



Assemblée générale

Distr. limitée
25 juillet 2014
Français
Original: anglais

Commission du droit international

Soixante-sixième session

Genève, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2014

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session

Rapporteur: M. Dire D. Tladi

Chapitre X Détermination du droit international coutumier

Table des matières

	<i>Page</i>
A. Introduction	
B. Examen du sujet à la présente session	
1. Présentation par le Rapporteur spécial du deuxième rapport	
2. Résumé du débat	
a) Observations générales	
b) Emploi des termes	
c) Approche fondamentale	
d) «Une pratique générale»	
e) «Acceptée comme étant le droit»	
3. Observations finales du Rapporteur spécial	



Chapitre X

Détermination du droit international coutumier

A. Introduction

1. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a décidé d'inscrire le sujet «Formation et identification du droit international coutumier» à son programme de travail et a nommé M. Michael Wood Rapporteur spécial pour le sujet¹. Au cours de la même session, la Commission a été saisie d'une note du Rapporteur spécial (A/CN.4/653)². À la même session également, la Commission a prié le Secrétariat d'établir une étude recensant les éléments des travaux antérieurs de la Commission qui pourraient être particulièrement utiles pour ce sujet³.

2. À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/663), ainsi qu'une étude du Secrétariat sur le sujet (A/CN.4/659)⁴. À la même session, la Commission a décidé de renommer le sujet comme suit: «La détermination du droit international coutumier».

B. Examen du sujet à la présente session

3. À la présente session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/672). Elle a examiné le rapport de sa 3222^e à sa 3227^e séance, du 11 au 18 juillet 2014.

1. Présentation par le Rapporteur spécial du deuxième rapport

4. Le deuxième rapport était axé sur les deux éléments constitutifs du droit international coutumier: «une pratique générale» et «acceptée comme étant le droit». Le Rapporteur spécial y proposait onze projets de conclusion, articulés en quatre parties («introduction»; «deux éléments constitutifs»; «pratique générale»; «acceptée comme étant le droit»).

[5]. Après avoir retracé l'historique du sujet, le rapport présentait dans sa première partie la délimitation du sujet et la forme que pourraient prendre les résultats des travaux. La délimitation et la portée des projets de conclusion faisaient l'objet du projet de

¹ À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 10* (A/67/10), par. 157). L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 67/92 en date du 14 décembre 2012, a pris note avec satisfaction de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. La Commission avait inscrit le sujet à son programme de travail à long terme à sa soixante-troisième session (2011), sur la base de la proposition reproduite à l'annexe A de son rapport sur les travaux de cette session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10* (A/66/10), p. 322 à 331).

² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 10* (A/67/10), par. 157 à 202.

³ *Ibid.*, par. 159.

⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10* (A/68/10), par. 64.

conclusion 1⁵, et le projet de conclusion 2 était consacré à l'emploi de certains termes qu'il était jugé utile de définir aux fins des travaux⁶. La deuxième partie du rapport abordait ensuite le cœur du sujet, à savoir l'approche fondamentale de la détermination du droit international coutumier. Le projet de conclusion 3 exposait clairement l'approche dite des deux éléments⁷, et le projet de conclusion 4 consistait en une disposition générale sur l'appréciation de la preuve aux fins de cette approche⁸. Les deux éléments étaient traités de façon plus détaillée dans chacune des deux parties suivantes, respectivement. La troisième partie proposait cinq projets de conclusion relatifs à la nature et à l'identification d'une «pratique générale», à savoir le rôle de la pratique (projet de conclusion 5), l'attribution de comportement (projet de conclusion 6), les formes de pratique (projet de conclusion 7), l'appréciation de la preuve de la pratique (projet de conclusion 8) et le caractère général et constant de la pratique (projet de conclusion 9)⁹. La quatrième partie était ensuite consacrée

⁵ Le projet de conclusion 1 se lisait comme suit:

Portée

1. Les présents projets de conclusion intéressent la méthodologie à suivre pour déterminer l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier.
2. Les présents projets de conclusion sont sans préjudice de la méthodologie concernant d'autres sources du droit international et les questions relatives aux normes impératives de droit international (*jus cogens*).

⁶ Le projet de conclusion 2 se lisait comme suit:

Emploi des termes

Aux fins des présents projets de conclusion:

- a) L'expression «droit international coutumier» s'entend des règles de droit international qui découlent et sont l'expression d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;
- b) L'expression «organisation internationale» s'entend de toute organisation intergouvernementale;
- c) ...

⁷ Le projet de conclusion 3 se lisait comme suit:

Approche fondamentale

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

⁸ Le projet de conclusion 4 se lisait comme suit:

Appréciation de la preuve

Pour apprécier si telle pratique générale est acceptée comme étant le droit, il faut tenir compte du contexte, notamment des circonstances de l'espèce.

