en particulier sur la scène internationale.

En ce qui concerne l'inaction en tant que pratique étatique, nous sommes d'accord avec le paragraphe 3 du commentaire relatif au projet de conclusion 6, selon lequel « seule l'inaction délibérée peut constituer une pratique ». Dès lors, pour que l'inaction puisse être retenue au titre de la pratique étatique, il faut établir que l'État était pleinement informé des faits et s'est délibérément abstenu d'agir. Cela posé, les États-Unis estiment qu'il faudrait apporter trois modifications à ce paragraphe du commentaire afin de souligner le nombre limité des cas où l'inaction peut être constitutive d'une pratique étatique. Premièrement, pour rendre pleinement compte de cette difficulté, les États-Unis sont d'avis qu'il faudrait ajouter une troisième phrase au paragraphe 3, libellée comme suit : « Il est admis que cette inaction délibérée peut être difficile à établir et ne saurait se présumer ». Deuxièmement, il convient d'ajouter le mot « peut » à la phrase suivante pour dire clairement que les exemples d'omissions ne pourront constituer une pratique étatique que si le caractère délibéré de l'inaction est établi. Troisièmement, le dernier exemple (« s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force ») devrait être supprimé. En effet, les raisons étrangères au droit international coutumier (y compris celles liées aux traités et aux politiques) pour lesquelles un État peut s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force sont si nombreuses qu'il est peu probable que l'on parvienne à établir qu'il a agi ainsi parce qu'il était convaincu que le droit international coutumier le lui imposait.

Le paragraphe 3 devrait donc être modifié comme suit :

3) Le paragraphe 1 dispose en outre clairement que l'inaction peut constituer une pratique. L'expression « dans certaines circonstances » vise toutefois à rappeler que seule l'inaction délibérée peut jouer ce rôle : l'État en question doit s'abstenir consciemment d'agir dans une situation donnée. Il est admis que cette inaction délibérée peut être difficile à établir et ne saurait se présumer. Des

¹⁸ Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier (A/CN.4/682), par. 20.

exemples de telles omissions (parfois dénommées « pratique négative ») peuvent consister notamment à s'abstenir d'engager des poursuites pénales ou à ne pas protéger certaines personnes naturalisées ; -s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force. [note omise]

[Voir également le commentaire ci-après relatif au projet de conclusion 10.]

Autres questions

Les États-Unis conviennent que la pratique étatique revêt une large variété de formes, comme le dit le projet de conclusion 6. Nous sommes toutefois préoccupés par l'idée que la structure de ce projet de conclusion puisse induire le lecteur en erreur, pour deux raisons.

Premièrement, nous pensons que le premier paragraphe du projet de conclusion devrait être modifié par insertion, dans sa deuxième phrase, du verbe « peut », non seulement par souci de cohérence avec les première et troisième phrases (où se trouve ce verbe), mais également pour souligner 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.

Deuxièmement, les États-Unis estiment qu'il convient de changer l'ordre des exemples de formes de pratique étatique figurant au paragraphe 2 du projet de conclusion. D'après le paragraphe 5 du commentaire, l'ordre dans lequel sont énumérés les éléments au paragraphe 2 n'entraîne pas de conséquence, mais nous pensons qu'il est préférable de commencer par une pratique plus concrète, pareille forme ayant souvent la plus grande valeur probante. Cette modification pourra également aider le lecteur à faire la distinction entre la pratique et l'*opinio juris*, les déclarations étant davantage susceptibles d'exprimer cette dernière¹⁹.

Les États-Unis proposent donc que le projet de conclusion 6 soit modifié comme suit :

Conclusion 6

Formes de pratique

1. La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle peut comprendre des actes matériels et verbaux. Elle peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction.
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~~ la conduite exécutive, y compris la conduite opérationnelle « sur le terrain » ; les actes législatifs et administratifs ; les décisions des juridictions internes ; 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.
3. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.

Dans le même ordre d'idées, nous proposons que le projet de commentaire afférent au paragraphe 3 soit précisé, de sorte qu'il donne aux praticiens des

¹⁹ Voir paragraphe 3 du commentaire relatif au projet de conclusion 10.

indications plus claires sur l'appréciation des différentes formes de pratique. En réponse à l'étude du Comité international de la Croix-Rouge sur le droit international humanitaire coutumier, les États-Unis ont observé que les manuels militaires peuvent fournir d'importantes indications sur le comportement d'un État et l'*opinio juris*, mais ne sauraient remplacer une évaluation sérieuse de la pratique étatique opérationnelle lors d'opérations militaires réelles²⁰. Nous proposons donc que le comportement opérationnel, qui est souvent la forme la plus probante de la pratique étatique, soit examiné dans le commentaire.

4. **Projet de conclusion 7 : Appréciation de la pratique d'un État**

Autriche

[Voir le commentaire ci-dessus relatif au projet de conclusion 6.]

Israël

[Original : anglais]

Pratique inconstante d'un État

Libellé actuel : Le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 énonce que « [l]orsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit ». Il est précisé au paragraphe 4 du commentaire que, dans de telles circonstances, « la contribution de cet État à la "pratique générale" peut être réduite, voire vidée de toute valeur ».

Commentaires et amendements proposés :

- Nous nous inquiétons de ce que le libellé précité puisse induire en erreur, dans le sens où l'inconstance de la pratique d'un État, loin de réduire le poids ou de vider de sa valeur la contribution de celle-ci à l'appréciation de l'existence d'une règle coutumière, peut démontrer en fait que l'État ne s'estime pas obligé d'agir de telle ou telle manière. Pour couper court à toute interprétation inopportune, nous estimons qu'il faudrait supprimer le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 et le paragraphe 4 du commentaire ou, à titre subsidiaire, reformuler le paragraphe 2 du projet de conclusion 7, de sorte qu'il soit ainsi libellé : « [l]orsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique *dépend des circonstances* ». Dans ce cas, nous proposons que le paragraphe 4 du commentaire soit également reformulé comme suit : «...la contribution de cet État à la "pratique générale" *peut indiquer que ce dernier estime qu'il n'existe aucune règle coutumière en la matière* ».

États-Unis d'Amérique

[Original : anglais]

Les États-Unis sont préoccupés par le fait que le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 pourrait 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. Il se peut que l'État dont la pratique varie soit moins enclin à soutenir la règle en cause que celui dont la pratique est constante. Toutefois, affirmer qu'une telle pratique vaut moins que la pratique constante d'un autre État va

²⁰ John B. Bellinger, III, et William J. Haynes, II, « A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law* », International Review of the Red Cross, vol. 89, n° 866 (2007), p. 445.

à l'encontre du principe d'égalité souveraine. La pratique du premier peut tout simplement tendre à établir l'existence d'une autre règle ou encore l'absence de règle. C'est pourquoi nous proposons de modifier le paragraphe 2 comme suit :

2. Lorsque la pratique d'un État relative à une règle présumée varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit, elle contribue à attester l'existence de cette règle dans une moindre mesure que la pratique d'un État qui serait constante.

5. **Projet de conclusion 8 : La pratique doit être générale**

Autriche

[Voir le commentaire ci-dessus relatif au projet de conclusion 6.]

Bélarus

[Original : russe]

La pratique étatique revêt une grande importance lorsqu'il s'agit d'apprécier les moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs (projet de conclusion 3), même si, dans certains domaines du droit international, en particulier le droit international humanitaire et le droit international de l'espace extra-atmosphérique, une pratique constante et de longue date peut avoir moins de poids (projet de conclusion 8). Il n'en reste pas moins prématuré d'abandonner complètement le critère de la durée, ce que pourrait laisser entendre le projet de conclusion 8.

Chine

[Original : chinois]

Deuxièmement, il est indiqué dans le projet de conclusion 8 que la pratique étatique, pour être considérée comme générale, doit répondre au critère de représentativité. Le commentaire précise qu'il importe de prendre en considération « la mesure dans laquelle les États qui sont particulièrement impliqués dans l'activité considérée ou les plus susceptibles d'être concernés par la règle supposée ont participé à la pratique ». La Chine estime que cela est conforme à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, où cette dernière a souligné que les États particulièrement intéressés ont un rôle important à jouer dans la détermination du droit international coutumier. La pratique de tout pays, grand ou petit, riche ou pauvre, fort ou faible, doit être pleinement prise en considération, à condition que le pays en question ait un intérêt concret et une véritable influence pour ce qui est de la formation de règles dans tel ou tel domaine. En tant qu'« États particulièrement intéressés », ces pays peuvent contribuer à la formation des règles du droit international coutumier. La Chine recommande d'étoffer les commentaires relatifs aux projets de conclusion 8 et 9 de manière à y souligner que la pratique et l'*opinio juris* des États particulièrement intéressés doivent être davantage prises en considération.

Israël

[Original : anglais]

*États particulièrement intéressés et pratique générale**Libellé actuel :*

- Aux termes du paragraphe 1 du projet de conclusion 8, est qualifiée de « générale » la pratique qui est « suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante ». Le paragraphe 3 du commentaire précise qu'une participation universelle n'est pas exigée ;
- Le projet de conclusion 8 énonce que la pratique considérée doit être générale, mais ne fait aucunement référence au concept bien établi d'« États particulièrement intéressés ». Ceux-ci sont bien mentionnés dans le commentaire, mais rien ne dit que leurs pratique et *opinio juris* **sont essentielles** à l'évolution de la coutume et on n'y souligne pas suffisamment qu'il importe d'accorder à ces États un plus grand poids lors de l'examen de la pratique et de l'*opinio juris* ;
- Enfin, on peut lire ce qui suit au paragraphe 3 du commentaire sur le projet de conclusion 8 : « Les États participants devraient inclure ceux ayant eu l'occasion ou la possibilité d'appliquer la règle supposée ».

Observations :

- S'agissant de la nécessité d'élargir le caractère « général » de la pratique, nous sommes d'avis que le projet actuel ne rend pas assez compte du seuil élevé que doit atteindre la pratique étatique pour que la règle puisse être qualifiée de coutumière. Même si, comme il est précisé dans le commentaire, le nombre et la répartition nécessaires des États ne peuvent être déterminés dans l'abstrait, il nous semble clair que le nombre des États prenant part à la pratique, assortie de l'*opinio juris*, doit être considérablement plus élevé que celui des États qui ne la suivent pas, et que le commentaire devrait être rapproché de la lettre et de l'esprit des arrêts prononcés dans les affaires relatives au *Plateau continental de la mer du Nord*, où il a été dit que la pratique devait non seulement être répandue et représentative, mais aussi « pratiquement uniforme » ;
- S'agissant de la notion d'États particulièrement intéressés, il est bien établi que ceux-ci ont un rôle crucial à jouer pour ce qui est de la formation et, partant, de la détermination des règles coutumières. Le 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 (par exemple, parce que la pratique d'aucun État particulièrement intéressé ne peut être déterminée) 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* ;
- En outre, non seulement la pratique et l'*opinio juris* des États particulièrement intéressés sont deux éléments indispensables pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier, mais elles doivent en outre se voir accorder beaucoup plus de poids que la pratique des autres États ;
- Au paragraphe 3 du commentaire, il est fait référence aux États qui ont l'occasion ou la possibilité d'appliquer la règle examinée. Nous nous

inquiétons de ce que, bien qu'il n'ait pas été rédigé en ce sens, le commentaire puisse laisser entendre que même les États qui ne suivent aucune pratique relative à la règle examinée soient malgré tout pris en considération pour la détermination du caractère coutumier de celle-ci, pour peu qu'ils aient l'occasion ou la possibilité de l'appliquer. Comme il est mentionné à la section 3 plus haut, l'inaction peut être considérée comme une forme de pratique dans certaines circonstances uniquement, alors que le paragraphe 3 du commentaire, tel qu'il est formulé, pourrait sous-entendre à tort qu'elle entre automatiquement en ligne de compte, même si elle ne découle pas de la volonté de l'État ou de son sentiment de l'existence d'une obligation coutumière.

