



Assemblée générale

Distr. générale
8 mars 2016
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-huitième session

Genève, 2 mai-10 juin et 4 juillet-12 août 2016

Quatrième rapport sur la détermination du droit international coutumier

Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial*

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Propositions formulées par les États et d'autres en ce qui concerne les projets de conclusion provisoirement adoptés	4
III. Modifications qu'il est proposé d'apporter aux projets de conclusion pour tenir compte des observations reçues	13
IV. Moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier	14
V. Programme de travail futur	21
Annexe : Modifications qu'il est proposé d'apporter aux projets de conclusion	23

* Le Rapporteur spécial remercie M. Omri Sender de l'aide inappréciable qu'il a apportée à l'établissement du présent rapport. Le Rapporteur spécial saisit également l'occasion pour remercier M. Jean-Baptiste Merlin des travaux qu'il a menés sur le sujet en qualité de « point de contact francophone » proposé par la *Société française pour le droit international*.



I. Introduction

1. En 2012, la Commission du droit international a inscrit le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » à son programme de travail et tenu un débat initial sur la base d'une note préliminaire du Rapporteur spécial.¹

2. En 2013, la Commission a tenu un débat général sur la base du premier rapport du Rapporteur spécial² et d'une étude du Secrétariat sur le sujet intitulée « Formation et identification du droit international coutumier-Éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet ». ³ La Commission a modifié le titre du sujet, dorénavant « Détermination du droit international coutumier ». ⁴

3. En 2014, la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial,⁵ et confirmé qu'elle approuvait l'approche « des deux éléments » de la détermination du droit international coutumier. À l'issue du débat, les 11 projets de conclusion proposés dans le deuxième rapport ont été renvoyés au Comité de rédaction, qui a adopté huit projets de conclusion à titre provisoire.⁶

4. Dans son troisième rapport,⁷ établi pour la soixante-septième session de la Commission, en 2015, le Rapporteur spécial s'est employé à achever le projet de conclusions. Ce faisant, il s'est penché sur certaines questions qu'il n'avait pas traitées dans son deuxième rapport et sur d'autres auxquelles il avait été convenu que la Commission reviendrait en 2015. Il a en particulier analysé plus avant la question de la relation entre les deux éléments constitutifs, étudié de manière plus approfondie la question de l'inaction comme forme de pratique et/ou preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) et la pertinence de la pratique des organisations internationales, examiné le rôle des traités et des résolutions, de la jurisprudence et de la doctrine et étudié le droit international coutumier particulier et la règle de l'objecteur persistant.

5. La Commission a examiné le rapport du Rapporteur spécial du 13 au 21 mai 2015.⁸ Les membres de la Commission ont réitéré leur appui à l'approche des deux éléments et sont généralement convenus que le résultat des travaux sur le sujet devait être un ensemble de conclusions pratiques accompagnées de commentaires et propres à aider les praticiens et d'autres à déterminer les règles du droit international coutumier. On a de plus estimé que les projets de conclusion proposés dans le rapport gagneraient à être explicités, et de nombreuses propositions spécifiques ont été formulées à cet égard.

¹ A/CN.4/653 : *Formation et identification du droit international coutumier*, note de Michael Wood, Rapporteur spécial.

² A/CN.4/663.

³ A/CN.4/659.

⁴ Compte rendu analytique de la 3186^e séance (A/CN.4/SR.3186) tenue le 25 juillet 2013, p. 5-6.

⁵ A/CN.4/672.

⁶ Voir Déclaration du Président du Comité de rédaction (7 août 2014), disponible à l'adresse http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/66/pdfs/english/dc_chairman_statement_identification_of_custom.pdf&lang=E (le Comité de rédaction n'a pu faute de temps examiner deux des projets de conclusion, et un projet de conclusion a été omis).

⁷ A/CN.4/682.

⁸ Voir comptes rendus analytiques A/CN.4/SR.3250 à 3254 (13, 15, 19, 20 et 21 mai 2015); *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-septième session (4 mai-5 juin et 6 juillet-7 août 2015)* (A/70/10), par. 62-107.

6. À l'issue du débat, les projets de conclusion proposés dans le troisième rapport ont été renvoyés au Comité de rédaction, qui a provisoirement adopté huit projets de conclusion supplémentaires et ajouté des paragraphes à deux des projets de conclusion adoptés à la session précédente. Le 29 juillet 2015, le Président du Comité de rédaction a présenté en plénière un rapport sur les travaux effectués par le Comité sur le sujet à la soixante-septième session, dans lequel étaient reproduits les 16 projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité aux soixante-sixième et soixante-septième sessions.⁹

7. Le 6 août 2015, la Commission a pris note des projets de conclusion 1 à 16 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction.¹⁰ Il était prévu qu'à sa session suivante la Commission envisagerait d'adopter ces projets de conclusion et les commentaires y relatifs en première lecture.

8. En outre, la Commission a prié le Secrétariat d'élaborer une étude sur le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier. Dans cette étude, le Secrétariat examine les travaux préparatoires de l'article 38, paragraphe 1, du Statut de la Cour internationale de Justice avant de procéder à une analyse de la jurisprudence de divers cours et tribunaux internationaux pour en déduire certaines observations générales. Celles-ci valident la conception qu'a la Commission des décisions des juridictions nationales dans le cadre du présent sujet, à savoir une forme de la pratique des États ou preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) et un moyen auxiliaire de détermination de l'existence ou du contenu du droit international coutumier.¹¹

9. Lors du débat qui a eu lieu à la Sixième Commission en 2015, les délégations ont d'une manière générale rendu hommage au travail accompli jusque-là par la Commission sur le sujet, et approuvé l'approche pragmatique suivie. En particulier, elles ont réaffirmé leur appui à l'approche générale suivie dans les projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction et déclaré attendre avec intérêt leur première lecture par la Commission à sa soixante-huitième session. Des observations et propositions utiles ont été faites sur les questions envisagées dans les projets de conclusion.¹² De plus, outre les informations reçues précédemment d'autres États en réponse à la demande d'informations sur le sujet adressée aux États par la Commission, une déclaration écrite détaillée a été reçue de la Suisse.

10. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial se penche, dans la section II, sur certaines des principales observations et suggestions faites par les États et d'autres en ce qui concerne les 16 projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en 2014 et 2015. La Commission pourra vouloir revoir les

⁹ A/CN.4/L.869. Voir également la déclaration du Président du Comité de rédaction, disponible à l'adresse http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/statements/2015_dc_chairman_statement_cil.pdf&lang=EF.

¹⁰ A/70/10, par. 60.

¹¹ *Le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier – Étude du Secrétariat* (A/CN.4/691).

¹² La Sixième Commission a examiné le rapport de la Commission du droit international à ses 17 à 25^e séances, les 2, 3, 4, 6, 9-11 novembre 2015 : A/C.6/70/SR.19-23. Voir également A/CN.4/689 : *Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-dixième session, établi par le Secrétariat*, par. 15-27.

projets de conclusion (et les commentaires y relatifs) à la lumière de ces observations avant de les adopter en première lecture. Dans la section III, le Rapporteur spécial propose des modifications mineures aux textes provisoirement adoptés par le Comité de rédaction, qui pourraient être effectuées au stade actuel si la Commission le décide.¹³ La section IV examine ensuite les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, une question que la Commission avait bien sûr examinée il y a quelque 65 ans. Dans cette section, le Rapporteur spécial fait l'historique de ces travaux antérieurs, qui sont susceptibles de servir de base à l'examen de la question par la Commission. Enfin, la section V contient des propositions quant au programme de travail futur sur le sujet.