⁹ La troisième partie (projets de conclusions 5 à 9) se lisait comme suit:

Pratique générale

Projet de conclusion 5

Rôle de la pratique

L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément du droit international coutumier signifie que c'est avant tout la pratique des États qui contribue à la création ou à l'expression de règles de droit international coutumier.

Projet de conclusion 6

Attribution de comportement

La pratique de l'État consiste dans le comportement qui lui est attribuable, dans l'exercice d'une fonction exécutive, législative, judiciaire ou autre.

Projet de conclusion 7

Formes de pratique

1. La pratique peut prendre diverses formes et résulte d'actes matériels et verbaux.

au second des deux éléments – «acceptée comme étant le droit» – qui faisait l’objet de deux projets de conclusion sur le rôle de l’acceptation d’une pratique générale comme étant le droit et la preuve de l’acceptation comme étant le droit (projets de conclusions 10 et 11 respectivement)¹⁰.

2. La pratique se manifeste notamment dans le comportement des États «sur le terrain», l’action et la correspondance diplomatiques, les actes législatifs, la jurisprudence interne, les publications officielles dans le domaine du droit international, les déclarations faites au nom d’États concernant telle ou telle entreprise de codification, la pratique en matière de traités et les actes résultant de résolutions adoptées par des organes d’organisations ou de conférences internationales.

3. L’inaction peut aussi valoir pratique.

4. Les actes (y compris l’inaction) des organisations internationales peuvent également valoir pratique.

Projet de conclusion 8

Appréciation de la preuve de la pratique

1. Il n’y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.

2. Il convient d’envisager l’ensemble de la pratique connue de l’État. On accordera moins de poids à la pratique des organes de l’État dès lors qu’ils ne parlent pas d’une même voix.

Projet de conclusion 9

La pratique doit être générale et constante

1. Pour concourir à constituer une règle de droit international, la pratique correspondante doit être générale, c’est-à-dire suffisamment répandue et représentative, sans être forcément universelle.

2. La pratique doit être généralement constante.

3. Il n’est prescrit aucune durée précise, pour autant que la pratique soit suffisamment générale et constante.

4. Pour déterminer l’existence d’une pratique, on prendra dûment en considération la pratique des États particulièrement intéressés.

¹⁰ La quatrième partie (projets de conclusions 10 et 11) se lisait comme suit:

«Acceptée comme étant le droit»

Projet de conclusion 10

Rôle de l’acceptation d’une pratique générale comme étant le droit

1. La condition que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit, en tant qu’élément constitutif du droit international coutumier, signifie que la pratique en question s’accompagne d’un sentiment d’obligation juridique.

2. Distingue la règle de droit international coutumier de la simple habitude ou du simple usage le fait d’être acceptée comme étant le droit.

Projet de conclusion 11

Preuve de l’acceptation comme étant le droit

1. La preuve de l’acceptation d’une pratique générale comme étant le droit peut revêtir diverses formes, celles-ci pouvant varier selon la nature de la règle et les circonstances de son application.

2. Les formes de preuves comprennent, sans s’y limiter, les déclarations par lesquelles l’État affirme ce qui est ou n’est pas la règle de droit international coutumier, la correspondance diplomatique, la jurisprudence des juridictions internes, les avis des conseillers juridiques de gouvernements, les publications officielles dans les domaines du droit international, la pratique conventionnelle et les décisions touchant les résolutions des organes d’organisations internationales et de conférences internationales.

3. L’inaction peut également valoir preuve d’acceptation comme étant le droit.

5. Dans sa présentation, le Rapporteur spécial a rappelé certains aspects des débats qui avaient eu lieu lors de la session de 2013 de la Commission sur la délimitation et le résultat de l'examen du sujet. Il a noté en particulier que l'idée était actuellement de donner au résultat des travaux la forme de «conclusions» assorties de commentaires, une idée qui était largement appuyée au sein de la Commission et de la Sixième Commission. Cela n'excluait cependant pas de revoir la question de la forme finale au fur et à mesure de la progression des travaux. Le Rapporteur spécial a indiqué par ailleurs qu'il n'entendait pas traiter des principes généraux du droit ni du *jus cogens* dans le cadre du sujet.

6. Le Rapporteur spécial a rappelé que l'objectif du sujet, comme il était noté dans la première partie du rapport, n'était pas de déterminer la substance des règles de droit coutumier, mais plutôt de traiter la question méthodologique de la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international coutumier.