Amendements proposés :

- Nous proposons de reformuler le paragraphe 1 du projet de conclusion 8 afin de souligner davantage le seuil élevé que la pratique doit atteindre pour qu'on puisse en dégager une règle : « La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment *répandue* et représentative, ainsi que constante et *pratiquement uniforme*. *Les États particulièrement intéressés doivent compter parmi les États dont la pratique est prise en considération* » ;
- Nous pensons également que les projets de conclusion 8 et 9 devraient être modifiés pour qu'il y soit adéquatement tenu compte de la notion, bien établie et très importante, d'États particulièrement intéressés, et qu'il y soit précisé que : a) la pratique n'est suffisamment générale que lorsqu'elle correspond à la fois à la pratique et à l'*opinio juris* des États particulièrement intéressés (sans quoi il n'existe pas de règle coutumière) ; b) aux fins de détermination d'une règle coutumière, il convient d'accorder un plus grand poids à la pratique et à l'*opinio juris* des États particulièrement intéressés. Nous proposons de modifier en conséquence le commentaire du projet de conclusion 8, y compris le paragraphe 2, de façon à souligner et préciser davantage l'importance que la pratique et l'*opinio juris* des États particulièrement intéressés revêtent pour la détermination du droit international coutumier ;
- Conformément aux observations formulées ci-dessus à son sujet, nous proposons de modifier comme suit le paragraphe 3 du commentaire du projet de conclusion 8 : « le nombre et la répartition nécessaires des États participant à la pratique pertinente (comme le nombre de cas de pratique) ne peuvent être déterminés dans l'abstrait. *Il est toutefois clair que le nombre d'États participant à la pratique doit être nettement plus élevé que celui des États qui ne la suivent pas.* » ;
- Dans ce contexte, nous estimons également que le paragraphe 4 du commentaire relatif au projet de conclusion 8, où il est souligné que, « dans de nombreux cas, la totalité ou la quasi-totalité des États seront également concernés » devrait être modifié afin d'éviter toute surinterprétation. Nous proposons de le reformuler comme suit : « dans *certains* cas, la totalité ou la quasi-totalité des États seront également touchés. *Le cas échéant, cependant, la pratique des États qui sont le plus touchés doit se voir accorder un poids plus important.* » ;
- Enfin, en ce qui concerne les États participants visé au paragraphe 3 du commentaire, nous proposons de supprimer la phrase ou de préciser que l'inaction des États ayant l'occasion ou la possibilité d'appliquer une règle

supposée n'est à prendre en considération que si elle est délibérée et assortie de l'*opinio juris*.

[Voir également le commentaire ci-après relatif au projet de conclusion 15.]

Pays-Bas

[Original : anglais]

Nous constatons que le commentaire relatif au projet de conclusion 8 fait référence aux États particulièrement intéressés, mais qu'il n'y figure aucune définition claire du rôle joué par ces États. Nous estimons qu'il faut préciser davantage l'importance que revêtent ces derniers pour ce qui est de la formation et de la détermination du droit international coutumier. Comme la Cour internationale de Justice l'a dit dans l'arrêt qu'elle a rendu dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, « il demeure indispensable que, dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États, *y compris ceux qui sont particulièrement intéressés*, ait été fréquente et pratiquement uniforme » (les italiques sont de nous).

Nous proposons d'inclure une référence aux États particulièrement intéressés dans les projets de conclusion 8 et 9, et non pas uniquement dans le commentaire. Plus précisément, nous recommandons d'indiquer clairement dans les projets de conclusions 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. En outre, nous proposons qu'il soit expressément indiqué que la pratique et l'*opinio juris* de ces États doivent se voir accorder un plus grand poids que celles des autres États.

Singapour

[Original : anglais]

Au paragraphe 9 du commentaire, la Commission dit clairement qu'il n'existe pas de « coutume instantanée », et qu'il doit s'écouler un certain temps pour qu'une pratique générale se dégage.

Singapour souscrit à cet avis, qu'elle tient pour *lex lata*. Si elle souhaite que le commentaire soit encore plus utile aux États, aux juridictions internationales et aux professionnels, la Commission devrait sans doute y inclure une référence aux origines de la notion de « coutume instantanée » ou en donner une explication²¹. Cela serait d'autant plus à propos que le Rapporteur spécial ne s'est pas étendu sur cette notion dans ses quatre rapports.

États-Unis d'Amérique

[Original : anglais]

Les États-Unis restent convaincus qu'il faut préciser, dans le projet de conclusion 8, 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. Selon nous, le mot « suffisamment », au premier paragraphe du projet de conclusion, laisse à désirer à cet égard. En effet, il ne permet pas de savoir jusqu'à quel point la pratique doit être répandue et représentative pour être considérée comme « suffisante ». Le projet de conclusion devrait plutôt faire référence à la norme de la pratique « fréquente et pratiquement uniforme » énoncée par la Cour internationale

²¹ Voir B. Cheng, « United Nations Resolutions on Outer Space : "Instant" customary international law? », *Indian Journal of International Law*, vol. 5, 1965, p. 23 à 48.

de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*²², laquelle est largement reconnue par les États comme étant le seuil à atteindre généralement pour que l'existence d'une règle coutumière soit établie.

Les États-Unis estiment également que le rôle important que tiennent les États particulièrement intéressés devrait être énoncé dans le projet de conclusion en lui-même. La 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*²³. En outre, ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 4 du commentaire, « [i] serait manifestement impossible » de déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier sans prendre en considération la pratique des États prenant part à l'activité concernée. En outre, bien qu'il soit fait allusion aux États particulièrement intéressés au paragraphe 4 du commentaire et dans la note 297, nous estimons 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 intéressés » à une note de bas de page.

Enfin, les États-Unis jugent qu'il faudrait reconnaître explicitement dans le projet de conclusion 8 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 coutumier²⁴. Il est essentiel d'accorder suffisamment de poids à la

²² *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 43, par. 74.

²³ Ibid. : « [I] demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et se soit manifestée de manière à établir la reconnaissance générale d'une règle de droit ou d'une obligation juridique. »

²⁴ Voir, par exemple, *Affaire du « Lotus »*, C.P.I.J., Série A, n° 10, 1927, p. 28 et 29 : « [I] suffira de constater que les décisions alléguées sont à l'appui tantôt d'une opinion, tantôt de l'autre [...] [L]a jurisprudence nationale étant ainsi partagée, il n'est guère possible d'y voir un indice de l'existence de la règle restrictive de droit international, qui seule pourrait servir de fondement à la thèse du Gouvernement français » ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 311 et 312, Opinion dissidente de M. Schwebel, vice-président : « Une manière de surmonter la contradiction entre pratique et principe consisterait à faire abstraction de la pratique. C'est ce que font ceux qui soutiennent l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. [...] la pratique étatique montre que les armes nucléaires sont fabriquées et déployées par les États depuis une cinquantaine d'années, que la menace de leur utilisation est inhérente à leur déploiement et que, loin de proscrire la menace ou l'emploi d'armes nucléaires dans toutes les circonstances, la communauté internationale a, soit par traité soit par l'action du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, admis en fait ou expressément que, dans certaines circonstances, on pouvait utiliser des armes nucléaires ou menacer de les employer » ; *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, Arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950, p. 277 : « Les faits soumis à la Cour révèlent tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances dans l'exercice de l'asile diplomatique et dans les vues officiellement exprimées à diverses occasions ; il y a eu un tel manque de consistance dans la succession rapide des textes conventionnels relatifs à l'asile, ratifiés par certains États et rejetés par d'autres, et la pratique a été influencée à tel point par des considérations d'opportunité politique dans les divers cas, qu'il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme acceptée comme étant le droit en ce qui concerne la prétendue règle de la qualification unilatérale et définitive du délit » ; *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 134 et 135, par. 77 : « De l'avis de la Cour, la pratique étatique qui ressort des décisions judiciaires atteste qu'un État continue de jouir, dans le cadre d'instances civiles, de l'immunité à raison d'actes *jure imperii* lorsque sont en cause des actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel commis par ses forces armées et autres organes dans le cadre d'un conflit armé, même lorsque les actes en question ont eu lieu sur le territoire de l'État du for. Cette pratique est assortie de l'*opinio juris*, ainsi que l'attestent les positions de divers États et la jurisprudence d'un certain nombre de juridictions nationales, qui ont clairement indiqué qu'elles considéraient que le

« pratique négative »²⁵. L'invalidation d'une hypothèse par la preuve du contraire est une méthode scientifique éprouvée et il conviendrait que la même démarche puisse servir à déterminer l'existence de la règle de droit international coutumier.

Compte tenu de ce qui précède, les Etats-Unis estiment que le projet de conclusion 8 devrait être libellé comme suit :

Conclusion 8

La pratique doit être générale

1. La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire qu'elle doit généralement être fréquente et pratiquement uniforme, suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante notamment dans les États dont les intérêts sont particulièrement touchés.
2. Il n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale.
3. Tout élément témoignant d'une pratique contraire, c'est-à-dire une pratique laissant apparaître une interprétation potentiellement différente du droit, doit être pris en considération.

Il convient de modifier le commentaire en conséquence. Par exemple, au paragraphe 4 du commentaire du projet de conclusion 8, il serait judicieux d'expliquer plus en détail pourquoi il importe de prendre en considération la mesure dans laquelle « les États qui sont particulièrement impliqués dans l'activité considérée ou les plus susceptibles d'être concernés par la règle supposée ont participé à la pratique ». En particulier, la pratique des États qui sont particulièrement impliqués dans l'activité considérée sera vraisemblablement « bien plus fréquente et bien plus constante » que celle des États qui n'ont pas d'expérience importante en la matière²⁶.

droit international coutumier exigeait de reconnaître l'immunité. L'absence presque totale de toute jurisprudence contraire est également significative, tout comme le fait qu'aucun État n'a jamais déclaré – que ce soit dans le cadre des travaux de la Commission du droit international sur l'immunité de l'État, de l'adoption de la convention des Nations Unies ou dans tout autre contexte dont la Cour pourrait avoir connaissance – que le droit international coutumier ne prescrivait pas l'immunité dans ce type d'affaires ».

²⁵ J. B. Bellinger, III, et W. J. Haynes, II, « A US Government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law », *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n° 866, 2007, p. 445 : « Quatrièmement, bien que l'étude reconnaisse sur le principe l'importance de la pratique négative, en particulier celle des États qui ne sont pas parties aux traités applicables, cette pratique, dans des cas importants, ne se voit pas accorder tout le poids qui lui revient ».