II. Propositions formulées par les États et d'autres en ce qui concerne les projets de conclusion provisoirement adoptés

11. Le Rapporteur spécial a tenu de larges consultations sur les projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction et participé à diverses réunions lors desquelles ils ont été examinés, notamment à une réunion d'un groupe d'experts officiels de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO) sur le droit international coutumier tenue à Bangi (Malaisie) en août 2015.¹⁴ En particulier, lors du débat à la Sixième Commission, les délégations ont formulé de très nombreuses suggestions utiles, ce dont le Rapporteur spécial les remercie. Comme indiqué ci-après, certaines des questions soulevées peuvent être envisagées dans les commentaires. D'autres peuvent être examinées cette année, au stade de la première lecture, et d'autres encore gagneraient peut-être à être examinées en seconde lecture. Le Rapporteur spécial souhaiterait avoir l'avis des membres de la Commission sur les points qui suivent; ses propres vues, exposées ci-après, sont pour la plupart provisoires et, bien entendu, sous réserve du débat que tiendra la Commission.

12. Une question a été soulevée en ce qui concerne l'utilisation du terme « conclusions » pour décrire les résultats de travaux de la Commission sur le sujet; certains se sont demandés si le terme « directives » ne serait pas plus approprié, étant donné l'objectif, à savoir donner des indications pratiques sur la manière de déterminer l'existence éventuelle et le contenu de règles du droit international coutumier. Le Rapporteur spécial propose d'examiner cette question en seconde lecture, compte tenu de la nature des textes qui auront été adoptés.

13. On a également fait valoir que le projet de conclusion 1 (« Portée ») n'était pas à strictement parler une conclusion sur la détermination du droit international coutumier et que son contenu, qui avait le caractère d'une introduction, pouvait être repris dans le commentaire général que le Rapporteur spécial proposera à la Commission. Le Rapporteur spécial est enclin à souscrire à cette suggestion, qui

¹³ Une procédure comparable a été proposée par le Rapporteur spécial sur la responsabilité des organisations internationales dans son septième rapport (A/CN.4/610, par. 4 et suivants (27 mars 2009)) et suivie par la Commission.

¹⁴ Certaines des contributions à la réunion de Bangi doivent être publiées dans 15 *Chinese Journal of International Law* (2016). Voir également S. Yee, 'Report on the ILC Project on « Identification of Customary International Law », 14 *Chinese Journal of International Law* (2015), p. 375–398.

rappelle la décision prise par le Comité de rédaction en 2015 sur le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés ». ¹⁵ Une telle modification peut être faite soit cette année, soit en seconde lecture.

14. Une délégation à la Sixième Commission a estimé que les projets de conclusion devraient être plus détaillés. Comme le Rapporteur spécial l'a déjà indiqué, et comme l'ont montré les débats qui ont suivi à la Commission, il faut avoir constamment à l'esprit la nécessité d'élaborer des projets de conclusion qui soient à la fois clairs et concis d'une part, et complets de l'autre. Plusieurs projets de conclusion proposés dans les deuxième et troisième rapports ont de fait été développés à l'issue des débats qui ont eu lieu en plénière et au Comité de rédaction. D'autres précisions importantes seront, il faut l'espérer, apportées dans les commentaires. Le Rapporteur spécial souhaiterait que ceux-ci soient suffisamment approfondis et détaillés et soient lus avec les projets de conclusion comme un tout indissociable. Toutes nouvelles propositions spécifiques à cet égard seront les bienvenues.

15. On a dit craindre, à la Sixième Commission, que la référence dans les projets de conclusion à un large éventail de types potentiels de preuves du droit international coutumier ne donne à penser que ce droit se forme ou s'établit facilement. Si cette crainte est compréhensible, la référence à de multiples formes de la pratique des États et à diverses manifestations de leur conduite susceptibles d'indiquer l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) traduit simplement le fait que les États exercent leurs compétences de diverses manières et ne se limitent pas à certains types d'actes. Elle ne signifie pas que l'existence de règles du droit international coutumier doit être postulée à la légère, en particulier lorsqu'en principe « ceux qui participent à la formation d'une coutume sont les États souverains, décideurs et législateurs de la communauté internationale. La reconnaissance par les États de la pratique comme étant le droit est de manière très directe le fondement essentiel du droit coutumier ». ¹⁶ Le Rapporteur spécial souhaiterait que, comme les projets de conclusion provisoirement adoptés, les commentaires indiquent clairement qu'établir l'existence et le contenu d'une règle du droit international coutumier implique la recherche d'une pratique dont l'acceptation par les États est telle qu'elle peut être considérée comme l'expression d'un droit ou d'une obligation juridique. Le critère doit toujours être le suivant : existe-t-il une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit?

16. Plusieurs délégations ont fait valoir que la formation du droit international coutumier ne devait pas être négligée dans les projets de conclusion et les commentaires, rappelant qu'initialement le titre du sujet était « Formation et identification du droit international coutumier ». Le Rapporteur spécial en convient, en particulier parce que la détermination de l'existence et du contenu d'une règle du droit international coutumier peut très bien nécessiter l'examen des processus par lesquels cette règle a vu le jour. De fait, les projets de conclusion renvoient à l'occasion, explicitement ou autrement, à la formation des règles du droit international coutumier, et il est prévu que les projets de commentaires le fassent également. Dans le même temps, l'objectif des travaux sur le sujet est d'aider à

¹⁵ La proposition à cette fin de la Rapporteuse spéciale pour le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés » a été adoptée par le Comité de rédaction en 2015; voir la déclaration du Président du Comité de rédaction (30 juillet 2015), p. 2.

¹⁶ H. Waldock, « General Course on Public International Law », 106 *Recueil des cours* (1962), 49.

déterminer l'existence éventuelle et le contenu de règles du droit international coutumier à un moment donné. La tâche à laquelle sont confrontés avocats, juges et arbitres consiste à déterminer le droit tel qu'il est ou tel qu'il était à tel ou tel moment, et non comment ce droit s'est développé au fil du temps ou pourra se développer à l'avenir. Ainsi qu'il a été précédemment convenu, l'étude du sujet ne vise pas à expliquer la myriade d'influences et de processus qui interviennent dans le développement des règles du droit international coutumier au fil du temps, eu égard en particulier au désir de conserver à ces processus leur souplesse intrinsèque.

17. Une question connexe évoquée par certaines délégations est qu'il est souvent difficile de déterminer le moment précis où une pratique accompagnée de son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) atteint une telle masse critique qu'une règle du droit international coutumier est formée. Une délégation a fait observer qu'il était de la même manière difficile de déterminer le moment précis où les parties à un traité acquéraient le sentiment d'être assujetties à une obligation juridique s'imposant également aux non-parties. Ces observations traduisent le fait que la formation d'une règle du droit international coutumier n'est pas un événement ponctuel mais « émane d'un 'processus dialectique intensif' entre différents acteurs de la société internationale ». ¹⁷ Mais, là encore, les projets de conclusion visent à donner des indications sur le point de savoir si, à un moment donné, on peut dire qu'un tel processus s'est produit. ¹⁸ Cela dépend en grande partie du moment auquel les preuves sont examinées.

18. Plusieurs délégations ont fait des observations très utiles sur le processus d'évaluation des preuves des deux éléments constitutifs, question actuellement traitée dans le projet de conclusion 3. Ces observations devraient être reflétées dans le commentaire, qui s'efforcera d'expliquer la mention du « contexte général, de la nature de la règle, et des circonstances propres à chacun de ces moyens ». Comme l'ont suggéré certaines délégations, les commentaires expliqueront en outre que la nécessité d'établir séparément l'existence de chacun des deux éléments constitutifs du droit international coutumier n'exclut pas que, dans certains cas, les mêmes éléments puissent être utilisés pour établir à la fois la pratique et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*).