7. Le deuxième rapport était fondé sur l'approche dite des deux éléments présidant à la détermination des règles de droit international coutumier. Le Rapporteur spécial a fait observer que cette approche était largement suivie dans la pratique des États et dans les décisions des cours et tribunaux internationaux, y compris la Cour internationale de Justice, et avait été bien accueillie à la Sixième Commission. Elle était aussi généralement appuyée dans la doctrine. Il a aussi rappelé le point de vue soutenu à l'égard de certaines branches du droit international, comme le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, selon lequel un seul élément, à savoir l'*opinio juris*, pourrait suffire à établir une règle de droit international coutumier, en soulignant que ce point de vue n'était pas étayé par la pratique des États ni la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Le Rapporteur spécial a toutefois noté qu'il pouvait y avoir des variations dans l'application de l'approche des deux éléments dans différents domaines ou à l'égard de différents types de règles.

8. Après avoir exposé les aspects fondamentaux de l'approche des deux éléments, le rapport comportait une présentation plus détaillée de chacun des deux éléments. S'agissant du premier élément – «une pratique générale» –, le Rapporteur spécial a indiqué que cette expression était préférable à celle de «pratique des États», car elle reprenait le libellé de l'article 38, paragraphe 1 b), du Statut de la Cour internationale de Justice et tenait compte du fait que la pratique de certaines organisations internationales pouvait aussi jouer un rôle. De même, le texte du projet de conclusion relatif au rôle de la pratique, selon lequel c'était avant tout la pratique des États qui contribuait à la création ou à l'expression de règles de droit international coutumier, était partiellement inspiré de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Dans le même ordre d'idées, le projet de conclusion sur l'attribution du comportement proposé dans le rapport s'inspirait en grande partie des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

9. Le rapport traitait par ailleurs longuement de ce que l'on pouvait appeler les «manifestations de la pratique», c'est-à-dire les actes ou omissions susceptibles de jouer un rôle pour la détermination d'une «pratique générale». Le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur six points concernant cette partie du rapport. Tout d'abord, la pratique pouvait prendre la forme d'actes verbaux ainsi que d'actes matériels. Ensuite, une liste indicative des formes de pratique était utile, compte tenu en particulier de l'objectif global du sujet, bien qu'une telle liste soit inévitablement incomplète. Troisièmement, bon nombre des types de pratique énumérés pouvaient également servir d'éléments de preuve de l'acceptation comme étant le droit. Quatrièmement, la pratique consacrée dans des traités et les résolutions des organes d'organisations internationales constituaient actuellement deux

4. Le fait qu'un acte (positif ou négatif) accompli par tel État établisse l'existence d'une pratique aux fins de la détermination d'une règle de droit international coutumier n'empêche pas le même acte de prouver que la pratique en question est acceptée comme étant le droit.

des formes les plus importantes de pratique et feraient l'objet d'un examen plus approfondi dans le rapport suivant. Cinquièmement, l'importance pratique de l'inaction, ou du silence, ne devait pas être sous-estimée. Enfin, la pratique de certaines organisations internationales pouvait revêtir une importance croissante, même s'il convenait de l'apprécier avec précaution.

10. Le Rapporteur spécial a précisé qu'il n'y avait pas de hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique et que la pratique d'un État devait être considérée dans son ensemble. De plus, la pratique devait être générale et constante. Pour être générale, la pratique devait être suffisamment répandue et représentative, sans être nécessairement universelle. Lorsque ces conditions étaient réunies, aucune durée minimale précise ne serait requise. Il convenait en outre de prendre dûment en considération la pratique des États particulièrement intéressés.

11. Abordant le second des deux éléments – «acceptée comme étant le droit» – le Rapporteur spécial a souligné que cet élément présentait généralement plus de difficultés théoriques que pratiques. Dire qu'une pratique générale devait être acceptée comme étant le droit signifiait que la pratique en question devait s'accompagner d'un sentiment d'obligation juridique, ce qui distinguait une règle de droit international coutumier de la simple habitude ou du simple usage. Il a été également expliqué que l'expression «acceptée comme étant le droit», reprise du texte du Statut de la Cour internationale de Justice, était préférable à celle d'*opinio juris* ou à d'autres termes employés dans la jurisprudence, car elle décrivait mieux ce qui se passait dans la pratique que d'autres expressions couramment employées. L'emploi de l'expression «acceptée comme étant le droit» éviterait aussi de devoir interpréter l'expression latine «*opinio juris sive necessitatis*», qui continuait de prêter à discussion.

12. Le rapport abordait ensuite la question critique de la preuve de l'acceptation (ou non) d'une pratique générale comme étant le droit. Il concluait que cette acceptation pouvait ressortir de cette pratique elle-même ou en être déduite, tout en soulignant que l'élément subjectif constituait une exigence distincte de la «pratique générale», et devait être déterminé séparément dans chaque cas. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il serait peut-être nécessaire de prévoir un autre projet de conclusion pour clarifier ce point. À l'instar de celle de la «pratique», la preuve de «l'acceptation comme étant le droit» pouvait prendre plusieurs formes, d'où la liste indicative, non exhaustive, de ces différentes formes figurant dans le rapport.