²⁶ J. B. Bellinger, III, et W. J. Haynes, II, « A US Government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law », *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n° 866, 2007, p. 445 et 446 ; voir également Theodor Meron, « The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law », *American Journal of International Law*, vol. 90, 1996, p. 235 à 249 : « Il me semble difficile de souscrire à l'avis, parfois avancé, selon lequel tous les États, quels que soient leur situation géographique, leur puissance militaire et leurs intérêts, entre autres, jouent le même rôle à cet égard. La belligérance n'est ici qu'un des facteurs. Ainsi, la pratique et l'opinion de la Suisse, qui est un État neutre, nous en apprendraient sans doute davantage sur l'évaluation du droit coutumier de la neutralité que la celles des États qui ne suivent pas cette politique et n'ont pas de pratique interne à cet égard. La pratique des "États particulièrement intéressés", tels que les puissances nucléaires, les autres grandes puissances militaires et les États occupants et occupés, dont les déclarations, la pratique et la politique sont constantes, demeure particulièrement révélatrice. Je n'entends pas dénigrer l'égalité souveraine, je souhaite simplement reconnaître que certains États participent davantage au développement du droit des conflits armés, non seulement par leur pratique opérationnelle, mais également par les politiques qu'ils formulent, par exemple, dans leurs manuels militaires ».

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

1. Projet de conclusion 9 : Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)

Bélarus

[Original : russe]

Toute conduite d'un État indiquant que celui-ci 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. Il y aurait lieu d'inclure cet élément dans le projet de conclusion 9.

Chine

[Voir les commentaires ci-dessus relatifs au projet de conclusion 8.]

Israël

[Voir les commentaires ci-dessus relatifs au projet de conclusion 8.]

Pays-Bas

[Voir les commentaires ci-dessus relatifs au projet de conclusion 8.]

Singapour

[Voir les commentaires ci-dessus relatifs au projet de conclusion 6.]

États-Unis d'Amérique

[Original : anglais]

Opinio Juris et « droits »

Les États-Unis font observer que, par le passé, la pratique des États contribuant à la formation du droit international coutumier a souvent été définie comme celle qui est motivée par le « sentiment de l'existence d'une obligation juridique »²⁷. Le projet de conclusions et le commentaire y afférent élargissent cette formule en y incluant la pratique dictée par le sentiment de l'existence d'un droit. Le paragraphe 1 du projet de conclusion 9 énonce plus précisément ce qui suit :

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 (les soulignements sont de nous).

2. ...

²⁷ Voir, par exemple, Restatement Third of the Foreign Relations Law of the United States, section 102(2), John B. Bellinger, III, et William J Haynes, II, « A US Government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law* », *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n° 866, 2007, p. 444.

On retrouve des propos analogues dans le commentaire, ainsi que plusieurs références à l'exigence selon laquelle la pratique des États doit être assortie de la conviction qu'elle est « autorisée, requise ou interdite »²⁸ (les soulignements sont de nous).

Tout d'abord, nous proposons de remplacer « menée avec » par « motivée par », afin d'exprimer plus clairement que la pratique doit être suscitée dans son intégralité par le sentiment de l'existence d'une obligation en droit. Il se peut, par exemple, qu'une pratique soit motivée en partie seulement par des considérations juridiques. L'intégralité de cette pratique pourrait alors être considérée comme menée « avec » le sentiment de l'existence d'une obligation, alors que seule la partie qui a été « motivée par » ce sentiment pourrait être tenue pour acceptée comme étant le droit.

En principe, les États-Unis conviennent que le droit international reconnaît aux États certains droits (comme le droit naturel de légitime défense, ainsi que les droits de navigation et les droits des États côtiers consacrés par le droit de la mer), qu'ils peuvent exercer en se considérant comme juridiquement fondés à le faire. Nous estimons toutefois que, dans le présent contexte, il n'est pas nécessaire de faire expressément mention des droits dans le projet de conclusion 9, car les États entendent généralement l'expression « menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique » comme visant, selon le cas, la pratique qu'ils suivent par sentiment de l'existence d'une obligation ou d'un droit (ou, pour reprendre les propos de la Cour internationale de Justice, à raison de la « reconnaissance [...] du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu »²⁹). À titre d'illustration, l'obligation pesant sur un État peut parfois être considérée comme le droit d'autres États (ainsi, l'obligation faite à tout État de ne pas commettre d'acte d'agression correspond au droit des autres États d'être à l'abri de tels actes) et réciproquement. 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 ».

L'adjonction des mots « ou d'un droit » risque également 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 devrait également être effectué pour vérifier s'ils en ont le *droit*. Les États-Unis estiment essentiel que le projet de conclusion et le commentaire restent fidèles à l'expression habituelle de cette question pour éviter aussi bien de donner matière à un conflit avec la pratique existante des États que de créer un malentendu en paraissant toucher au principe établi de longue date selon lequel les États sont libres de leurs actes en l'absence de restriction imposée par le droit. Voir *Affaire du « Lotus »*, 1927, C.P.J.I., série A, n° 10, p. 18. Il n'est pas exigé des États qu'ils vérifient qu'une *opinio juris* ou 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.

Étant donné les risques de malentendus sur cette question et l'emploi de longue date de l'expression « sentiment de l'existence d'une obligation juridique », nous croyons qu'il convient de conserver la formule habituelle dans le texte du projet de conclusion et d'omettre les mots « ou d'un droit », que l'on ne trouve pas dans le projet de conclusion initialement proposé par le Rapporteur spécial³⁰. Nous sommes

²⁸ Voir, par exemple, le paragraphe 2 du commentaire relatif au projet de conclusion 9.

²⁹ *Affaire du Plateau continental de la mer du Nord, arrêt*, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la p. 43, par. 74.

³⁰ *Rapport de la CDI sur les travaux de sa soixante-sixième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, p. 240 et 241, note 830.

d'avis que le commentaire devrait préciser que la formule courante « sentiment de l'existence d'une obligation juridique » peut viser non seulement les obligations mais aussi les droits, s'il y a lieu. Il serait bon également que le commentaire indique expressément que, lorsque le droit n'impose aucune restriction, les États n'ont pas besoin de vérifier l'existence d'un droit spécifiquement consacré par la coutume internationale pour justifier leur action, mais peuvent au contraire se fonder sur le principe général selon lequel, en absence de restriction en droit, ils sont libres de leurs actes.

Pour les raisons qui précèdent, les États-Unis estiment qu'il conviendrait de modifier le projet de conclusion 9 comme suit :

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~~ motivée par 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.

En tout état de cause, les États-Unis estiment aussi qu'il conviendrait d'ajouter au commentaire des éléments qui pourraient être libellés ainsi :

(#) L'acceptation d'une règle comme étant le droit (*opinio juris*) est généralement désignée par l'expression « sentiment de l'existence d'une obligation juridique » et le projet de conclusion 9 demeure fidèle à cette formulation pour éviter de laisser entendre qu'il est proposé d'en modifier l'acceptation généralement reçue. Toutefois, les États considèrent de longue date cette notion comme englobant à la fois, s'il y a lieu, droits et obligations, leur pratique établissant, ainsi que l'a dit la Cour internationale de Justice, la « reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu »³¹.

(##) Le projet de conclusion 9 n'a toutefois pas pour objet d'exiger que, en l'absence de restriction en droit, les États établissent l'existence d'un droit spécifiquement consacré par la coutume internationale pour justifier leur action. En d'autres termes, conformément au principe établi de longue date qui veut que les États soient libres de leurs actes en l'absence de restriction imposée par le droit, il n'est pas nécessaire qu'ils vérifient, avant d'exercer une activité, que la licéité de celle-ci est établie par une *opinio juris* ou une pratique étatique générale et constante (voir l'*Affaire du « Lotus »*, 1927, C.P.J.I., série A, n° 10, p. 18).

2. Projet de conclusion 10 : Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)

Autriche

[Original : anglais]

De même, le projet de conclusion 10 (« Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) ») porte uniquement sur l'acceptation comme étant

³¹ *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, à la p. 43, par. 74.

le droit par les États. Il serait utile de préciser comment est établie l'*opinio juris* pour ce qui est des organisations internationales.

[Voir les commentaires ci-dessus relatifs au projet de conclusion 4.]

Bélarus

[Voir les commentaires ci-dessus relatifs au projet de conclusion 6.]

République tchèque

[Original : anglais]

L'absence de réaction comme preuve de l'opinio juris : projet de conclusion 10, paragraphe 3

Le paragraphe 3 du projet de conclusion 10 énonce que « 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 ». Le commentaire accompagnant ce projet de conclusion ajoute que deux conditions doivent être remplies dans ce cas : « il faut que les circonstances aient appelé une réaction à la pratique » et « l'État doit avoir eu connaissance de la pratique (ce qui est présumé être le cas lorsque celle-ci a bénéficié d'une large publicité, par exemple) et avoir disposé du temps et des moyens nécessaires pour réagir ».

Commentaires :

La République tchèque est d'avis que ce projet de conclusion (ainsi que le commentaire s'y rapportant) n'expose pas de façon exacte des différentes formes que peut prendre l'inaction ou « l'absence de réaction » des États pris individuellement et l'importance qu'elle peut revêtir en ce qui concerne l'existence ou la création d'une norme de droit coutumier.

Les raisons pour lesquelles un État ne réagit pas à la pratique d'un autre État peuvent être diverses, même si l'on peut généralement présumer qu'il le fera. Il peut s'abstenir ou refuser de réagir en raison de simples considérations diplomatiques et politiques ou d'un manque de moyens ou d'intérêt direct à l'égard de la conduite concrète de tel ou tel autre État. Ainsi, les motifs pour lesquels les États ne réagissent pas à une pratique et leur réaction ou absence de réaction dans une situation donnée peuvent être sans rapport avec l'appréciation juridique de cette pratique.

Par conséquent la République tchèque propose, entre autres, qu'une attention accrue soit consacrée 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.

En outre, nous estimons que la Commission devrait également analyser les différences entre, d'une part, l'absence de réaction à la pratique en cause dans les cas où une nouvelle règle du 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. Le 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 une règle établie soit considérée comme une violation de cette règle et non comme l'amorce de la création d'une nouvelle règle).

Compte tenu des observations formulées ci-dessus, la République tchèque propose de supprimer ou de remanier en profondeur le paragraphe 3 du projet de conclusion 10.

Israël

[Original : anglais]

L'absence de réaction comme opinio juris

Texte actuel : le projet de conclusion 10 aborde la question des conclusions à tirer, en ce qui concerne l'*opinio juris*, de l'« absence de réaction » de la part de l'État.

Commentaires :

- Nous estimons que le projet de conclusion 10 n'expose pas suffisamment la difficulté et la complexité qui entourent la preuve de l'*opinio juris* sur le fondement de l'absence de réaction ;
- Certes, de manière générale, l'abstention d'agir qui est *délibérée et dictée par le sentiment de se conformer à une règle de droit international coutumier* constitue bien, de la part d'un État, une pratique négative entrant en ligne de compte pour la détermination du droit international coutumier. Par exemple, lorsqu'un État renonce volontairement à l'usage de la torture parce qu'il estime y être tenu par la coutume, son inaction constitue une pratique de sa part. Toutefois, la simple absence de réaction n'équivaut pas en elle-même à une pratique : lorsqu'un État s'abstient simplement d'agir, sa pratique *fait défaut*. C'est pourquoi seule la preuve concrète des motifs pour lesquels l'État n'a pas agi peut révéler s'il s'agit d'une absence de pratique relativement à la règle coutumière en question (ce qui devrait être la situation présumée) ou plutôt d'une abstention délibérée fondée sur l'*opinio juris* et constitutive d'une pratique négative ;
- Cette conclusion vaut également, *mutatis mutandis*, pour l'absence de réaction d'un État à la pratique d'un autre État dans les circonstances dont traite le projet de conclusion 10. L'*opinio juris* est un élément subjectif qui représente ce dont l'État est véritablement convaincu en ce qui concerne ses droits et ses obligations au titre du droit international coutumier et elle doit donc être activement et expressément manifestée. En conséquence, lorsqu'un État s'abstient de protester contre les activités de pêche auxquelles se livre un autre État dans les espaces maritimes qui lui sont réservés, par exemple, son absence de réaction ne constitue pas en elle-même une *opinio juris* indiquant qu'il considère lesdites activités comme autorisées par le droit international. Il se peut que les motifs pour lesquels il a choisi de fermer les yeux sur cette pratique soient d'ordre politique ou diplomatique, ou qu'il ait décidé d'exprimer ses protestations par des voies privées et confidentielles. Dans ces circonstances, son silence ne saurait donc en lui-même être considéré comme l'expression d'une *opinio juris* ;
- En d'autres termes et contrairement à ce que l'on peut lire au paragraphe 3 du projet de conclusion ainsi qu'au paragraphe 7 du commentaire s'y rapportant, la prise en considération de l'absence de réaction n'exige pas seulement que les circonstances aient appelé une réaction et que l'État ait

été en mesure de réagir : encore faut-il établir qu'elle procède en elle-même du sentiment de l'existence d'une obligation en droit coutumier.