19. On a aussi dit craindre que la référence, au paragraphe 2 du projet de conclusion 4, à la pratique des organisations internationales comme contribuant « également » à la formation ou à l'expression de règles du droit international coutumier ne mette cette pratique sur le même plan que celle des États, nonobstant les mots « [d]ans certains cas ». On a fait valoir que cette proposition n'était pas étayée par le droit international positif, celui-ci considérant que la pratique des organisations internationales (à l'exception de l'Union européenne), si elle pouvait jouer un rôle indirect important, ne contribuait pas directement à la formation ou à

¹⁷ J.R. Crawford, « The Identification and Development of Customary International Law », allocution d'ouverture de la Conférence de printemps de la Branche britannique de l'Association de droit international, 23 mai 2014 (citant P. Allott, « Language, Method and the Nature of International Law » 45 *British Yearbook of International Law* (1971) p. 129).

¹⁸ Voir également K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2^e édition révisée (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), p. 54 (« Les auteurs s'accordent en général pour penser que le moment de la formation d'une coutume – et donc le moment où une règle coutumière commence à avoir un effet contraignant – ne peut être déterminé, puisqu'il est à proprement parler intangible. Nous pouvons seulement déterminer si à un moment précis la coutume existe et, au mieux, après avoir analysé la pratique, anticiper dans une certaine mesure l'évolution d'une coutume particulière »).

l'expression des règles du droit international coutumier. On a proposé à cet égard de supprimer le paragraphe 2 et soit d'expliquer dans le commentaire le rôle que jouent effectivement les organisations internationales, soit de traiter la question dans un projet de conclusion distinct. D'autres délégations ont toutefois approuvé le texte actuel du paragraphe 2, et certaines ont fait valoir que les organisations internationales ne devaient pas être prises en considération isolément (et ont également fait des propositions spécifiques à cet effet). On a aussi fait observer qu'actuellement les organisations internationales n'étaient pas visées de manière totalement cohérente dans l'ensemble des projets de conclusion, dont certains ne visaient explicitement que la pratique des États.

20. Le Rapporteur spécial continue de penser que la pratique des organisations internationales (intergouvernementales) peut en tant que telle contribuer dans certains cas à la formation ou à l'expression de règles du droit international coutumier. La pertinence de cette pratique est difficile à nier dans le cas de l'Union européenne ou, en fait, à chaque fois que les États membres d'une organisation internationale peuvent faire accomplir à celle-ci en leur nom des actes qui relèvent de leurs propres compétences. En outre, la pertinence de la pratique des organisations internationales ne devrait pas être controversée si l'on admet que cette pratique, au moins dans les relations entre ces organisations, peut donner naissance à des règles coutumières contraignantes dans ces relations ou en attester l'existence.¹⁹ Dans le même temps, comme l'ont également souligné plusieurs délégations, comme les organisations internationales ne sont pas des États et sont très diverses (non seulement quant à leurs pouvoirs mais aussi quant à leur composition et leurs attributions), leur pratique doit dans chaque cas être évaluée avec prudence. Cela devrait être indiqué clairement dans le commentaire de l'actuel paragraphe 2. À défaut, les modifications possibles mentionnées au paragraphe 19 ci-dessus mises à part, le libellé du paragraphe 2 peut être revu, soit maintenant, soit en seconde lecture, après que les États auront eu la possibilité de prendre connaissance du commentaire y relatif. Les vues des membres de la Commission seraient à cet égard les bienvenues.

21. Plusieurs délégations ont dit craindre que le libellé du paragraphe 3 du projet de conclusion 4, qui traite de la conduite d'autres acteurs que les États et les organisations internationales, ne soit trop strict, en ce qu'il ne reconnaît pas suffisamment la contribution importante que ces acteurs peuvent apporter à la pratique internationale relative à leurs activités et au développement éventuel du

¹⁹ Cette idée semble être consacrée dans la *Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*, qui vise dans son préambule « la codification et le développement progressif des règles applicables aux traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales » et confirme (également dans son préambule) que « les règles du droit international coutumier continueront à régir les questions non réglées dans les dispositions de la présente Convention »; voir également l'article 38 de la Convention. On notera également que les conditions générales des accords de prêt et de garantie et autres accords de financement de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement prévoient que les sources du droit international public qui peuvent être applicables en cas de différend entre la Banque et une partie à un accord de financement comprennent notamment « ... les formes de la coutume internationale, y compris la pratique des États et des institutions financières internationales dont la généralité, la cohérence et la durée sont telles qu'elle crée des obligations » (les italiques sont de nous) : *European Bank for Reconstruction and Development, Standard Terms and Conditions (1 December 2012)*, Sect. 8.04 b) vi) C)).

droit international coutumier. Le rôle du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a en particulier été mentionné dans ce contexte. Le Rapporteur spécial appelle l'attention sur les mots « mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique [des États et des organisations internationales] » qui figurent au paragraphe 3, et attestent que si la conduite « d'autres acteurs » ne contribue pas directement à la formation ou à l'expression de règles du droit international coutumier, elle peut très bien jouer un rôle important (quoiqu'indirect) dans le développement et la détermination de ce droit. En fait, ce sont les travaux du CICR et la contribution importante qu'il a apportée au développement du droit international humanitaire coutumier (en stimulant ou constatant la pratique des États et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*))²⁰ qui ont dans une large mesure inspiré le texte du paragraphe 3.

22. Les modifications apportées dans les projets de conclusion à la mention de l'inaction comme forme de la pratique ou preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) à l'issue d'un examen plus approfondi de la question par la Commission en 2015 ont été largement approuvées. Un grand nombre de délégations ont de nouveau souligné que la pertinence de l'inaction comme preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) devait être évaluée avec prudence : on ne pouvait attendre des États qu'ils réagissent à tout, et l'attribution d'une signification juridique à leur inaction dépendait des circonstances propres à chaque situation. On a à cet égard approuvé le texte du paragraphe 3 du projet de conclusion 10 élaboré par le Comité de rédaction en 2015, et on a suggéré que le commentaire y relatif précise les critères à appliquer pour attribuer une valeur probante à l'inaction. Le Rapporteur spécial est d'accord, et il s'efforcera de préciser dans le projet de commentaire non seulement qu'il est essentiel qu'une réaction à la pratique pertinente aurait été de mise, mais aussi que lorsqu'un État n'a pas connaissance ou ne peut avoir eu connaissance d'une certaine pratique, ou n'a pas encore disposé d'un délai raisonnable pour réagir, on ne saurait attribuer son