13. Le Rapporteur spécial a exprimé sa profonde gratitude pour les contributions et l'appui dont il avait bénéficié pour l'élaboration du deuxième rapport, ainsi que pour les contributions écrites reçues de plusieurs gouvernements sur le sujet. Il a précisé que certains autres aspects du sujet seraient étudiés de façon plus détaillée dans son troisième rapport l'année suivante et a indiqué à ce propos qu'il continuerait d'accueillir avec intérêt les points de vue et contributions au fur et à mesure de l'avancée des travaux sur le sujet. Il a sollicité les points de vue des membres non seulement sur la question des effets réciproques des deux éléments, mais aussi sur le rôle de la pratique des acteurs non étatiques, le rôle des résolutions d'organisations internationales et de conférences, le rôle des traités (et les relations avec les traités), la fonction d'évaluation de la preuve de la pratique et de l'acceptation de la pratique comme étant le droit, et les moyens de résoudre les problèmes liés à l'évaluation de la pratique des États et la preuve de celle-ci.

14. Le Rapporteur spécial a aussi indiqué que l'examen du droit coutumier international «spécial» ou «régional», notamment de la «coutume bilatérale» dont l'intérêt avait été souligné en 2013 à la Sixième Commission, interviendrait dans le cadre de son troisième rapport en 2015.

2. Résumé du débat

a) Observations générales

15. L'orientation et l'approche d'ensemble du Rapporteur spécial ont recueilli un large appui. L'approche dite «des deux éléments» a fait l'unanimité. Il a été convenu que le résultat des travaux devrait être un outil pratique présentant un intérêt particulier pour les praticiens qui n'étaient pas des spécialistes du droit international. À cet égard, il a été recommandé que les nuances et précisions soient placées essentiellement dans les projets de conclusions plutôt que dans les commentaires, car ceux qui ne sont pas familiers avec la matière tireraient profit de tels éclaircissements. Il a aussi été généralement convenu que les projets de conclusions ne devaient pas être indument prescriptifs mais devaient traduire la souplesse inhérente au droit international coutumier.

16. Des questions ont toutefois été soulevées quant à la portée du sujet. Certains membres de la Commission ont demandé qu'outre l'examen des preuves du droit international coutumier, il soit fait plus directement référence au processus de formation des règles de ce droit. Plusieurs membres se sont de plus déclarés préoccupés par l'absence d'examen détaillé de la relation entre le droit international coutumier et d'autres sources de droit international, en particulier les principes généraux du droit. On a également dit qu'il serait utile d'examiner la relation de ce droit avec les usages et la courtoisie.

17. Le Rapporteur spécial a été félicité des efforts faits pour tirer parti de la pratique de différentes régions du monde, même si plusieurs membres ont souligné qu'il était difficile de s'assurer de la pratique des États dans ce domaine. Comme il était fondamentalement important que la pratique soit plus accessible et disponible, on a dit qu'il serait utile de demander de nouveau aux gouvernements de communiquer des informations sur leur pratique de la détermination du droit international, ainsi que sur les recueils et autres publications consignant la pratique étatique pertinente. Certains membres ont estimé qu'il fallait, bien qu'il soit difficile de s'assurer de la pratique des États, prendre garde à ne pas accorder trop de poids à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice par rapport à celle des autres juridictions internationales.

18. Un échange de vues a aussi eu lieu sur la question connexe de savoir à qui incombait la charge de prouver l'existence d'une règle de droit international coutumier. Certains membres de la Commission ont débattu la question de savoir si, en cas de différend sur l'existence de telle ou telle règle, c'était à la partie qui invoquait la règle ou à celle qui en niait l'existence qu'incombait la charge de la preuve, ou si le juge devait prendre des mesures positives pour recueillir des preuves.

19. Le programme de travail proposé par le Rapporteur spécial a été généralement approuvé. Plusieurs membres se sont félicités de la proposition d'examiner l'interaction entre les deux éléments du droit international coutumier, certains demandant que les aspects temporels de cette interaction soient étudiés. L'idée d'examiner plus avant le rôle des organisations internationales, la coutume régionale et bilatérale et la notion d'«objecteur persistant» a aussi été bien accueillie. Certains membres ont toutefois exprimé des réserves quant au rythme ambitieux proposé pour les travaux par le Rapporteur spécial, notant que le sujet soulevait de nombreuses questions complexes qui nécessiteraient un examen prudent et approfondi.

b) Emploi des termes

20. On s'est demandé s'il était souhaitable de définir les expressions «droit international coutumier» et «organisation internationale» comme il était proposé dans le projet de conclusion relatif à l'emploi des termes. Plusieurs membres doutaient que de telles définitions fussent nécessaires ou appropriées, quand plusieurs autres estimaient qu'elles

seraient utiles et ont proposé que d'autres termes, y compris les deux éléments du droit international coutumier, soient également définis.