Modifications proposées :

- Nous proposons que le projet de conclusion 10 et le commentaire y afférent fassent état de la difficulté pratique d'établir la preuve d'une pratique « négative » ou d'une *opinio juris* « négative », et soulignent, dans l'esprit des observations formulées ci-dessus, que l'absence de réaction d'un État ne saurait être interprétée en elle-même (et sans complément de preuve) comme témoignant d'une pratique ou d'une *opinio juris* ;
- À titre subsidiaire, nous proposons de ne pas traiter directement de l'absence de réaction de la part des États, puisque le type de preuve requis pour établir les deux éléments dans cette situation ne diffère pas de celui qu'exige toute autre situation.

Actes et déclarations nationales, comme preuves de la pratique et de l'opinio juris étatiques : décisions des juridictions nationales supérieures

[Voir les commentaires ci-dessus relatifs au projet de conclusion 6.]

Pays-Bas

[Original : anglais]

Le projet de conclusion 10 fait figurer les décisions des juridictions nationales parmi les différentes formes de preuve de l'*opinio juris*. Nous estimons que cette position appelle des précisions. Les décisions de justice internes ne peuvent constituer une preuve de l'*opinio juris* que si elles ne sont pas désavouées par l'exécutif. Il 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. Cette précision découle de la proposition selon laquelle l'*opinio juris* exige que la position des différents organes de l'État soit cohérente.

Au paragraphe 3 du projet de conclusion 10, l'absence de réaction à une pratique est présentée comme la preuve de l'*opinio juris*. Nous souscrivons à la position globalement prudente qui tend à éviter de tirer trop de conclusions du silence ou de l'inaction des États et souligne que l'essentiel est de n'associer de conséquences à l'absence de réaction que lorsque la situation appelle une réaction. Il s'ensuit qu'il n'existe pas de règle assimilant le silence à l'acquiescement, mais plutôt que, dans une situation donnée qui appelait clairement une réaction, aucune réaction n'est venue. Dans ce contexte, nous proposons que le commentaire tienne compte du rôle joué par les explications que les États peuvent fournir ultérieurement au sujet de leur position et de leur éventuel silence. Nous proposons également que le commentaire accorde l'attention voulue à l'éventualité qu'un État choisisse d'exprimer ses protestations de manière confidentielle ou, du moins, de ne pas le faire publiquement. Dans ce dernier cas, nous estimons que l'absence de réaction publique à une conduite donnée ne peut être considérée comme la preuve de l'acceptation de cette conduite comme étant le droit.

Le projet de conclusion 10 ne mentionne aucunement l'*opinio juris* des organisations internationales. Nous proposons de l'inclure dans le commentaire, en précisant qu'il faut aussi en tenir compte, s'il y a lieu. Elle découle de la personnalité juridique internationale dont disposent ces organisations et qui a déjà été évoquée ci-dessus.

Nouvelle-Zélande

[Original : anglais]

Projet de conclusion 10, paragraphe 3 : l'absence de réaction comme preuve de l'opinio juris

La Nouvelle-Zélande partage la réserve exprimée par un certain nombre d'autres États au sujet de la mesure dans laquelle l'absence de réaction d'un État à la pratique d'un autre peut servir à établir l'*opinio juris*. L'absence de réaction peut, dans certains cas, signifier l'acceptation d'une pratique comme étant le droit. Mais pareille conclusion ne saurait se présumer. L'État peut avoir de nombreuses raisons légitimes de ne pas réagir ou protester publiquement contre les actions d'un autre. La recherche d'un équilibre entre une gamme d'intérêts, parmi lesquels notamment le maintien de relations amicales et le fonctionnement efficace des relations internationales, s'impose à l'État lorsqu'il examine le point de savoir si et comment il y a lieu de répondre aux actions d'un autre État. Tel est particulièrement le cas lorsque l'État n'est pas directement touché par les actions en cause ou ne possède à leur égard aucun autre intérêt particulier. Dans d'autres situations, il peut juger plus opportun de réagir de façon confidentielle.

La Nouvelle-Zélande souscrit donc aux conditions figurant au paragraphe 3 du projet de conclusion 10, selon lesquelles l'absence de réaction ne peut constituer la preuve de l'*opinio juris* que si l'État concerné était en mesure de réagir et les circonstances appelaient une réaction officielle publique. Elle se rallie en outre à la manière dont ces conditions sont expliquées au paragraphe 7 du commentaire. Elle estime que les éléments supplémentaires exposés dans ce paragraphe seraient plus à leur place dans le texte du projet de conclusion. Plus précisément, elle considère que l'État doit avoir été directement touché par la pratique en question, avoir eu connaissance de celle-ci et avoir disposé du temps et des moyens nécessaires pour réagir.

[Voir les commentaires ci-dessus relatifs au projet de conclusion 6.]

République de Corée

[Voir les commentaires ci-dessus relatifs au projet de conclusion 6.]

États-Unis d'Amérique

[Original : anglais]

Inaction

Les situations dans lesquelles l'inaction d'un État constitue la manifestation de son *opinio juris* sont encore plus exceptionnelles que celles où elle est délibérée et constitutive d'une pratique. Pour l'essentiel, le comportement des États (action comme inaction) n'est pas motivé par des considérations relevant du droit international. Par conséquent, l'abstention d'un État témoigne rarement de ses positions à cet égard. Ainsi, on ne saurait inférer de sa décision de ne pas exercer sa protection diplomatique dans un cas précis que cet État estime que l'acte en cause (acte de réglementation ou autre) n'est pas illicite au regard du droit international. Il existe de nombreux cas où l'État peut estimer qu'il est fondé à exercer sa protection diplomatique et que la responsabilité internationale de l'autre État est engagée, mais où il décide néanmoins de ne pas réagir pour des raisons politiques ou pratiques (par exemple, pour éviter de créer des dissensions bilatérales, pour des raisons de politique interne ou pour d'autres motifs étrangers au droit).

Dans ces conditions, nous recommandons de modifier tant le texte du projet de conclusion 10 que celui du paragraphe 7 du commentaire s'y rapportant.

Pour qu'il soit bien clair que l'inaction délibérée de l'État doit être motivée par des considérations juridiques pour être révélatrice d'une *opinio juris*, nous recommandons de remanier le paragraphe 3 du projet de conclusion 10 comme suit :

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 l'État ~~étaient~~ en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction, et que la décision de l'État de ne pas réagir est résultée du sentiment de l'existence d'une obligation juridique.

En outre, si nous souscrivons aux deux « conditions » exposées au paragraphe 7 du commentaire relatif au projet de conclusion 10 pour que le silence puisse valoir acceptation d'une pratique comme étant le droit, nous estimons qu'il y aurait lieu de revoir la première pour tenir compte du fait que les États décident souvent, pour des motifs politiques (internationaux ou internes) ou autres, comme le manque de ressources publiques, de s'abstenir d'accomplir des actes autorisés par le droit.

En conséquence, nous pensons que la phrase commençant par « Premièrement », au paragraphe 7, devrait être ainsi libellée :

Premièrement, il faut que les circonstances aient appelé une réaction à la pratique, ce qui peut être le cas, par exemple, lorsque celle-ci a un effet direct ou indirect – surtout s'il est défavorable – sur les intérêts ou les droits de l'État n'ayant pas réagi ou ayant refusé de réagir, dans une mesure ou des circonstances telles que l'absence de réaction de la part de celui-ci vaut preuve de sa position en droit. [Notes de bas de page omises.]

[Voir également les commentaires ci-dessus relatifs au projet de conclusion 6.]

Autres questions

Nous renvoyons aux réserves exprimées ci-dessus par les États-Unis au sujet des circonstances dans lesquelles l'inaction ou le silence d'un État peuvent être à juste titre considérés comme constitutifs d'une pratique ou comme la preuve de son *opinio juris*.

Les États-Unis souhaitent également faire observer, au sujet du paragraphe 5 du commentaire relatif au projet de conclusion 10, que la prudence est de mise lorsque l'on apprécie ce qui constitue la preuve de l'*opinio juris*. Par exemple, les publications officielles de l'État expriment fréquemment (voire le plus souvent) des considérations politiques et juridiques internes, celles relevant du droit international n'y figurant que de manière accessoire, lorsqu'elles n'en sont pas exclues. De plus, comme l'ont fait observer les États-Unis en réponse à l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, bien que les manuels militaires soient susceptibles de fournir des indications essentielles sur le comportement de l'État et l'*opinio juris*, ils ne sauraient remplacer une évaluation approfondie de la pratique opérationnelle dans le cadre d'opérations militaires réelles³². De même, les décisions des juridictions nationales sont généralement basées sur le droit interne plutôt que sur le droit international. Il y a donc lieu d'apprécier avec soin les éléments de preuve pour vérifier s'ils expriment bien le point de vue de l'État sur l'état actuel du droit international coutumier.

³² John B. Bellinger, III, et William J. Haynes, II, « A US Government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law* », International Review of the Red Cross, vol. 89, n° 866, 2007, p. 445.

En outre, devant la rareté des informations disponibles sur la pratique étatique ou sur l'*opinio juris*, la prudence est généralement de mise au moment de tirer des conclusions sur le point de savoir si une règle coutumière s'est fait jour. Certains aspects de la pratique d'un État peuvent être connus de quelques autres sans être par ailleurs accessibles au public. De plus, la plupart des avis juridiques formulés au sein des organes de l'exécutif sont confidentiels. Or, pour parvenir à une conclusion quant à l'existence d'une règle de droit international coutumier, il importe de prendre en considération l'ensemble des éléments de la pratique et de l'*opinio juris*, même lorsque ces éléments ne sont pas publics³³.

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

1. Projet de conclusion 11 : Traités

Bélarus

[Original : russe]

S'agissant de l'interaction entre le droit international coutumier et le droit international conventionnel (projet de conclusion 11), l'idée qu'un traité international multilatéral et universel puisse « engendrer » une coutume internationale [projet de conclusion 11, paragraphe 1, alinéa c)] doit être étudiée plus avant. Les critères qualitatifs et quantitatifs de cette propagation ainsi que ses forces motrices et sa portée juridique doivent être déterminés.

Israël

[Original : anglais]

Les traités en tant que preuve d'une coutume

Libellé actuel : le projet de conclusion 11 et le commentaire correspondant portent « sur l'importance des traités, en particulier les traités multilatéraux largement ratifiés, aux fins de la détermination du droit international coutumier ». Le paragraphe 3 du commentaire souligne que « les traités acceptés par la quasi-totalité des États [peuvent] être particulièrement révélateurs à cet égard ».