²⁰ Voir également *Le Procureur c. Tadić*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Chambre d'appel du TPIY (2 octobre 1995), par. 109 (« On le sait, le CICR a été extrêmement actif en encourageant l'élaboration, l'application et la diffusion du droit international humanitaire. Sous l'angle qui nous intéresse, à savoir l'apparition de règles coutumières concernant les conflits armés internes, le CICR a apporté une contribution remarquable en demandant à toutes les parties aux conflits armés de respecter le droit international humanitaire. Il est notable que, quand il s'est trouvé confronté à des conflits armés non-internationaux, le CICR a encouragé l'application des principes fondamentaux du droit humanitaire par les belligérants. De plus, dans toute la mesure du possible, il s'est efforcé de persuader les Parties au conflit de respecter les Conventions de Genève de 1949 ou, au moins, leurs principales dispositions. Quand les Parties, ou l'une d'elles, ont refusé de respecter l'essentiel du droit international humanitaire, le CICR a indiqué qu'elles devaient, au minimum, respecter l'article 3 commun. Cela montre que le CICR a encouragé et facilité l'application des principes généraux du droit humanitaire aux conflits armés internes. Les résultats pratiques ainsi obtenus par le CICR en incitant au respect du droit international humanitaire doivent, par conséquent, être considérés comme un élément de la pratique internationale effective ; c'est un élément qui a nettement contribué à l'apparition ou à la cristallisation de règles coutumières. »); T. Meron, « The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law », 90 *American Journal of International Law* (1996) p. 238, 245 et 247 (« Bien sûr, le CICR n'est ni un État ni une organisation intergouvernementale, mais une association de droit suisse. Ainsi, il ne participe pas directement à la création du droit international qui, selon la théorie des sources qui prévaut, demeure l'apanage des États, un certain rôle étant reconnu aux organisations intergouvernementales ... [toutefois, il] influence la pratique des États et ainsi, indirectement, le développement du droit coutumier »).

inaction au sentiment que cette pratique est obligatoire (ou autorisée) en droit international coutumier.

23. Une délégation s'est dite préoccupée par le fait que le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 (qui, dans son libellé actuel, dispose que lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit) risquait de désavantager les États dans lesquels l'indépendance de la magistrature et la juxtaposition du gouvernement et du parlement pouvait donner lieu à l'expression de vues ou nuances différentes. Le Rapporteur spécial fait observer à cet égard que généralement les États ne tentent pas de parler d'une seule voix sur la scène internationale et que les projets de conclusion ne visent pas à prendre une position quelconque sur leur ordre interne. Plus précisément, comme l'expliquera le projet de commentaire, le mot « peut » figurant dans le projet de conclusion indique que l'appréciation de la pratique d'un État dans son ensemble nécessite une approche prudente. On trouve un exemple d'une telle approche dans l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire des pêcheries*, dans lequel la Cour a jugé, en ce qui concerne la pratique pertinente « qu'il n'y a[vait] pas lieu d'attacher trop d'importance aux quelques incertitudes ou contradictions, apparentes ou réelles ... Elles s'expliquent assez naturellement si l'on prend en considération la diversité des faits et des situations au cours de la longue période ». ²¹ Quoi qu'il en soit, il faut tenir compte dans cette appréciation du statut constitutionnel des organes étatiques concernés, y compris la question de savoir lequel d'entre eux a le dernier mot en la matière. ²²

24. On a fait observer que si le projet de conclusion 12 stipulait à juste titre que les résolutions ne pouvaient en elles-mêmes créer une règle de droit international coutumier, il en était de même des traités, et qu'une telle stipulation expresse ne figurait pas dans le projet de conclusion relatif à ces derniers (le projet de conclusion 11). Le libellé du projet de conclusion 11 postule que la règle fondamentale selon laquelle un traité ne peut en principe créer d'obligations pour des tiers est bien établie; c'est plutôt la manière dont les traités peuvent dénoter l'existence ou le contenu de règles du droit international coutumier que l'on a jugé nécessaire d'indiquer dans ce projet de conclusion. ²³ Le commentaire expliquera toutefois que les mots « s'il est établi » visent à indiquer qu'on ne peut se contenter,

²¹ *Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951 : CIJ Recueil 1951*, p. 138.

²² Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, *CIJ Recueil 2012*, p. 136, par. 83 (dans lequel la Cour a fait observer qu'« en vertu du droit grec » l'opinion exprimée par le Tribunal supérieur grec prévalait sur celle de la Cour de cassation grecque).

²³ On notera également que dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour internationale de Justice a fait observer qu'« une participation très large et représentative à la convention ..., à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés » « suffis[ait] » en elle-même pour transformer une règle conventionnelle en règle du droit international coutumier (*Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, CIJ Recueil 1969*, p. 43, par. 73). En d'autres termes, une convention multilatérale peut, en certaines circonstances, « du fait ... de l'influence exercée par celle-ci » (par. 70), donner naissance à une règle du droit international coutumier. Toutefois, comme on l'a récemment écrit, « la Cour a pris soin de ne pas déterminer de manière définitive si la méthode était même possible ... Quoi qu'il en soit, une participation très large à une convention de codification n'a jamais, dans la jurisprudence de la Cour, été en elle-même suffisante pour confirmer une règle coutumière », P. Tomka, « Custom and the International Court of Justice », *12 The Law & Practice of International Courts and Tribunals* (2013), p. 207.

pour déterminer si une disposition conventionnelle reflète effectivement une règle du droit international coutumier, d'examiner uniquement le texte du traité; dans chaque cas, l'existence de la règle doit être confirmée par la pratique (et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)).

25. Plusieurs délégations ont souligné qu'il fallait être très prudent dans l'appréciation de la pertinence et de l'importance des résolutions adoptées par des organisations internationales et des conférences intergouvernementales aux fins de la détermination du droit international coutumier. Il a été convenu que, comme indiqué dans le troisième rapport, seules certaines résolutions pouvaient attester qu'une règle de droit existait ou était en voie de formation, en fonction de divers facteurs qui devaient être soigneusement évalués dans chaque cas. Le Rapporteur spécial a l'intention d'expliquer plus avant dans le commentaire le libellé prudent du projet de conclusion 12, et de préciser quels facteurs doivent être pris en considération. Le commentaire devrait aussi, comme il a été suggéré à la Sixième Commission, souligner la pertinence particulière dans ce contexte de l'Assemblée générale en tant qu'instance à participation quasi universelle.

26. Certaines délégations ont proposé de consacrer au rôle des textes issus des travaux de la Commission dans la détermination du droit international coutumier une conclusion distincte, ou au moins une mention spécifique dans le commentaire accompagnant le projet de conclusion 14 (« Doctrine »). On a dit que ces textes ne semblaient pas assimilables à la doctrine étant donné le statut de la Commission et sa relation avec les États en tant qu'organe subsidiaire de l'Assemblée générale. Le Rapporteur spécial convient que la Commission occupe bien une place particulière dans ce contexte, et rappelle que des membres de la Commission l'ont également souligné durant le débat tenu en 2015. Il est prévu que le projet de commentaire reconnaisse la valeur particulière que peut avoir une détermination de la Commission confirmant l'existence et le contenu d'une règle du droit international coutumier (ou une conclusion de la Commission selon laquelle une telle règle n'existe pas), et expliquer pourquoi il en est ainsi. De plus, l'importance des travaux de la Commission comme catalyseur de la pratique des États et expression d'une position doctrinale est évoquée dans d'autres projets de conclusion, en particulier ceux qui traitent des formes de la pratique, des formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) et de la pertinence potentielle des traités. Comme l'a noté une délégation, les travaux de la Commission peuvent aussi inspirer des résolutions de l'Assemblée générale. Les commentaires des projets de conclusion pertinents viseront à en rendre compte.