21. Pour ce qui est de la définition du droit international coutumier proposée par le Rapporteur spécial dans le projet de conclusion 2, deux points ont fait l'objet de longs débats. Différentes opinions ont été exprimées sur le point de savoir s'il convenait de fonder la définition sur le texte de l'article 38, paragraphe 1 b) du Statut de la Cour internationale de Justice et s'il convenait d'utiliser l'expression «*opinio juris*». Plusieurs membres estimaient qu'il fallait fonder la définition sur le texte du Statut, même si d'autres ont fait observer que cette définition avait été largement critiquée par la doctrine. Notant qu'«*opinio juris*» était l'expression la plus couramment utilisée dans la jurisprudence et la doctrine, plusieurs membres ont demandé qu'elle remplace l'expression «acceptée comme étant le droit», et plusieurs autres ont proposé de faire référence à l'une et l'autre.

c) Approche fondamentale

22. L'approche fondamentale dite «des deux éléments» de la détermination des règles du droit international coutumier a été largement approuvée. En particulier, les membres de la Commission ont, de manière générale, souscrit à l'idée que l'approche fondamentale ne variait pas selon les domaines du droit international concernés. Certains membres ont toutefois indiqué qu'il existait différentes approches de la détermination dans différents domaines, mais ils ont reconnu qu'il pouvait s'agir d'une différence dans l'application de l'approche dite «des deux éléments» et non d'une approche distincte.

23. Anticipant l'examen par le Rapporteur spécial de l'interaction entre les deux éléments dans son rapport suivant, plusieurs membres ont fait des observations sur les aspects temporels de l'approche dite «des deux éléments». Certains ont dit craindre que, telle que définie dans le projet de conclusion 3, cette approche n'implique qu'«une pratique générale» devait toujours précéder son «acceptation comme étant le droit». Plusieurs membres ont indiqué que c'est l'existence des deux éléments qui était critique, non leur chronologie, quelle qu'elle soit.

24. S'agissant d'apprécier la preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit, différentes opinions ont été exprimées sur la formule «il faut tenir compte du contexte, notamment des circonstances de l'espèce» proposée dans le projet de conclusion 4. Certains membres se sont félicités de la mention du contexte, car elle dénotait la souplesse inhérente au processus, tandis que d'autres ont demandé l'adoption de critères plus clairs et distincts. La question a aussi été posée de savoir si l'approche proposée de la détermination rendait compte des réalités de la pratique internationale. On a souligné qu'un examen exhaustif de la pratique des États et de l'*opinio juris* était exceptionnel, car c'était le plus souvent d'abord dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, les travaux de la Commission du droit international, les résolutions de l'Assemblée générale ou les traités que la preuve de l'existence d'une règle était recherchée.

d) «Une pratique générale»

25. Diverses opinions ont été exprimées sur le libellé du projet de conclusion 5 qui, dans sa partie pertinente, disposait que «la pratique des États ... contribue à la création de règles de droit international coutumier». On a proposé de clarifier ce libellé en indiquant précisément quelle pratique était pertinente pour déterminer l'existence d'«une pratique générale», bien que les propositions de clarification aient été diverses. Certains membres de la Commission estimaient que l'expression «avant tout» était malheureuse car elle donnait à penser que la pratique d'entités autres que l'État pouvait être pertinente. Ces membres considéraient que la pratique des organisations internationales ne devait pas être prise en compte dans la détermination des règles du droit international coutumier. Pour d'autres membres, la pratique des organisations internationales n'était pertinente que dans la mesure

où elle traduisait celle des États. Certains autres membres pensaient toutefois avec le Rapporteur spécial que la pratique des organisations internationales pouvait en tant que telle être pertinente s'agissant d'établir des règles coutumières, en particulier dans certains domaines d'activité relevant du mandat de ces organisations. Ces membres ont appelé l'attention sur des domaines tels que les privilèges et immunités, la responsabilité des organisations internationales et la fonction de dépositaire des traités, dans lesquels la pratique des organisations internationales était particulièrement pertinente.

26. Des membres ont appuyé la proposition du Rapporteur spécial d'étudier plus avant dans son troisième rapport le rôle des organisations internationales en relation avec la détermination des règles du droit international coutumier. Dans la mesure où la pratique des organisations internationales pouvait être pertinente, certains membres ont demandé que l'on examine quelles formes elle pouvait prendre précisément. Certains ont aussi estimé que l'étude du rôle éventuel de la pratique d'acteurs non étatiques pouvait être utile.