Commentaires et amendements proposés :

- Comme le projet de conclusion 11 et le commentaire s'y rapportant le relèvent avec justesse, les traités et la coutume sont des sources de droit international différentes qui doivent rester distinctes. En effet, les États

³³ Voir, par exemple, Daniel Bethlehem, « The Secret Life of International Law », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1 (2012), p. 23, à la p. 24 : Le droit international a ceci de particulier que son interprétation et son application par les États contribuent dans une large mesure à sa création et à son développement, notamment par l'intermédiaire de la pratique, de l'*opinio juris*, de la conduite des États dans le cadre de l'application et de l'interprétation des traités, par exemple – et ce, en vertu de certains alinéas de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, tel que celui portant sur la pratique ultérieure dans l'interprétation des traités –, de leur conduite se rapportant à l'interprétation et à l'application des résolutions du Conseil de sécurité et ainsi de suite. Dès lors, si l'on entend aborder de manière rigoureuse et réfléchie la détermination de ce qu'est le droit, l'on ne saurait se contenter de regarder le libellé d'un texte. Il faut envisager plus largement un ensemble d'éléments. Et, si certains d'entre eux sont apparents et cohérents, par exemple dans le Recueil de la pratique britannique, la plupart demeurent invisibles pour le reste du monde, car ils relèvent de ce qui se passe à l'interne, au sein de l'État, et qu'il serait inutile, voire inopportun de rendre public.

peuvent décider d'adhérer à un traité précisément parce que ses caractéristiques normatives sont différentes (par exemple, s'il n'est pas possible de se retirer d'une coutume *ex post*, il est généralement possible de dénoncer un traité) ;

- L'une des différences non négligeables entre les traités et la coutume a trait à la nature du consentement de l'État. Lorsque celui-ci adhère à un traité, il consent à s'imposer certaines obligations à *lui-même*, mais lorsqu'il énonce une *opinio juris*, il exprime sa conviction que *les autres États* sont également liés. Par conséquent, il est impossible de considérer le seul consentement d'un État à adhérer à un traité comme étant nécessairement la preuve d'une *opinio juris* ;
- Tandis que le paragraphe 7 du commentaire relatif au projet de conclusion 11 opère une juste distinction entre les traités et la coutume dans ce contexte, le paragraphe 3 semble confondre les deux, en particulier s'agissant des traités qui sont acceptés par un grand nombre d'États, alors même qu'ils ne reflètent pas nécessairement le droit international coutumier. Nous proposons donc de supprimer le paragraphe 3 de ce commentaire. À titre subsidiaire, nous suggérons d'omettre, à la fin de ce paragraphe, la référence aux traités qui ne sont pas encore entrés en vigueur ou n'ont pas encore recueilli une large adhésion.

Nouvelle-Zélande

[Original : anglais]

La Nouvelle-Zélande appuie la position générale adoptée dans le projet de conclusion 11 concernant le rôle des traités dans la formation des règles de droit international coutumier. Elle estime que la formulation de ce projet de conclusion est conforme au principe énoncé à l'article 38 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

La Nouvelle-Zélande considère que les trois catégories définies aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 du projet de conclusion 11 sont utiles et appréhendent avec justesse le rôle que les traités peuvent jouer dans ce contexte. Elle relève l'importance de l'expression « s'il est établi que » dans le passage introductif du paragraphe 1 et constate avec satisfaction que le paragraphe 4 du commentaire précise bien que l'existence de la règle doit être confirmée à la fois par la pratique et par l'*opinio juris*.

La Nouvelle-Zélande appuie également l'inclusion du paragraphe 2 du projet de conclusion 11 ainsi que la mise en garde exprimée au paragraphe 8 du commentaire à propos des traités bilatéraux.

Singapour

[Original : anglais]

Le paragraphe 1 du projet de conclusion 11 expose actuellement trois façons dont une règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier. Le commentaire y afférent précise, pour l'alinéa c), que l'on ne conclura pas à la légère qu'une règle énoncée dans un traité a engendré une nouvelle règle de droit coutumier.

Cette 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. Singapour propose donc que ce paragraphe

soit révisé afin que cette distinction apparaisse plus nettement dans le texte du projet de conclusion lui-même.

Singapour souhaite également souligner que, pour vérifier si la règle énoncée dans un traité reflète une règle de droit international coutumier, le contenu, la portée et le champ d'application de cette règle conventionnelle doivent tout d'abord être déterminés par application des règles d'interprétation des traités au texte en question³⁴. Il 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.

États-Unis d'Amérique

[Original : anglais]

Les États-Unis approuvent le libellé du projet de conclusion 11 (Traités) et pensent qu'il expose avec justesse les conditions dans cas dans lesquelles une disposition conventionnelle pourrait refléter une règle de droit international coutumier.

Nous sommes toutefois préoccupés par certains des éléments du commentaire s'y rapportant.

Premièrement, nous croyons que la dernière partie de la première phrase du paragraphe 3 du commentaire (« les traités acceptés par la quasi-totalité des États pouvant être particulièrement révélateurs à cet égard ») et la note correspondante devraient être supprimées. Ce passage nous 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. De même, nous estimons que les références citées dans la note 323 pourraient laisser croire à tort que la nécessité de prouver à la fois l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le *droit international coutumier* peut être contournée dans le cas des traités largement ratifiés.

Deuxièmement, la dernière phrase du paragraphe 3 du commentaire devrait être modifiée par remplacement de « qui adhèrent » par « qui ratifient », ce qui serait plus précis. Le verbe « adhérer » pourrait être mal compris et laisser entendre que le traité négocié par une poignée d'États est susceptible d'avoir une influence, ce qui n'est pas le cas. En outre, il faudrait préciser dans ce paragraphe que la simple ratification d'un traité par des États n'indique pas en soi que ses dispositions pourraient correspondre au droit international coutumier. Ainsi, le fait que certaines dispositions d'un traité largement ratifié ne soient pas mises en œuvre en pratique par les États parties au traité jetterait le doute sur l'existence d'une pratique étatique permettant d'établir que les règles conventionnelles en question reflétaient le droit international coutumier.

Troisièmement, s'agissant du paragraphe 2 du projet de conclusion sur les règles énoncées dans plusieurs traités, nous sommes tout à fait d'accord avec le paragraphe 8 du commentaire, selon lequel le fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités ne permet pas de présumer qu'elle reflète le droit international coutumier. En effet, le besoin de répéter cette règle dans de nombreux traités peut être la preuve du contraire, à savoir qu'il n'existe pas de règle à cet effet en droit international coutumier. Afin de déterminer si une disposition conventionnelle fréquemment répétée est une règle coutumière, il faut évaluer la pratique des États et l'*opinio juris* de la même manière que pour toute autre règle coutumière potentielle. Démontrer que les États ont des

³⁴ Voir les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969).

obligations conventionnelles n'est pas suffisant. Encore faut-il prouver qu'ils se sont estimés également liés par des obligations découlant du droit international coutumier.

2. **Projet de conclusion 12 : Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales**

Bélarus

[Original : russe]

De manière générale, le Bélarus partage l'avis de la Commission, exprimé dans les projets de conclusions 12 à 14, en ce qui concerne l'importance des résolutions adoptées par les organisations internationales et autres documents. Toutefois, il convient de prendre note de ce qui suit concernant la doctrine internationale et la jurisprudence des juridictions internationales.

Ces sources ont un intérêt indéniable pour la détermination des règles de droit international coutumier en ce qu'elles présentent sous une forme plus accessible, claire et motivée les indices de la présence des éléments constitutifs d'une règle de droit international coutumier. À cet égard, elles sont incontestablement liées au sujet à l'examen. Cela dit, étant donné que la coutume internationale se fonde exclusivement sur la pratique des États, ces sources ne peuvent être envisagées dans aucun autre contexte.

Concernant le paragraphe 6 du commentaire relatif au projet de conclusion 12, il serait plus judicieux d'évoquer non seulement l'expression par un État d'une objection directe aux résolutions (vote « contre »), mais aussi l'absence d'appui clair de sa part. En effet, 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 leur dispositions, ce qui tend *ispo facto* à en atténuer la valeur juridique.

Danemark (au nom des pays nordiques : Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

[Original : anglais]

Nous saluons le travail d'explicitation réalisé dans le commentaire relatif au projet de conclusion 12 concernant les résolutions des organisations internationales. Nous prenons note de la mention expresse de l'Assemblée générale en tant qu'instance à composition quasi-universelle, comme cela avait été proposé à la Sixième Commission. Ainsi que l'avait souligné le Rapporteur spécial, Sir Michael Wood, dans son troisième rapport, les résolutions de l'Assemblée générale peuvent être particulièrement utiles pour révéler le droit international coutumier ou le stimuler. Toutefois, et comme l'indique également le rapport, 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 ». Les pays nordiques estiment que l'approfondissement, dans le commentaire, de deux éléments spécifiques contribuerait au débat sur la valeur normative des résolutions de l'Assemblée générale. Le premier élément tient aux caractéristiques particulières de l'Assemblée générale des Nations Unies et à ce qui la distingue des autres organisations internationales, et le second, à l'importance du contenu de ses résolutions et aux conditions de leur adoption. En d'autres termes, il s'agirait de savoir s'il existe des domaines spécifiques où les résolutions tendent à être l'expression de l'*opinio juris*.

Nouvelle-Zélande

[Original : anglais]

La Nouvelle-Zélande est globalement d'accord avec le projet de conclusion 12 et les clarifications apportées dans le commentaire y afférent. Elle estime qu'il existe une jurisprudence abondante à l'appui de la conclusion selon laquelle les résolutions adoptées par une organisation internationale peuvent, dans certaines circonstances, être désignées comme preuves de l'existence ou du contenu d'une règle de droit international coutumier. De même, elle convient que ces résolutions peuvent contribuer au développement de pareilles règles. À cet égard, elle est consciente de l'importance de résolutions telles que la Déclaration universelle des droits de l'homme pour le développement du droit international coutumier. La teneur de ces résolutions déclaratives, lorsqu'elle est clairement exprimée et largement soutenue, peut constituer une preuve concluante de l'*opinio juris*. La Nouvelle-Zélande partage également l'opinion formulée aux paragraphes 1 et 3 du projet de conclusion 12, selon laquelle, en l'absence de pratique étatique correspondante, ces résolutions ne sauraient en elles-mêmes créer des règles de droit international coutumier. Comme une délégation l'a fait remarquer lors d'un débat à la Sixième Commission, les résolutions peuvent « dégager, mais non énoncer » une règle de droit international coutumier.

Comme il a été indiqué précédemment, la Nouvelle-Zélande considère qu'il faudrait réfléchir davantage à la relation entre le projet de conclusion 12 et le paragraphe 2 du projet de conclusion 4. Ainsi que le rappelle le paragraphe 3 du commentaire relatif au projet de conclusion 12, l'adoption d'une résolution est un acte juridique émanant de l'organisation internationale concernée. Il serait donc utile de disposer d'une analyse plus précise des raisons pour lesquelles ces actes ne sont pas considérés comme étant « la pratique » de l'organisation, ainsi que le prévoit le paragraphe 2 du projet de conclusion 4.

[Voir le commentaire ci-dessus relatif au projet de conclusion 4.]