27. L'inclusion d'un projet de conclusion sur la règle de l'objecteur persistant a été approuvée par presque toutes les délégations qui ont évoqué la question à la Sixième Commission, ce qui indique qu'il est généralement admis que cette règle fait bien partie du corpus du droit international.²⁴ Certaines délégations ont

²⁴ Pour des exemples de la pratique des États et de la jurisprudence des juridictions internationales, voir *Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier*, A/CN.4/682, par. 86-87 et notes de bas de page; J.A. Green, *The Persistent Objector Rule in International Law* (Oxford University Press, 2016), en général, mais en particulier le chapitre II (p. 55 : « il y a ... plus que suffisamment de preuves attestant l'existence de nos jours de la règle de l'objecteur persistant. L'acceptation et l'utilisation de cette règle par les États, compte tenu en particulier de son invocation de plus en plus remarquable par les tribunaux et de son ubiquité dans la doctrine, confirment que la règle est effectivement une règle secondaire du système juridique international »). Voir également Wolfke, *supra* note 18, p. 66 (« L'argument selon lequel, en

cependant dit craindre que reconnaître la règle dans les projets de conclusion ne déstabilise le droit international coutumier ou que cette reconnaissance soit invoquée comme moyen de se soustraire à des obligations de droit international coutumier. Le Rapporteur spécial a à cet égard l'intention de souligner dans le commentaire, comme dans le projet de conclusion 15 lui-même, les conditions rigoureuses associées à la règle et en particulier le fait qu'une fois qu'une règle du droit international coutumier s'est formée, un État ne saurait se soustraire à la force obligatoire de cette règle en formulant une objection qu'il n'a pas formulée antérieurement. Plusieurs délégations ont suggéré que le projet de commentaires traite de la question de l'objection persistante vis-à-vis des règles du *jus cogens*. La Commission a toutefois déjà décidé de ne pas traiter du *jus cogens* dans le cadre du présent sujet et elle l'examine désormais en tant que sujet distinct.

28. Une délégation a dit douter qu'il soit nécessaire pour un État, afin d'obtenir le statut d'objecteur persistant, de réitérer et de maintenir son objection à une règle du droit international coutumier en formation (y compris une fois que la règle s'est formée). On a fait valoir qu'une fois qu'un État avait indiqué clairement qu'il ne souhaitait pas être lié par une règle en voie de formation, il n'était nullement tenu de réitérer cette position en toute occasion; cet État ne perdrait son statut d'objecteur persistant que si sa pratique ultérieure ou sa position juridique explicitement exprimée appuyait la nouvelle règle et s'écarterait de sa position antérieure. Si cette approche n'est effectivement pas sans mérite, elle semble méconnaître la force juridique qui peut parfois s'attacher au silence (lorsqu'il est assimilable à un acquiescement) et sous-estimer l'importance de l'inaction tant dans le développement que dans la détermination des règles du droit international coutumier. Les États ne sont toutefois pas tenus de répéter constamment leurs objections : le commentaire expliquera que la réaffirmation d'une objection ne doit être attendue que lorsque les circonstances sont telles que cette réaffirmation est de mise (par exemple lorsque le silence ou l'inaction peuvent amener à conclure que l'État a abandonné son objection).²⁵ Comme on l'a également dit, cette exigence doit être envisagée de manière équilibrée et pragmatique.

pratique, de telles objections [par un objecteur persistant] sont rarement confirmées, les objecteurs se joignant finalement à la pratique générale et à la coutume en voie de formation, ne compromettent pas le principe de l'objecteur persistant. Au contraire, cela montre seulement que pour des raisons extra-juridiques, à savoir le prétendu « contexte sociétal », il est en pratique difficile, sinon impossible, pour les États pris individuellement de se soustraire à la longue à l'évolution générale du droit international »); G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), p. 112 (« L'expérience montre que la pression communautaire finit souvent par contraindre les États objecteurs à reconnaître les nouvelles règles qui recueillent un large appui dans la communauté internationale. Toutefois, la possibilité de conserver effectivement le statut d'objecteur persistant ne doit pas être confondue avec le droit juridiquement reconnu de ne pas être d'accord avec de nouvelles règles coutumières »).

²⁵ Voir également *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, arrêt, CIJ Recueil 1984, p. 305, par. 130; M. Bos, « The Identification of Custom in International Law », 25 *German Yearbook of International Law* (1982), p. 37 (« il convient de souligner qu'on ne peut pas toujours considérer que le silence équivaut à un acquiescement : les États ne sauraient être tenus de protester en permanence contre tout ce qui ne leur plaît pas. Pour qu'il y ait des conséquences juridiques, il doit exister une bonne raison exigeant une réaction »); I.C. MacGibbon, « The Scope of Acquiescence in International Law », 31 *British Yearbook of International Law* (1954), p. 143 (« Ainsi, l'acquiescement prend la forme du silence ou de l'absence de protestation dans des circonstances qui appellent généralement une réaction positive traduisant une objection »). Ceci est conforme à l'approche adoptée au

29. Certaines délégations ont dit craindre que la référence au droit international coutumier particulier, qui par définition ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États, ne favorise la fragmentation du droit international. Si de telles craintes sont compréhensibles, nul ne conteste qu'il existe des règles de droit international coutumier particulier (comme le confirme notamment la jurisprudence de la Cour internationale de Justice).²⁶ Même si elles ne sont pas si fréquemment invoquées en pratique, les règles de droit international coutumier particulier jouent parfois un rôle important dans les relations interétatiques, en conciliant des valeurs et intérêts différents propres à certains États seulement. Des indications quant à la manière de déterminer de telles règles (notamment en précisant que des critères plus stricts s'appliquent) peuvent ainsi être utiles. Le Rapporteur spécial souhaiterait toutefois que le commentaire explique clairement qu'on ne saurait exclure que des règles de droit international coutumier particulier peuvent avec le temps devenir des règles du droit international coutumier général.²⁷

paragraphe 3 du projet de conclusion 10, qui traite de l'inaction comme preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*).

²⁶ Voir *Troisième rapport sur la détermination du droit international coutumier*, A/CN.4/682, par. 80.

²⁷ Voir également *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international – Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international* (A/CN.4/L.682, 13 avril 2006), par. 201 (« ces influences régionales semblent importantes précisément parce qu'elles ont perdu leur caractère initialement circonscrit à une région géographique donnée et en sont venues à contribuer au développement du droit international universel. »); R.Y. Jennings, « Universal International Law in a Multicultural World », dans M. Bos et I. Brownlie (dir. publ.), *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (Oxford University Press, 1987), p. 41 (« [L'universalité du droit international] ne signifie pas bien entendu qu'il n'y a pas de place pour les variations régionales, peut-être même sur des questions de principe ... Tout droit, y compris le droit interne de l'État souverain, se prête facilement à de telles variations. L'universalité n'est pas l'uniformité. Elle signifie toutefois que ce droit international régional, quelles que soient les différences qu'il présente, fait partie d'un système général et ne constitue pas un système distinct, et tire en dernière analyse sa validité du système dans son ensemble »); B. Sepúlveda-Amor, « Comments on Fawcett and Obregón », dans M.J. Aznar et M.E. Footer (dir. publ.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, quatrième volume (Hart Publishing, 2015) p. 39-43 (« Il est remarquable que certaines des doctrines et règles nées dans cette région [d'Amérique latine] aux XIX^e et XX^e siècles ont d'abord été considérées par beaucoup comme extravagantes et contraires aux lois des nations civilisées. Toutefois, avec le temps, certaines d'entre elles en sont venues à faire partie intégrante du droit international général. Le principe *uti possidetis juris* en est un exemple paradigmatique ... »); D. Pulkowski, « Theoretical Premises of 'Regionalism and the Unity of International Law' », dans M.J. Aznar et M.E. Footer (dir. publ.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, quatrième volume (Hart Publishing, 2015), p. 77 et 84-85 (« le régionalisme ne porte pas atteinte à l'unité du droit de manière quantitativement différente que d'autres phénomènes de l'activité normative internationale contemporaine. Le droit régional est un sous-ensemble du droit international particulier [qui va des traités plurilatéraux à participation limitée aux conventions multilatérales quasi universelles], et en tant que tel n'est ni plus ni moins enclin que d'autres formes de particularisme à perturber un désordre dans le système international »).