27. Sur la question de l'attribution du comportement, plusieurs membres ont proposé de réviser le libellé du projet de conclusion 6, qui s'inspirait dans une large mesure des *Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*. Selon ces membres, l'attribution devait en l'occurrence être envisagée différemment car, aux fins du droit international coutumier, la pratique pertinente devait être autorisée par l'État. Lorsqu'un organe agissait *ultra vires*, on pouvait se demander si son comportement devait être considéré comme la pratique de l'État. On s'est également demandé à cet égard si le comportement d'acteurs non étatiques agissant au nom de l'État constituait une pratique pertinente.

28. Les formes proposées de comportement de l'État susceptibles de constituer «une pratique générale» ont recueilli un large appui. En particulier, plusieurs membres se sont félicités que les actes verbaux aient été retenus en sus des actes matériels, même si certains membres ont demandé que l'on précise quels actes verbaux étaient pertinents. Il existait une incertitude sur le point de savoir si des actes verbaux pouvaient à eux seuls donner naissance à «une pratique générale», et celui de savoir si de tels actes devaient être transcrits ou répétés. On a recommandé que le projet de conclusion envisage spécifiquement d'autres formes d'actes verbaux, par exemple les actes diplomatiques de reconnaissance et de protestation. On a aussi proposé que les actes administratifs soient expressément mentionnés. Enfin, un débat a eu lieu sur la pertinence des plaidoiries devant les juridictions internationales en tant que pratique des États.

29. Quant à la conclusion relative à l'«inaction» en tant que forme de pratique, la question devait, de l'avis général, être étudiée plus avant et clarifiée. Plusieurs membres estimaient que les conditions précises dans lesquelles l'inaction devenait pertinente devaient être examinées, indiquant que le silence ou l'inaction pouvaient n'être pertinents que lorsque les circonstances appelaient une réaction. Selon une autre opinion, l'importance de l'inaction ou du silence pouvait varier selon qu'ils avaient trait à une règle restrictive ou à une pratique d'autres États à laquelle l'État concerné ne se livrait pas lui-même.

30. En ce qui concerne l'appréciation de la preuve de la pratique, des questions ont été posées quant à la signification précise de la proposition suivante figurant dans le projet de conclusion 8: «[i]l n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique». Plusieurs membres ont indiqué que la pratique de certains organes de l'État était plus importante que celle des autres, certains faisant observer que les différents organes étaient plus ou moins habilités à exprimer la position de l'État au plan international. On a dit que lorsqu'on évaluait la pratique d'un organe, il fallait examiner si son mandat avait un lien direct avec le contenu de la règle en question, et s'il agissait au nom de l'État au niveau international. Selon une opinion, la pratique des tribunaux internes devait à cet égard être traitée avec prudence.

31. Sur la question connexe de savoir si l'incohérence de la pratique au sein d'un État devait réduire le poids accordé à la pratique de cet État, certains membres ont estimé que cette incohérence était importante, alors que pour plusieurs autres l'incohérence dans la pratique des organes de rang inférieur ne devait pas affecter la valeur probante. On a dit aussi craindre que le libellé proposé quant à cette incohérence interne dans le projet de conclusion 8 ne soit trop prescriptif et porte atteinte à la souplesse du processus de détermination.

32. On a aussi proposé que d'autres critères soient envisagés pour décider si des manifestations de la pratique étaient valides aux fins de la détermination des règles du droit international coutumier. Par exemple, selon une opinion, pour être valide la pratique devait être publique, respecter le droit interne et présenter un certain lien avec la teneur de la règle en question.

33. L'idée que la pratique devait être générale et constante pour établir une règle de droit international coutumier était généralement partagée, même si plusieurs membres étaient préoccupés par certains termes utilisés dans le projet de conclusion 9. Les mots «représentative» et «suffisamment répandue» devaient, selon certains membres, être explicités et clarifiés. Plusieurs membres estimaient également que le projet de conclusion devait employer les termes «uniforme» ou «pratiquement uniforme», et évoquer la fréquence ou la répétition de la pratique. Enfin, on a dit qu'il fallait mieux expliquer dans quels cas une pratique déviante était écartée comme une violation dénuée de pertinence d'une règle existante, ou comme une exception au processus de formation.

34. La notion d'«États particulièrement affectés», telle qu'exprimée dans le projet de conclusion 9, paragraphe 4, a fait l'objet de longs débats. Plusieurs membres considéraient que cette notion n'était pas conciliable avec l'égalité souveraine des États et ne devait pas figurer dans le projet de conclusions. On a appelé l'attention sur la jurisprudence limitée de la Cour internationale de Justice sur le sujet, certains membres faisant observer que la Cour n'avait pas fait de cette notion une notion d'application générale et avait seulement jugé que la pratique des États particulièrement affectés devait être examinée dans le contexte spécifique de chaque espèce. Les membres qui ne s'opposaient pas à ce que cette notion figure dans le projet de conclusions ont souligné qu'il ne s'agissait pas d'un moyen d'accorder davantage de poids aux États puissants, ni de déterminer si une pratique était suffisamment répandue. On a finalement estimé que le rôle éventuel des États particulièrement affectés devait être clarifié, y compris quant au rôle que cette notion pouvait jouer dans le contexte des règles régionales ou bilatérales.

e) «Acceptée comme étant le droit»

35. Le rôle de l'«acceptation comme étant le droit» dans la détermination de l'existence d'une règle de droit international coutumier a fait l'objet d'un accord général au sein de la Commission. Pour certains membres, toutefois, l'expression «sens d'obligation juridique» n'expliquait pas suffisamment l'intervention de l'élément subjectif. On a dit qu'il convenait peut-être, à cet égard, de se pencher sur le rôle d'une pratique déviante par laquelle un État visait à modifier une règle existante.