Singapour

[Original : anglais]

Singapour approuve les paragraphes 1 et 3 du projet de conclusion 12. Elle partage également l'opinion formulée au paragraphe 4 du commentaire correspondant, selon laquelle « aucune "coutume instantanée" ne naît des résolutions [adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences intergouvernementales] elles-mêmes ».

Toutefois, nous proposons de modifier le paragraphe 2 du projet de conclusion 12 pour préciser qu'il n'y a que « dans certaines circonstances » que la résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut servir à établir l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement. L'expression « certaines circonstances » reprend la formulation adoptée par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*³⁵. Elle permettrait également de clarifier, dans le texte du projet de

³⁵ Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J., Recueil 1996, p. 254 et 255, par. 70 : « La Cour rappellera que les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris* ».

conclusion lui-même, que *toutes* les résolutions ne peuvent pas servir à prouver l'existence du droit international coutumier ou contribuer à son développement.

Le paragraphe 6 du commentaire correspondant rappelle qu'« il convient d'évaluer avec soin les divers facteurs pour s'assurer que les États concernés entendaient effectivement reconnaître l'existence d'une règle du droit international coutumier » en adoptant une résolution au sein d'une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale. Singapour estime qu'il serait également utile pour l'évaluation d'examiner les pouvoirs, la composition et les fonctions spécifiques de l'organisation internationale ou de la conférence intergouvernementale concernée³⁶. Le commentaire relatif au projet de conclusion 12 devrait donc inclure ces éléments.

États-Unis d'Amérique

[Original : anglais]

Les États-Unis apprécient le soin avec lequel la Commission et le Rapporteur spécial ont traité la question des résolutions des organisations internationales et des conférences intergouvernementales en tant que preuve du droit international coutumier. Ils conviennent que ces résolutions peuvent fournir des informations précieuses au sujet de la règle de droit international coutumier potentielle, selon toute vraisemblance concernant l'*opinio juris* des États, mais aussi éventuellement leur pratique. Comme le font apparaître le projet de conclusion et le commentaire s'y rapportant, toutefois, les résolutions doivent être abordées avec une grande prudence. Les États-Unis font observer que l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté à elle-seule 329 résolutions lors de sa 71^e session. Par nécessité, nombre des résolutions des organisations et des conférences internationales sont adoptées à l'issue d'un débat et d'un examen sommaires, et suivant une procédure (par exemple le consensus) qui ne permet guère de connaître l'opinion individuelle des États. En outre, en raison du nombre des résolutions et de la capacité limitée des États, la décision de soutenir une résolution ou de s'y opposer peut être fondée sur des motifs politiques ou autres, plutôt qu'une analyse juridique de son contenu, et indépendamment du fait que l'État est en désaccord avec la façon dont la règle de droit international coutumier y est présentée³⁷. Par conséquent, même les résolutions bénéficiant d'un large appui peuvent fournir des indications limitées ou ambiguës sur la pratique ou l'*opinio juris* des États qui les ont soutenues, si bien qu'il faut les aborder avec circonspection lorsqu'elles sont présentées comme preuve de la pratique étatique ou de l'*opinio juris*. De telles résolutions ne suffisent certainement pas en elles-mêmes à prouver l'existence d'une règle de droit coutumier. Il doit être établi que la disposition

³⁶ Au paragraphe 8 du commentaire relatif au projet de conclusion 4, la Commission fait référence à la diversité des pouvoirs, de la composition et des fonctions des organisations internationales dans le contexte de la pratique de celles-ci.

³⁷ Les États-Unis sont d'accord avec les observations formulées en commentaire concernant la valeur des déclarations générales, des explications de vote et de position et des dissociations d'un consensus pour établir si une résolution spécifique est utile à la détermination d'une certaine règle de droit international coutumier. Ces déclarations peuvent indiquer qu'un ou plusieurs États ont exprimé des opinions qui s'écartaient sensiblement des termes spécifiques d'une résolution, alors qu'ils appuyaient celle-ci dans son ensemble. Quoi qu'il en soit, il importe également de noter que tous les États ne recourent pas largement à ces déclarations, même s'ils ne soutiennent pas pleinement le libellé d'une résolution. En outre, même lorsque des explications de position ou des déclarations similaires ont été formulées, il peut être compliqué de les retrouver après plusieurs années et, partant, de déterminer si les termes d'une résolution reflétaient bien l'opinion de tous les États qui l'ont appuyée à l'époque de son adoption.

correspond à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), ainsi que l'indique le projet de conclusion 12.

Afin de souligner la prudence avec laquelle les résolutions devraient être abordées lors de l'évaluation d'une règle de droit international coutumier potentielle et dans le droit fil de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* cité au paragraphe 5 du commentaire, les États-Unis pensent que les mots « dans certaines circonstances » devraient être ajoutés au deuxième paragraphe du projet de conclusion 12, qui serait alors libellé comme suit :

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

3. **Projet de conclusion 13 : Décisions de juridictions**

Bélarus

[Voir le commentaire ci-dessus relatif au projet de conclusion 12.]

Nouvelle-Zélande

[Original : anglais]

Projet de conclusion 13 : décisions des juridictions nationales

La Nouvelle-Zélande souscrit à l'observation formulée au paragraphe 7 du commentaire relatif au projet de conclusion 13, à savoir qu'il convient de faire preuve de prudence à l'égard des conclusions des juridictions nationales concernant l'existence ou le contenu des règles de droit international coutumier. Les juges des tribunaux nationaux ne sont pas toujours des experts du droit international et, comme l'indique le commentaire, les États ne présentent pas toujours d'arguments à ce sujet. La Nouvelle-Zélande convient que les jugements des juridictions internationales devraient se voir accorder plus de poids à cet égard et propose que cela soit exprimé plus directement dans le texte du projet de conclusion 13 lui-même.

Singapour

[Original : anglais]

Singapour constate que le libellé du projet de conclusion 13 est très proche de celui de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, selon lequel les décisions judiciaires sont un « moyen auxiliaire » de détermination des règles de droit international. Singapour se déclare donc en faveur du projet de conclusion 13, dans la mesure où ce dernier représente le droit existant au regard de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour.

En ce qui concerne la définition de « juridictions nationales » que donne la Commission au paragraphe 6 du commentaire, Singapour considère qu'elle viserait le Tribunal international de commerce de Singapour (Singapore International Commercial Court), qui pourvoit au règlement des différends commerciaux internationaux, par l'entremise d'un collège de juges singapouriens et internationaux.

États-Unis d'Amérique

[Original : anglais]

Les projets de conclusions 13 et 14 traitent des conditions dans lesquelles la jurisprudence et la doctrine peuvent servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier. Les commentaires relatifs à ces projets de conclusions soulignent à juste titre le point important suivant : sauf dans les cas où les décisions de la juridiction nationale peuvent être constitutives de la pratique de l'État, la jurisprudence et la doctrine ne sont pas des sources de droit international en elles-mêmes, mais peuvent contribuer à éclaircir les règles de droit lorsqu'elles dressent un inventaire analytique des éléments établissant la pratique étatique et l'*opinio juris*. Comme suite à ce qui précède, nous recommandons que la Commission fournisse dans le commentaire un aperçu des limites que présente la valeur des décisions de justice en tant que moyen auxiliaire de détermination du droit international coutumier.

Par exemple, ainsi qu'il ressort de la réserve figurant à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, mais qui n'apparaît pas dans le projet de conclusion 13, les décisions des juridictions internationales ne sont généralement obligatoires que pour les parties en litige. Même la Cour internationale de Justice ne propose pas d'interprétations du droit international coutumier qui soient contraignantes pour tous les États.

À titre d'exemple, en matière contentieuse, les États peuvent choisir d'affirmer ou de refuser de contester qu'une règle relève du droit coutumier pour des motifs stratégiques plutôt que sur le fondement d'une évaluation approfondie de la nature de la règle en question. Il pourrait alors arriver que la juridiction saisie conclue au caractère coutumier de celle-ci sans l'analyser et en se fondant uniquement sur l'absence de différend entre les parties sur ce point, ou encore qu'elle examine attentivement la question après avoir entendu les solides arguments des parties et des *amici curiae*. Des considérations similaires pourraient être soulevées concernant l'appréciation du droit coutumier par les tribunaux pénaux internationaux, en particulier lorsque les États ne comparaissent ni en tant que parties ni en tant qu'*amici curiae* pour faire connaître leur position sur de telles questions.

Il faudrait également examiner les cas où les tribunaux rendent des décisions contradictoires ou d'éminents spécialistes sont en désaccord sur des questions complexes ayant trait au droit international coutumier. Il serait utile de recommander à ceux qui ont recours à ces moyens auxiliaires de rechercher les points de vue contradictoires ou divergents, dans l'intérêt d'une appréciation du droit qui soit la plus juste possible.

L'inclusion des points susmentionnés dans le commentaire pourrait utilement aider le lecteur à évaluer d'un œil plus critique la jurisprudence et la doctrine des publicistes sur le droit coutumier.

4. Projet de conclusion 14 : Doctrine

Bélarus

[Original : russe]

Si louable que soit l'objectif premier de la Commission, à savoir la codification du droit international et l'élaboration des projets de traités internationaux, la détermination du droit international coutumier (généralement en vue de sa codification ultérieure) a constitué, à des degrés divers, un aspect essentiel de ses

travaux depuis sa création. En conséquence, ses écrits méritent d'être explicitement mentionnés dans les projets de conclusion en tant que moyens auxiliaires de détermination du droit international coutumier, par exemple dans le commentaire relatif au projet de conclusion 14.

[Voir le commentaire ci-dessus relatif au projet de conclusion 12.]

Israël

[Original : anglais]

Application de l'« approche des deux éléments »

[Voir les commentaires ci-dessus relatifs aux projets de conclusions 2 et 3.]

Nous recommandons de modifier de la même manière le paragraphe 4 du projet de conclusion 14 en ce qui concerne les travaux des publicistes, qui devraient eux-aussi être exhaustifs, empiriques et objectifs par nature.

États-Unis d'Amérique

[Voir le commentaire ci-dessus relatif au projet de conclusion 13.]

E. Sixième partie : Objecteur persistant

1. Projet de conclusion 15 : Objecteur persistant

Bélarus

[Original : russe]

On observe des contradictions dans les règles applicables à l'État qui a opposé de manière persistante une objection à la formation d'une règle de droit international coutumier. Il y aurait lieu d'examiner plus en détail, dans le projet de conclusion 15 et le commentaire y afférent, les circonstances dans lesquelles un État peut être dispensé des obligations découlant d'une règle coutumière qui s'est déjà formée. Cette question devrait être abordée conjointement avec celle de l'inaction en tant que forme de pratique ou preuve de l'acceptation comme étant le droit et celle de l'accord tacite à la formation d'une règle coutumière.

Nous estimons que, si un État s'oppose ouvertement et officiellement à la formation d'une coutume internationale, la règle coutumière pourrait ne pas lui être opposable, à condition que la majorité des autres États ne la contestent pas pour des motifs jugés importants par la communauté internationale ou pour préserver l'intégrité de l'ordre juridique international dans son ensemble.

Au paragraphe 1 du projet de conclusion 15, le délai de formation de la règle de droit international coutumier doit être précisé. Il convient d'accorder une attention particulière au principe d'égalité souveraine des États et à l'idée que ces derniers ne peuvent se voir imposer d'obligations sans y avoir consenti de manière expresse et non équivoque. Il faudrait peut-être indiquer ici que la règle en voie de formation n'est pas contraignante et ne crée pas d'obligation pour l'objecteur persistant.