III. Modifications qu'il est proposé d'apporter aux projets de conclusion pour tenir compte des observations reçues

30. À la lumière des suggestions faites depuis la soixante-septième session, le Rapporteur spécial propose qu'un nombre limité de modifications mineures soit apporté au texte des projets de conclusion provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en 2014 et 2015. Comme indiqué ci-dessus, d'autres modifications peuvent très bien être envisagées, soit cette année soit en seconde lecture. Pour la commodité, les modifications proposées aux projets de conclusion sont présentées (et indiquées dans le texte) dans l'annexe du présent rapport.

31. Dans le projet de conclusion 3 (« *Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments* »), paragraphe 2, il est proposé de clarifier le texte et d'en souligner le contexte en remplaçant les mots « Chaque élément doit être établi séparément », qui visent les deux éléments constitutifs du droit international coutumier, par « Chacun des deux éléments doit être établi séparément ».

32. Dans le projet de conclusion 4 (« *Exigence d'une pratique* »), paragraphe 1, de légères modifications sont proposées pour préciser non seulement de quels acteurs la pratique est principalement pertinente pour la détermination du droit international, mais également le rôle de cette pratique. On donnera ainsi des indications plus claires et qui correspondent mieux au titre du projet de conclusion. Parmi les modifications proposées, celle consistant à remplacer les mots « à la formation, ou à l'expression » par les mots « en tant qu'elle traduit, ou crée » s'inspire des termes utilisés par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, dans lequel elle mentionne la pratique effective suivie par les États « pour traduire ou créer des règles de droit coutumier ». ²⁸ Cette modification contribuera également à axer le paragraphe sur la détermination d'une règle. Ce paragraphe se lirait donc ainsi :

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

33. Si le paragraphe 1 du projet de conclusion 4 est ainsi modifié, des modifications correspondantes seront apportées aux paragraphes 2 et 3 du même projet de conclusion.

34. Dans le projet de conclusion 6 (« *Formes de pratique* »), paragraphe 2, il est proposé de supprimer les mots « la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ». Si cette conduite peut parfois être pertinente en tant que pratique des États, elle est en fait plus souvent utile comme preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) ou de l'absence d'une telle acceptation, et de toute manière le paragraphe 2 du projet de conclusion 6 ne donne pas une liste exhaustive des formes que peut prendre la pratique. La mention de « la conduite en relation avec les résolutions

²⁸ *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, CIJ Recueil 1982, p. 46, par. 43 (« ... on ne doit pas perdre de vue que, comme la Cour elle-même l'a précisé dans cet arrêt [de 1969], elle s'y livrait à une analyse des concepts et principes qui, selon elle, sous-tendaient la pratique effective suivie par les États pour traduire ou créer des règles de droit coutumier »).

adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale » serait bien entendu maintenue au paragraphe 2 du projet de conclusion 10, qui énumère les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*).

35. Dans le projet de conclusion 9 (« *Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit* (*opinio juris*) »), paragraphe 1, il est proposé de remplacer les mots « menée avec le » par les mots « assortie du ». Les mots « être menée avec » risquent d'être compris comme visant le sentiment qu'ont, en droit, tant les États qui suivent la pratique concernée que ceux qui sont en position d'y réagir; l'expression « être assortie » a également été employée récemment par la Cour internationale de Justice, à savoir dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2012 dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*.²⁹

36. Dans le projet de conclusion 12 (« *Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales* »), paragraphe 1, il est proposé de remplacer les mots « ne peut pas, en elle-même, créer » par les mots « ne crée pas, en elle-même, » qui reflètent mieux le caractère factuel, par opposition normatif, de la proposition et améliore le texte.

37. Au paragraphe 2 du projet de conclusion 12, il est proposé, premièrement, de remplacer le mot « établir » par « déterminer » pour la cohérence des projets de conclusion dans leur ensemble (les mots « déterminer » ou « détermination » sont utilisés dans les projets de conclusion 1, 2, 13, 14 et 16 en relation avec les règles du droit international coutumier). Il est aussi proposé de supprimer les mots « ou contribuer à son développement » pour mettre davantage l'accent dans ce projet de conclusion sur la détermination du droit international coutumier; la contribution potentielle des résolutions des organisations internationales et des conférences intergouvernementales au développement du droit pourra être envisagée dans le commentaire.

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

38. Les difficultés pratiques d'accès aux éléments de preuve permettant de déterminer la pratique des États et leur *opinio juris* sont bien connues depuis longtemps. Ces difficultés, qui sont bien entendu liées à la nature du droit international coutumier, une *lex non scripta*,³⁰ furent également évoquées par la

²⁹ Voir *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*, arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 123, par. 55 (« ... le fait est que, aux fins de la présente instance, la reconnaissance de l'immunité en pareil cas n'est pas assortie de l'*opinio juris* requise et, partant, n'éclaire pas la question dont la Cour est saisie »), et p. 135, par. 77 (« 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 droit international coutumier exigeait de reconnaître l'immunité ».)

³⁰ Voir également S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law* (Oceana Publications, 1984), p. 56 (« Les preuves du droit coutumier [étant donné qu'il repose essentiellement sur la pratique] sont donc éparpillées, insaisissables et dans l'ensemble non systématiques »); R.M. Mersky, J. Pratter, « A Comment on the Ways and Means of Researching Customary

Commission pour le développement progressif du droit international et sa codification (« la Commission des Dix-sept ») en 1947.³¹ La Commission recommanda donc dans son rapport à l'Assemblée générale que « la CDI examine les voies et moyens propres à rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier »,³² et c'est ainsi que l'article 24 a été inséré dans la section intitulée « Codification du droit international » du Statut de la Commission (1947). Cet article 24 se lit comme suit :

« La Commission examine les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, par exemple la compilation et la publication de documents établissant la pratique des États et des décisions de juridiction nationales et internationales sur des questions de droit international, et elle fait rapport à l'Assemblée générale sur ce sujet ». ³³

International Law a Half-Century after the International Law Commission's Work », 24 *International Journal of Legal Information* (1996) p. 302 et 304.

³¹ Sir Dalip Singh, Président de la Commission, expliqua que « la documentation relative à la pratique ordinaire du droit international n'est pas aussi facilement accessible que les règles et les principes de droit international théorique qui figurent toujours dans les livres » (A/AC.10/SR.27, 20 juin 1947), p. 11). On a fait observer à peu près à la même époque, s'agissant de la détermination du droit international coutumier, que « [r]ien ne pourrait être pire que la répétition de citations tirées d'un répertoire très limité de notes diplomatiques qui sont reprises d'un manuel à l'autre et ne sont que rarement complétées par des incursions personnelles et occasionnelles des auteurs dans le maquis des archives d'État » : G. Schwarzenberger, « The Inductive Approach to International Law », 60 *Harvard Law Review* (1947), p. 539, 564.

³² *Rapport de la Commission pour le développement progressif du droit international et sa codification sur les moyens d'encourager le développement progressif du droit international puis sa codification* (A/AC.10/51, 17 juin 1947), par. 18 (« En ce qui concerne le développement du droit coutumier international, ainsi que le développement du droit par les décisions judiciaires, la Commission désire recommander que la CDI examine les voies et les moyens propres à rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier par la compilation de digests concernant la pratique étatique ainsi que par la réunion et la publication des décisions des juridictions nationales et internationales relatives aux questions de droit international »). Un mémorandum soumis à la Commission par le Secrétariat indiquait que, « [é]tant donné que le droit coutumier international évolue en fonction de la pratique nationale et que son développement ne dépend pas d'efforts conscients dans le domaine international, l'Organisation des Nations Unies pourrait encourager ce développement en prenant des mesures en vue de rendre plus accessible la documentation relative à la pratique nationale par la publication de recueils de droit international ... [il pourrait être utile pour établir de tels recueils] d'étudier les méthodes qui permettraient d'obtenir plus facilement les documents où s'expriment ces points de vue » (A/AC.10/7 (7 mai 1947), p. 5-6 (citation omise)).