36. Pour ce qui est de la preuve de l'acceptation comme étant le droit, l'idée qu'un acte (y compris l'inaction) puisse établir à la fois une pratique et son acceptation comme étant le droit a été débattue. Certains membres estimaient que, d'une manière générale, l'acceptation d'une pratique comme répondant à une contrainte juridique ne pouvait être prouvée par un simple renvoi aux preuves de la pratique elle-même. Plusieurs membres, en revanche, ne voyaient pas de problème au «double comptage», notant que la preuve des deux éléments pouvait être identifiée par un examen du même comportement. On a proposé d'étudier cette question plus avant dans le cadre de l'examen de l'interaction entre les deux éléments.

37. Plusieurs autres observations ont été faites sur la preuve de l'acceptation comme étant le droit. Pour certains membres, cette acceptation devait être quasiment universelle pour établir une règle. D'autres membres ont proposé d'étudier le rôle des résolutions des organisations internationales comme preuve potentielle de l'*opinio juris*. On a aussi demandé des éclaircissements sur certains points. Par exemple, on a dit qu'il fallait expliciter les méthodes utilisées pour identifier l'*opinio juris*, outre les formes de preuves prévues dans le projet de conclusion 11. Étant donné l'objet pratique des travaux, il serait utile de mieux expliquer comment distinguer la pratique révélant l'acceptation comme étant le droit des autres comportements. Enfin, on a dit que le rôle des évaluations de l'élément subjectif par le Comité international de la Croix-Rouge ainsi que par les organisations professionnelles et les juristes devait être pris en compte.

3. Observations finales du Rapporteur spécial

38. Le Rapporteur spécial a souligné que l'approche dite «des deux éléments» continuait de bénéficier d'un appui général parmi les membres de la Commission, faisant observer que les aspects temporels des deux éléments, ainsi que leur interaction, méritait un examen plus poussé. Il a aussi noté que les membres de la Commission étaient généralement d'accord pour dire que les décisions des cours et tribunaux internationaux étaient parmi les principaux éléments à prendre en compte dans les travaux sur le sujet. Quant au résultat de ceux-ci, les membres de la Commission continuaient de penser qu'ils devaient aboutir à l'adoption d'un guide pratique susceptible d'aider les praticiens à déterminer le droit international coutumier en leur donnant des indications tout en ménageant une certaine souplesse. Pour le Rapporteur spécial, une incertitude demeurait quant à la nécessité d'étudier expressément l'aspect de formation des règles du droit international coutumier.

39. Le Rapporteur spécial a indiqué que ce guide pratique devrait prendre la forme d'un ensemble concis de projets de conclusions solides et exhaustifs qui devrait être lu avec les commentaires y relatifs. Ces derniers, complément indispensable des projets de conclusions, devraient être relativement brefs, ne renvoyant qu'à la pratique, la jurisprudence et la doctrine essentielles, en prenant comme modèles les articles sur la *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* ou la *Responsabilité des organisations internationales*.

40. L'importance des informations fournies par les États sur leur pratique en relation avec le droit international coutumier ainsi que sur les recueils nationaux et publications connexes a de nouveau été soulignée, et le Rapporteur spécial a indiqué qu'il serait utile que la Commission adresse une demande aux États à cet égard.

41. Sur la question générale de savoir quelle pratique comptait, le Rapporteur spécial a reconnu qu'il pourrait être indiqué plus clairement que les projets de conclusions concernaient d'abord et surtout la pratique des États. Il a cependant souligné que dans certains domaines la pratique d'au moins certaines organisations internationales, par exemple en relation avec les traités, les privilèges et immunités ou le droit interne des organisations internationales, ne pouvait être écartée.

42. Pour ce qui est de la terminologie utilisée dans le projet de conclusion 1, le Rapporteur spécial a reconnu que le mot "méthodologie" créait des difficultés, mais il a fait observer que les autres propositions faites durant le débat ne les éliminaient pas nécessairement. Il a souligné que le texte de cette conclusion devait indiquer qu'elle avait pour objet de souligner que les projets de conclusions ne visaient pas à déterminer les règles de fond du droit international coutumier mais bien l'approche à suivre pour les déterminer. Le Rapporteur spécial a aussi réitéré ses doutes quant à la nécessité de conserver les définitions proposées dans le projet de conclusion 2 au lieu de les placer dans le commentaire.