Nous ne voyons pas très bien comment un État pourrait être contraint de maintenir son objection persistante à la règle en voie de se former et dont le caractère contraignant n'est pas encore admis (paragraphe 2 du projet de conclusion 15). Cette exigence est en outre onéreuse pour les États. L'absence d'objection de la part d'un État dans un délai relativement court pourrait être interprétée à tort comme un

acquiescement tacite à la règle et sous-entend que l'État objectant accepte l'existence d'une obligation au regard du droit international. À notre avis, une telle analyse pourrait donner lieu à des attentes infondées quant à la conduite future de l'État concerné. Nous proposons que ce point soit précisé et que, suivant l'exemple du paragraphe 3 du projet de conclusion 10, il soit fait référence au point de savoir si l'État était en mesure de réagir et si les circonstances appelaient une telle réaction.

Chine

[Original : chinois]

Lorsqu'il s'agit de déterminer si l'objection est « maintenue de manière persistante », le commentaire du projet de conclusion 15, qui fixe les règles relatives aux objecteurs persistants, énonce que « [l]on ne peut toutefois pas attendre des États qu'ils manifestent leur objection en toute occasion, en particulier lorsque leur position est déjà bien connue ». La Chine considère que cette position est globalement conforme à la pratique internationale. Néanmoins, 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. En outre, s'il a déjà manifesté clairement son opposition en temps voulu, il n'a pas à le faire de nouveau. La Chine recommande que des précisions soient apportées à cet égard dans le commentaire relatif au projet de conclusion 15.

Danemark (au nom des pays nordiques : Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

[Original : anglais]

Compte tenu des observations que nous avons faites au cours des années précédentes, nous nous félicitons de l'inclusion de la règle de l'objecteur persistant. Les pays nordiques estiment que, lorsqu'un État s'est systématiquement opposé à une règle de droit international coutumier en voie de formation et qu'il continue de le faire après sa cristallisation, cette règle ne lui est pas opposable. À cet égard, il convient 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. Nous sommes également d'avis que, dès lors que la règle de droit international coutumier est formée, aucun État autre qu'un objecteur persistant ne peut s'y soustraire simplement en s'y opposant. Enfin, nous sommes d'accord avec le commentaire selon lequel l'inclusion d'un projet de conclusion sur l'objection persistante est sans préjudice des questions afférentes au *jus cogens*.

El Salvador

[Original : espagnol]

Nous observons que, dans le projet de conclusion 15, qui fait référence au mécanisme de l'objection persistante, il importe, pour en préciser les contours, de souligner que son utilisation est sans préjudice des questions afférentes au *jus cogens*.

En dernière analyse, aucun mécanisme ne peut aller à l'encontre du caractère universel et contraignant des règles du *jus cogens*, comme cela est constant dans la jurisprudence de la Chambre constitutionnelle, qui, à propos de l'obligation internationale de réprimer efficacement les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, a dit que l'imprescriptibilité de ces crimes s'affirme comme l'expression

d'une reconnaissance constante et coutumière des États, **élevée au rang de norme impérative du droit international général et contraignant (*jus cogens*)**, qu'elle soit ou non incorporée dans des conventions particulières ou dans le droit interne ou, en d'autres termes, sans qu'une obligation particulière émanant d'un traité international soit nécessaire (arrêt d'inconstitutionnalité n° 44-2013/145-2013 du 13 juillet 2016).

Israël

[Original : anglais]

Objection persistante

Texte actuel : Au paragraphe 9 du commentaire relatif au projet de conclusion 15, l'idée qu'une objection doit être « maintenue de manière persistante » signifie que celle-ci doit être « réaffirmée lorsque les circonstances sont telles que cette réaffirmation s'impose », c'est-à-dire lorsque le silence ou l'inaction pourraient raisonnablement amener à conclure que l'État y a renoncé.

Commentaires :

- Nous pensons qu'il est opportun de préciser les critères régissant non seulement l'objection persistante, mais aussi son retrait. Nous proposons d'indiquer dans le texte du projet de conclusion 15 que l'abandon de l'objection doit être **clairement exprimé** par l'État comme procédant d'un réexamen approfondi de son *opinio juris*. Il serait difficile d'interpréter comme un abandon un simple silence, l'absence de réaffirmation répétée d'une position ou l'inaction (ce silence ou cette inaction pouvant, notamment, reposer sur d'autres considérations extrajuridiques). En effet, compte tenu du principe de souveraineté de l'État, on ne saurait chercher à invalider l'objection clairement exprimée d'un État souverain sur le seul fondement de l'interprétation de son comportement ;
- Nous nous inquiétons par ailleurs de ce que l'exigence, énoncée dans le projet de conclusion 15, du maintien « de manière persistante » de l'objection, lue conjointement avec le commentaire y afférent, laisser entendre à tort que l'objection en question doit être constamment réaffirmée pour conserver ses effets. Même si tel n'est pas l'objectif du commentaire, il paraît nécessaire et utile, à la fois par principe et dans l'intérêt de la conduite efficace des relations diplomatiques et des conférences internationales, 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.

Amendements proposés :

- Dans l'esprit de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, nous proposons que le projet de conclusion 15 soit modifié comme suit : « aussi longtemps qu'il *conserve* son objection » ;
- Nous recommandons 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. Nous recommandons également que le commentaire précise qu'en règle générale l'objection exprimée clairement et en temps voulu suffit pour

faire de l'État un objecteur à la formation de telle ou telle règle coutumière et n'a pas besoin d'être constamment réaffirmée. À cet égard, nous souhaitons également proposer qu'il soit indiqué au paragraphe 5 du commentaire relatif au projet de conclusion 15 qu'il est difficile de déterminer le moment précis où une règle se cristallise, le processus de formation n'étant pas clairement défini ou délimité.

États particulièrement intéressés et pratique générale

Texte actuel : En outre, le paragraphe 2 du commentaire relatif au projet de conclusion 15 énonce que « la règle de l'objecteur persistant ne vise pas les cas où l'objection d'un nombre important d'États à la formation d'une nouvelle règle de droit international coutumier empêche purement et simplement la cristallisation de la règle en question (du fait qu'il n'y a pas de pratique générale acceptée comme étant le droit) ».

Commentaires :

- S'agissant du paragraphe 2 du commentaire relatif au projet de conclusion susmentionné, nous estimons que la référence au « nombre important d'États » devant s'opposer à une règle afin d'en empêcher la formation en droit coutumier pourrait être interprétée à tort comme inversant la charge de la preuve pourtant bien établie dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, qui permet à une coutume de se faire jour uniquement après une pratique large, représentative et pratiquement uniforme ;

Amendements proposés :

- En outre, pour éviter cette interprétation inexacte et tenir compte des commentaires susmentionnés sur les États particulièrement intéressés, nous proposons que le paragraphe 2 du commentaire relatif au projet de conclusion 15 soit modifié comme suit : « l'objection d'un nombre *suffisant* d'États à la formation d'une nouvelle règle de droit international coutumier empêche purement et simplement la cristallisation de la règle en question ».

[Voir commentaire ci-dessus relatif au projet de conclusion 8.]

Pays-Bas

[Original : anglais]

Nous réaffirmons l'objection persistante que nous avons déjà exprimée en 2015, lors de l'examen du rapport de la CDI à la Sixième Commission, envers l'exigence énoncée dans le projet de conclusion 15, selon laquelle l'objection doit être « maintenue de manière persistante ». Nous nous interrogeons sur l'origine de cette exigence, qui semble inexacte sur les plans aussi bien théorique que logique. On trouve, au cœur de la règle de l'objecteur persistant, l'idée que le droit international est un système consensuel. Si la nécessité d'un consentement formel est évidente dans l'établissement des traités, elle l'est beaucoup moins en droit international coutumier. Dans la formation de ce dernier, un tel consentement n'est pas nécessaire pour que les États soient liés. Au contraire, seule l'objection formelle, constante et clairement exprimée empêchera l'État qui en est l'auteur d'être lié, à l'unique condition qu'elle soit présentée pendant la formation de la règle. L'objection postérieure n'aura pas l'effet escompté d'éviter à l'État d'être lié par la règle. Le cas échéant, 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. 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. 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. Aussi recommandons-nous que le projet de commentaire indique clairement que, de manière générale, l'objection formellement exprimée au cours de la formation d'une règle suffit pour faire d'un État un objecteur persistant, tant et aussi longtemps que, dans sa pratique ou dans l'expression de sa position en droit, il ne soutient pas la « nouvelle règle » et ne s'écarte pas de sa position initiale.

Nouvelle-Zélande

[Original : anglais]

La Nouvelle-Zélande approuve de manière générale la logique de la règle d'objecteur persistant exposée dans le projet de conclusion 15. Elle est favorable à ce qu'il soit précisé au paragraphe 1 de celui-ci que l'existence d'un objecteur persistant ne saurait en elle-même empêcher la formation d'une règle de droit international coutumier. Dans le même temps, elle observe que, lorsque nombre d'États ont exprimé des objections, il est peu probable que la pratique soit suffisamment répandue pour que le premier élément constitutif nécessaire à la formation d'une règle de droit international coutumier soit établi. On trouve sur ce point des explications utiles au paragraphe 8 du commentaire relatif au projet de conclusion 15.

La Nouvelle-Zélande partage le point de vue d'un certain nombre d'autres États qui ont par le passé fait observer qu'un État ne pouvait pas maintenir une objection persistante contre une norme du *jus cogens*. Elle estime à cet égard que le paragraphe 10 du commentaire relatif au projet de conclusion 15 est insuffisant. Selon elle, le lien entre la règle de l'objecteur persistant et le *jus cogens* ne déborde pas le cadre actuellement à l'examen et les projets de conclusion pourraient demeurer incomplets si l'on ne prend pas garde à ce principe. Elle est d'avis que cette règle gagnerait à être présentée de manière plus exhaustive dans le commentaire et dans le texte du projet de conclusion lui-même.

République de Corée

[Original : anglais]

En ce qui concerne le projet de conclusion 15 relatif à l'objection persistante, le Gouvernement de la République de Corée observe qu'il s'agit d'une des règles les plus controversées dans la théorie du droit international coutumier. Il estime que cette règle est susceptible de répercussions considérables sur l'élaboration des normes du droit international et nécessite donc un examen minutieux et plus approfondi.

Singapour

[Original : anglais]

Singapour réaffirme l'existence de la règle de l'« objecteur persistant » exposée au paragraphe 1 du projet de conclusion 15, et la considère comme *lex lata*.

S'agissant du paragraphe 2 du projet de conclusion 15, Singapour se réjouit en particulier que la Commission reconnaisse que, s'agissant du maintien d'une objection persistante, on ne peut pas attendre d'un État qu'il manifeste son objection en toute occasion, en particulier lorsque sa position est déjà bien connue, et que, pour déterminer si la condition exigeant que l'objection d'un État soit maintenue de

manière persistante s'applique, il faut faire preuve de « pragmatisme et tenir compte des circonstances propres à chaque cas ».

Enfin, Singapour observe que l'inclusion du projet de conclusion 15 est sans préjudice des questions afférentes au *jus cogens* et que la Commission mène des travaux distincts sur les normes impératives de droit international général (*jus cogens*). Les travaux sur ces deux questions n'en étant pas au même stade, nous convenons qu'il serait peut-être prématuré d'arrêter une position sur la relation entre le *jus cogens* et la règle de l'objecteur persistant.