³³ La tâche assignée à la Commission à l'article 24 de son Statut est « distincte des autres fonctions de la Commission, à savoir le développement progressif et la codification du droit international ... [elle] a trait uniquement à la documentation relative au droit international coutumier; néanmoins, elle ne concerne pas seulement telle ou telle question particulière, mais bien tout le domaine du droit international coutumier. Définie en termes précis, cette tâche consiste à examiner les moyens de remédier à la situation peu satisfaisante qui existe actuellement en matière de documentation. Le texte français, qui parle de "documentation" est plus clair sur ce point que le texte anglais qui emploie le mot "evidence" » : *Moyens permettant de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier : étude préparatoire établie conformément à l'article 24 du Statut de la Commission du droit international – Mémorandum présenté par le Secrétaire général* (A/CN.4/6 (1949), p. 5).

39. La question de l'application de l'article 24 a été parmi les premières inscrites à l'ordre du jour de la Commission.³⁴ À cet égard, à sa première session, la Commission était saisie d'un rapport présenté par le Secrétaire général de l'ONU intitulé « Moyens permettant de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier-Étude préparatoire établie conformément à l'article 24 du Statut de la Commission du droit international ». ³⁵ Le mémorandum comprenait trois parties : a) une brève introduction intitulée « Comment rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier »; b) une étude approfondie intitulée « État actuel des documents relatifs au droit international coutumier et propositions présentées jusqu'à présent pour améliorer cette documentation » et c) une évaluation de l'état de la documentation relative au droit international coutumier à l'époque et des « moyens » susceptibles de l'améliorer.³⁶ À l'issue d'un débat sur ce mémorandum et, plus généralement, sur le sujet, la Commission invita l'un de ses membres, Manley O. Hudson, à élaborer un document de travail sur le sujet qui serait examiné par la Commission à sa deuxième session.³⁷

40. Sur la base du document de travail établi par Hudson,³⁸ la Commission fit observer dans son rapport de 1950 à l'Assemblée générale que « [les] preuves de la pratique des États doivent être recherchées dans des documents très divers », mais qu'elle considérait comme impossible d'énumérer « les nombreuses catégories de documents révélant la pratique suivie par les États pour le règlement de chacun des multiples problèmes qui se posent dans les relations internationales ». ³⁹ Elle a par contre jugé utile d'énumérer et d'étudier « [s]ans aucune exclusion intentionnelle, certaines rubriques », ou catégories, de documents relatifs au droit international coutumier : le texte des instruments internationaux, la jurisprudence internationale, la jurisprudence des tribunaux internes, les législations nationales, la

³⁴ *Annuaire de la Commission du droit international 1949*, vol. I, p. 283-284, par. 35-37. Voir également, plus généralement, H.W. Briggs, *The International Law Commission* (Cornell University Press, 1965), p. 203-206.

³⁵ A/CN.4/6 et Corr. 1. La Commission était également saisie d'un document de travail préparé par le Secrétariat sur la base de ce rapport (A/CN.4/W.9).

³⁶ On a dit que le mémorandum était « le manuel bibliographique le plus complet et le plus pratique paru dans ce domaine ... [et qu'il] réalisait admirablement l'objectif immédiat consistant à fournir des données complètes et à proposer un programme solide et progressiste pour les travaux de la Commission du droit international et de l'Assemblée générale » : L. Preuss, « [Review:] Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available. Memorandum submitted by the Secretary-General (A/CN.4/6) », 43 *American Journal of International Law* (1949), p. 834-835. Voir également Mersky et Pratter, *supra* note 30, p. 308 (« Il s'agit-là d'une étude impressionnante de la documentation relative au droit international concernant la coutume. Nous ne pouvons faute de place en détailler ici le contenu. Il suffit de dire que ce document peut encore aujourd'hui être vivement recommandé aux bibliothèques de droit et aux chercheurs »).

³⁷ À une exception près, les membres de la Commission ont totalement approuvé le mémorandum : voir *Annuaire de la Commission du droit international 1949*, vol. I, p. 228-235. La décision de la Commission se lit comme suit : « Il a été décidé de ne pas nommer de Rapporteur spécial pour la question des moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier mais qu'un membre de la Commission serait chargé d'élaborer un document de travail sur ce sujet et de le présenter à la Commission du droit international à sa deuxième session » (p. 235).

³⁸ A/CN.4/16 et A/CN.4/16/Add.1.

³⁹ *Annuaire de la Commission du droit international 1950*, vol. II, p. 368, par. 31.

correspondance diplomatique, les avis des conseillers juridiques des États et la pratique des organisations internationales.⁴⁰

41. S'agissant de l'accès à ces catégories de documents, la Commission a fait valoir que cette question « pouvait être envisagée sous trois aspects. Premièrement, l'accès nécessaire pour répondre aux besoins de groupes particuliers de personnes [à savoir les publicistes et les fonctionnaires nationaux et internationaux]. Deuxièmement, la mesure dans laquelle les documents déjà publiés étaient accessibles dans le monde entier. Troisièmement, la mesure dans laquelle les documents non encore publiés pouvaient être rendus accessibles dans le monde entier. »⁴¹ À cet égard, la Commission a notamment fait observer que ce n'était « que dans les grandes bibliothèques de droit international ... [m]alheureusement ... peu nombreuses, que l'on trouvait » de vastes collections de documents publiés, et que s'« il [était] extrêmement difficile d'évaluer dans quelle mesure les principales collections de documents relatifs au droit international coutumier qui [avaient] été publiés [étaient] actuellement disponibles ... [d]ans de nombreux cas, il n'en exist[ait] probablement pas suffisamment d'exemplaires pour répondre aux besoins actuels et futurs ».⁴²

42. Dans ce contexte, la Commission a proposé « des moyens spécifiques » de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier, parmi lesquels : a) diffuser aussi largement et à un prix aussi modique que possible les publications relatives au droit international élaborées par les organes de l'Organisation des Nations Unies et publier rapidement le texte des instruments internationaux enregistrés par le Secrétariat et déposés auprès de celui-ci; b) autoriser le Secrétariat, dans la mesure où cela n'a pas encore été fait, à élaborer et diffuser des publications très diverses contenant des documents juridiques émanant des États et concernant leur pratique (et celle de l'Organisation des Nations Unies), à rendre compte des sentences arbitrales internationales et à souligner les évolutions importantes; c) publier à l'occasion des résumés des Recueils de la Cour internationale de Justice; d) appeler, par l'intermédiaire de l'Assemblée générale, l'attention des gouvernements sur l'intérêt qu'il y aurait à ce qu'ils publient des résumés de leur correspondance diplomatique et d'autres documents relatifs au droit international; et e) examiner dans le cadre de l'Assemblée générale s'il est souhaitable d'élaborer une convention internationale concernant l'échange général des publications officielles relatives au droit international et aux relations internationales.⁴³

43. La plupart de ces recommandations ont été suivies d'effet,⁴⁴ ce qui a donné naissance à une documentation importante fréquemment consultée par les publicistes. La publication de la pratique des États (et de documents attestant cette pratique tels qu'articles de doctrine, documents émanant d'organisations

⁴⁰ Ibid., p. 368-372, par. 32-78.