43. Le Rapporteur spécial a souligné l'importance capitale de l'approche fondamentale exposée dans le projet de conclusions 3, et a indiqué qu'il préférerait que l'on conserve le libellé tiré du Statut de la Cour internationale de Justice. Cette formule était probablement plus pertinente que d'autres expressions communément utilisées, car elle ménageait une place à la pratique autre que la pratique étatique et consacrait une conception plus large de l'élément subjectif. Toutefois, étant donné les controverses suscitées par l'expression «acceptée comme étant le droit», le Rapporteur spécial a proposé de la compléter par l'expression courante «*opinio juris*». Il a aussi fait observer que de l'avis général il n'y avait pas différentes approches de la détermination dans les différents domaines du droit international, tout en reconnaissant que l'approche fondamentale pouvait être appliquée différemment en relation avec différents types de règles.

44. En ce qui concerne l'utilisation de l'expression «avant tout» dans le projet de conclusion 5, le Rapporteur spécial a expliqué que cette expression était utilisée pour insister sur le rôle de premier plan de la pratique des États, tout en ménageant la possibilité de prendre en considération la pratique des organisations internationales.

45. Le Rapporteur spécial a reconnu qu'il fallait étudier plus avant si les règles relatives à l'attribution adoptées aux fins de la responsabilité de l'État étaient applicables en l'espèce. Il a aussi indiqué qu'il fallait réfléchir davantage aux questions concernant la licéité d'une pratique.

46. Le Rapporteur spécial s'est félicité du large appui recueilli par les paragraphes 1 et 2 du projet de conclusion 7, en particulier en ce qui concerne l'inclusion des actes tant verbaux que matériels. Il a toutefois reconnu qu'il lui faudrait se pencher, dans son prochain rapport, sur les questions relatives à l'inaction soulevées par les paragraphes 3 et 4.

47. S'agissant de l'existence éventuelle d'une hiérarchie entre les diverses formes de pratique et l'incohérence de la pratique au sein d'un même État, le Rapporteur spécial a expliqué que l'accent était mis sur l'absence d'une hiérarchie «prédéterminée» et qu'il ne voulait assurément pas dire que les actes des organes de rang inférieur avaient le même poids que la pratique des organes de rang supérieur.

48. Le Rapporteur spécial s'est félicité du large appui recueilli par le projet de conclusion 9, même s'il a reconnu que l'expression «États particulièrement intéressés» avait suscité un débat. Il a expliqué que le libellé de cette conclusion était prudent et qu'il n'avait pas voulu dire que la pratique de certains États puissants devait être considérée comme essentielle dans la formation des règles du droit international coutumier. Les États en question pouvaient varier d'une règle à l'autre, et l'expression ne visait aucun État particulier.

49. S'agissant des deux conclusions sur «l'acceptation comme étant le droit», le Rapporteur spécial a reconnu que leur libellé devait être aligné sur celui des projets de conclusions relatifs à «une pratique générale». Il a aussi indiqué que la question dite du «double comptage» des mêmes actes en tant que preuve et de la pratique et de l'*opinio juris* serait étudiée plus avant, puisque les membres de la Commission ont exprimé des opinions divergentes à cet égard.

50. Quant au programme de travail futur sur le sujet, le Rapporteur spécial a indiqué que son troisième rapport porterait, en particulier, sur diverses questions touchant les organisations internationales, la relation entre le droit international coutumier et les traités ainsi que les résolutions des organisations internationales. Ce troisième rapport porterait aussi sur les questions de l'«objecteur persistant» et de la coutume régionale, locale et bilatérale. Le Rapporteur spécial a aussi souligné qu'il fallait examiner plus avant la question de la preuve et celle, connexe, de la charge de la preuve.

51. Le Rapporteur spécial a reconnu que son projet, à savoir présenter un rapport final en 2016, y compris des projets de conclusions et commentaires révisés, était peut-être ambitieux, mais il a rassuré les membres de la Commission: il ne hâterait pas les travaux au détriment de la qualité. Il a aussi proposé que, si les projets de conclusions étaient provisoirement adoptés par le Comité de rédaction à la session en cours, ils soient à ce stade présentés à la Commission plénière pour information¹¹, et officiellement examinés par celle-ci en 2015.

¹¹ Le rapport du Président, qui reproduit le texte des projets de conclusions provisoirement adoptés par le Comité de rédaction à la soixante-sixième session, figure dans le document ... La déclaration du Président du Comité de rédaction présentant ce rapport est disponible sur le site web de la Commission, à l'adresse <http://www.un.org/law/ilc/>.