États-Unis d'Amérique

[Original : anglais]

Les États-Unis sont d'accord avec l'observation faite au paragraphe 9 du commentaire relatif au projet de conclusion 15, selon laquelle il faut faire preuve de pragmatisme et tenir compte des circonstances propres à chaque cas pour déterminer si une objection à une règle de droit coutumier a été maintenue de manière persistante. Nous nous rallions également à l'idée importante 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 ». À cet égard, nous craignons que l'exemple utilisé au paragraphe 9, soit celui d'« une conférence à laquelle la règle concernée est réaffirmée », puisse être source de confusion. À notre avis, 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, il 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. Cet exemple devrait donc, selon nous, être supprimé du commentaire.

F. Septième partie : Droit international coutumier particulier

1. Projet de conclusion 16 : Droit international coutumier particulier

Bélarus

[Original : russe]

En ce qui concerne le projet de conclusion 16, il serait utile de remplacer l'expression « coutume particulière » par une autre, plus adaptée, même si la formulation employée répond à l'objectif principal visé, à savoir prendre acte de l'existence du phénomène et du fait qu'il n'est pas déterminé que par le seul critère géographique. Par exemple, 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.

Dans certains cas, 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. Il pourrait donc être judicieux de créer une catégorie d'États « particulièrement intéressés » (ce pourrait être l'une des solutions à envisager pour remplacer le terme « droit international coutumier

particulier » utilisé dans le projet de conclusion 16). La formation des règles du droit international coutumier par ces États ne doit pas empiéter sur les intérêts légitimes des autres sujets de droit international ou sur le principe d'égalité souveraine des États.

Les critères d'établissement de l'existence d'une coutume particulière doivent être plus stricts que ceux des règles du droit international coutumier. Il est très important que tous les États intéressés expriment clairement leur acceptation d'une coutume particulière (ou locale).

À notre avis, il serait utile de préciser dans le projet de conclusion 16 les critères régissant l'inclusion des États dans le groupe pour lequel est formée une règle de droit international coutumier particulier. Il faudrait accorder plus de poids aux critères objectifs (géographiques, historiques, militaires et politiques, technologiques ou autres) pour atténuer l'effet des déclarations des États sur la formation des groupes, coalitions et autres.

République tchèque

[Original : anglais]

Droit international coutumier particulier « non localisé » : paragraphe 1 du projet de conclusion 16

Aux termes du paragraphe 1 du projet de conclusion 16, « [u]ne 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 ». Dans son commentaire (paragraphe 5), la Commission ajoute que, « bien qu'une règle de droit international coutumier particulier soit le plus souvent régionale, sous-régionale ou locale, il n'y a pas de raison, en principe, pour qu'une règle de droit international coutumier particulier ne puisse également se former entre États liés par une cause, une activité ou un intérêt commun autre que leur situation géographique ou constituant une communauté d'intérêt, établie par un traité ou autrement ».

Commentaires :

La République tchèque émet des réserves concernant ce projet de conclusion, notamment en ce qui concerne l'analyse du droit international coutumier particulier « non localisé ».

Elle tient à souligner que l'existence du droit international coutumier particulier, de par sa nature exceptionnelle, dépend strictement de la preuve. Autrement dit, la norme de preuve est plus rigoureuse que dans le cas d'une coutume ordinaire ou générale. En outre, comme cela ressort également des débats de la Commission sur le sujet, la jurisprudence en la matière à ce jour repose en majeure partie sur le lien géographique (l'existence d'une coutume « non localisée » restant théorique).

À cet égard, nous observons que ni le commentaire de la Commission, ni les conclusions du rapport du Rapporteur spécial ne contiennent d'exemples concrets de pareille coutume particulière dite « non localisée ». En outre, il est difficile de savoir comment un critère aussi vague qu'« une cause, une activité ou un intérêt commun » (ou « une communauté d'intérêt ») pourrait dans la pratique être appliqué clairement et fonder l'existence d'une règle de droit international coutumier particulier dérogeant aux règles du droit international coutumier général.

Pour cette raison, nous proposons que la Commission approfondisse et développe son analyse de l'existence du soi-disant droit international coutumier « non localisé », à l'aide d'exemples concrets tirés, le cas échéant, de la pratique étatique.

À titre subsidiaire, nous recommandons de ne pas aborder le thème du droit international coutumier « non localisé » dans les projets de conclusion.

Danemark (au nom des pays nordiques : Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède)

[Original : anglais]

Enfin, en ce qui concerne la question du « droit international coutumier particulier », nous sommes d'accord avec l'emploi que fait la Commission de cette expression, de préférence à « coutume particulière », pour souligner que le projet de conclusion 16 porte également sur les règles de droit et non pas sur de simples coutumes ou usages. Comme cela a été observé, il peut effectivement exister entre les États des coutumes locales qui ne sont pas des règles de droit international. Nous convenons qu'il existe généralement une certaine affinité géographique entre les États visés par une règle de droit international coutumier particulier. Nous n'excluons pas en principe qu'une règle de droit international coutumier particulier puisse se former entre États liés par une cause, une activité ou un intérêt commun qui soit autre. Toutefois, il nous semble important de préciser que de tels dénominateurs communs devraient être très clairement reconnaissables entre les États concernés. Cette nécessaire clarté vaut également pour la pratique générale et son acceptation comme étant le droit. À cet égard, nous convenons que la pratique doit être générale, c'est-à-dire constante entre les États concernés, et que chacun d'entre eux doit l'avoir acceptée comme étant le droit entre eux.

El Salvador

[Original : espagnol]

À ce propos, bien que le terme « particulier » nous paraisse assez vague, nous sommes d'accord avec la définition donnée au paragraphe 1 du projet de conclusion 16. Dans la doctrine, les règles de droit international coutumier qui ne sont pas d'application générale, mais visent certaines zones ou régions particulières, sont qualifiées de « coutume régionale ».

La coutume régionale a pour particularité d'émaner d'un groupe d'États qui ont leurs caractéristiques propres. Par exemple, depuis 1991 et la signature, puis la ratification du Protocole de Tegucigalpa à la Charte de l'Organisation des États d'Amérique centrale, la République d'El Salvador fait partie de la communauté économique et politique d'États appelée « Système d'intégration de l'Amérique centrale ». Le fonctionnement de la présidence *pro tempore* du Système repose sur une pratique coutumière voulant qu'un État membre assure la liaison entre les autres et les organes et institutions du Système, en veillant à l'application ininterrompue du programme d'intégration régionale pendant une période de six mois, selon l'ordre de rotation convenu par les États d'Amérique centrale eux-mêmes dans un document normatif. À cet égard, le règlement intérieur de la présidence *pro tempore* du Système d'intégration de l'Amérique centrale, adopté en mars 2009 et en vigueur à ce jour, est le document portant cristallisation de la pratique coutumière, les États s'étant déclarés juridiquement convaincus de son application.

Par conséquent, vu le mode de formation particulier de ce type de pratique coutumière régionale, El Salvador considère que l'expression « Estados interesados » du paragraphe 2 du projet de conclusion 16 ne rend pas pleinement compte ce qu'on entend par ces pratiques coutumières. En effet, les États sont tenus à ces pratiques en raison de la conviction juridique qu'ils leur accordent, ce qui va au-delà d'une simple expression d'intérêt.

Pays-Bas

[Original : anglais]

Le projet de conclusion 16 fait référence à une règle de droit international coutumier « qui ne s'applique [...] qu'entre un nombre limité d'États ». Nous sommes d'avis que l'emploi du verbe « s'appliquer » pourrait prêter à confusion dans ce contexte. Nous proposons de remplacer ce passage par « qui ne lie qu'un nombre limité d'États ».

Nouvelle-Zélande

[Original : anglais]

Projet de conclusion 16 : Droit international coutumier particulier

La Nouvelle-Zélande est favorable à l'inclusion du projet de conclusion 16 sur les règles du droit international coutumier particulier. Ces dernières peuvent servir à l'application des dispositions générales du droit international dans un contexte commun particulier de nature géographique ou autre, ou en l'absence de telles dispositions. Néanmoins, la Nouvelle-Zélande estime que ces règles ne peuvent se substituer aux principes fondamentaux du droit international, notamment les normes du *jus cogens* ou les obligations *erga omnes*, ni y déroger. Il faudrait rendre compte de cette idée dans le commentaire afférent.

Il importe de savoir précisément quels États ont participé à la formation de ces règles et peuvent donc être réputés liés par elles. À cet égard, la Nouvelle-Zélande est d'accord avec la précision apportée au paragraphe 7 du commentaire, selon laquelle la pratique doit être constante entre tous les États visés par la règle de droit international coutumier. Cette précision essentielle devrait selon nous figurer dans le texte même du paragraphe 2 du projet de conclusion 15.

États-Unis d'Amérique

[Original : anglais]

Le projet de conclusion 16, intitulé « Droit international coutumier particulier » nous préoccupe également, pour deux raisons. Premièrement, nous ne sommes pas convaincus que le paragraphe 2 du projet de conclusion définisse correctement les conditions dans lesquelles l'existence d'une règle de droit coutumier particulier devrait être déterminée. En particulier, en énonçant seulement qu'« il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale entre les États concernés qui est acceptée par eux comme étant le droit (*opinio juris*) », le projet de conclusion n'indique pas la nature de l'*opinio juris* que doivent avoir les États intéressés. Il est donc difficile de savoir si la condition de l'*opinio juris* serait remplie dans l'hypothèse où les États intéressés penseraient simplement à tort que la règle relève du droit international coutumier général, ou s'ils doivent, à juste titre, comprendre qu'elle s'applique uniquement entre eux.

Deuxièmement, nous nous interrogeons sur les notions de coutume bilatérale et de coutume entre groupes d'États autres que régionaux. Le 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. À cet égard, nous sommes d'accord avec ce qui est dit au paragraphe 5 du commentaire, à savoir qu'« il n'y a pas de raison, *en principe*, pour qu'une règle de droit international coutumier particulier ne puisse également se former » entre des États liés par autre chose que

leur situation géographique (les italiques sont de nous). Toutefois, à notre avis, cette formulation n'explique pas clairement au lecteur que le droit international coutumier particulier entre des États qui ne sont pas liés par leur situation géographique et, plus généralement, le droit international coutumier bilatéral, sont des notions théoriques qui ne sont pas encore reconnues comme faisant partie du droit international. Nous estimons qu'il est important de préciser ce point dans le commentaire, pour ne pas semer la confusion dans l'esprit du lecteur.

Compte tenu de ce qui précède, les États-Unis proposent que le projet de conclusion 16 soit reformulé comme suit :

Conclusion 16

Droit international coutumier particulier

1. Une règle de droit international coutumier particulier, qu'elle soit régionale, ou 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 (*opinio juris*) applicable entre eux uniquement.

Le commentaire devra être adapté pour tenir compte des modifications susmentionnées. Si l'on devait conserver l'analyse concernant la coutume bilatérale ou de nature « autre », nous pensons que le commentaire devrait indiquer clairement que ces notions ne sont pas encore reconnues en droit international, mais relèvent du développement progressif.

IV. Commentaires sur la forme définitive à donner aux projets de conclusion

Bélarus

[Original : russe]

Le sujet à l'examen a une portée trop limitée pour justifier l'élaboration d'une convention fondée sur les travaux de la Commission. Cette dernière pourrait se limiter à élaborer des conclusions, des directives et d'autres documents afin de fournir aux praticiens du droit international des outils utiles pour déterminer les règles du droit international coutumier.

Chine

[Original : chinois]

S'agissant de la forme définitive à donner au présent sujet, la Chine ne voit aucune objection à la formulation d'un ensemble de conclusions et espère que celles-ci 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.