⁴¹ Ibid., p. 327, par. 80.

⁴² Ibid., p. 372, par. 82-83.

⁴³ Ibid., p. 373-374, par. 90-94.

⁴⁴ Voir également la résolution 487 (V) de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 1950 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément No. 20*, p. 77), dans laquelle l'Assemblée invite le Secrétaire général à examiner certaines des recommandations de la Commission et à lui faire rapport à cet égard; Y.-L. Liang, « The Second Session of the International Law Commission: Review of its work by the General Assembly », 45 *American Journal of International Law* (1951), p. 509, 510-514.

internationales et décisions de juridictions internationales) s'est considérablement développée, en partie également grâce à des « manifestations de zèle » d'instituts privés nationaux ou internationaux.⁴⁵ L'intensification des relations internationales a également permis de mieux connaître la pratique et les positions des États; les nouveaux moyens de réunir, conserver et diffuser les données qui sont apparues ont, à l'ère numérique, atténué nombre des difficultés que présentaient en 1949/1950 l'accès aux informations publiées et leur compilation.⁴⁶

44. L'œuvre de la Commission a elle-même rendu, et continue de rendre, la documentation relative au droit international coutumier plus facilement accessible. Comme on l'a fait observer, « [a]ujourd'hui, le processus de codification fournit un moyen commode de découvrir la pratique effective des États » car « [l]es observations des États sur les projets élaborés par la Commission du droit international, les débats qui ont lieu à la Sixième Commission de l'Assemblée générale et les déclarations des représentants des États dans le cadre des conférences de plénipotentiaires de codification constituent une sorte d'enquête publique sur la pratique des États et sur leurs vues quant aux règles qui sont suivies ou devraient être suivies dans un certain domaine; il s'agit là de preuves « exemptes des ambiguïtés et incohérences qui caractérisent l'assemblage hétéroclite des preuves de la pratique étatique ».⁴⁷ La publication régulière par l'Organisation des Nations Unies des informations communiquées par les gouvernements en réponse aux demandes de la Commission est importante.⁴⁸

⁴⁵ La Commission a fait observer en 1950 que « [l]es résultats des activités productives d'organismes scientifiques non officiels ont été publiés dans de nombreuses revues et on a assisté ces dernières années au lancement d'annuaires ou de revues de droit international dans divers pays. Malgré ces manifestations de zèle, on peut douter qu'il existe de nombreux instituts nationaux ou internationaux sur lesquels on puisse compter pour soutenir l'effort qu'implique la publication de recueils de la documentation relative au droit international coutumier. Ils sont peu nombreux à pouvoir lancer et poursuivre un solide programme de travail à long terme; leur personnel change rapidement, l'intérêt qu'ils accordent à une question peut facilement s'en détourner et leurs ressources sont rarement suffisantes » : *Annuaire de la Commission du droit international 1950*, vol. II, p. 373, par. 89. Mais la situation est très différente aujourd'hui.

⁴⁶ Voir également T. Treves, « Customary International Law », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), par. 80 (« Les moyens électroniques aujourd'hui largement disponibles ont ces derniers temps rendu les manifestations de la pratique internationale beaucoup plus accessibles. Ils ont permis à un très grand nombre d'États de rendre leur pratique accessible, ce qui a remédié, au moins en ce qui concerne la pratique récente, au déséquilibre des recueils publiés sous format papier. Ils ont aussi, certes en partie seulement, remédié à la position défavorable de ceux (fonctionnaires ou chercheurs) qui n'ont pas accès aux grandes bibliothèques bien organisées, relativement peu nombreuses, dans lesquelles des documents imprimés peuvent être consultés. Enfin, l'informatique a rendu la pratique presque immédiatement accessible au moment où elle se produisait, éliminant ainsi le fossé en matière d'information existant entre les États disposant de services des affaires étrangères bien organisés et les autres, ainsi que la plupart des chercheurs »).

⁴⁷ E. Jiménez de Aréchaga, « International Law in the Past Third of a Century », 159 *Recueil des cours* (1978), p. 26 (citant R.R. Baxter, « Treaties and Custom », 129 *Recueil des cours* (1970), p. 36). Voir également Preuss, *supra* note 36, p. 835 (déclarant à l'époque qu'étant donné l'insuffisance de la documentation sur la pratique des États, « [l]a constitution d'un véritable *corpus juris gentium* n'est possible que sous la conduite et la direction d'une institution centrale comme la Commission du droit international, agissant avec la pleine coopération des gouvernements »).

⁴⁸ Voir également H.W. Briggs, « Official Interest in the Work of the International Law Commission: Replies of Governments to Requests for Information or Comment », 48 *American Journal of*

45. Dans le même temps, l'accroissement du nombre des États (et des organisations internationales), le développement considérable des relations internationales et les multiples formes de documentation qui existent aujourd'hui rendent difficile une étude exhaustive de la pratique et de l'*opinio juris* des États. La quantité même des documents disponibles est intimidante : il y a 30 ans déjà, un auteur estimait qu'« une difficulté qui se pose aujourd'hui tient à la richesse et à la diversité déroutante des éléments de preuve, sous la forme de recueils et de pratiques nationales, et de l'adoption quasi quotidienne de résolutions, recommandations et autres textes par tel ou tel organe faisant plus ou moins autorité ». ⁴⁹ Ces difficultés sont aggravées par l'absence d'un système commun de classement qui permettrait de comparer et différencier la pratique des États et d'autres acteurs. ⁵⁰

46. En outre, malgré la quantité considérable de documents existant aujourd'hui, l'accès à la pratique des États demeure limitée car de nombreux documents officiels et autres indications de l'action gouvernementale ne sont toujours pas publiés et

International Law (1954), p. 603, 605 et 612 (renvoyant à un document présenté par les États-Unis d'Amérique au sujet des travaux de la Commission sur le droit des traités faisant observer qu'« [i]l semble malheureux que ce document n'ait pas encore été publié par les États-Unis ou comme document des Nations Unies », et ajoutant plus généralement en ce qui concerne les réponses des gouvernements aux demandes d'informations de la Commission qu'« [i]l est regrettable pour ceux qui étudient professionnellement le droit international que ces documents ne soient pour la plupart publiés que sous forme ronéotypée, impermanente, et que leur diffusion soit limitée. Ces facteurs attestent la nécessité pressante de publier un Annuaire juridique des Nations Unies dans lequel les documents de ce type seraient reproduits de manière à constituer un recueil permanent et facile à consulter de l'évolution contemporaine du droit international »). Des commentaires des gouvernements sur les projets de texte de la Commission ont parfois été publiés par les gouvernements eux-mêmes ou à titre privé (par exemple, « Comments by Certain Governments on the Provisional Articles Concerning the Regime of the High Seas and the Draft Articles on the Regime of the Territorial Sea Adopted by the United Nations International Law Commission at its Seventh Session in 1955 », 50 *American Journal of International Law* (1956), p. 992-1049), mais ils ne l'ont pas été de manière exhaustive ni régulière. Le Secrétariat publie maintenant sur le site web de la Commission, pour chaque sujet à l'examen, non seulement les commentaires et observations reçus sur les textes adoptés en première lecture par la Commission, mais également les réponses reçues des gouvernements aux demandes d'information formulées par la Commission dans le cadre de ses travaux.

⁴⁹ R.Y. Jennings, « The Identification of International Law », dans B. Cheng (dir. publ.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens and Sons, 1982), p. 5 (évoquant en particulier la détermination de l'*opinio juris*). Voir également B. Graefrath, « The International Law Commission Tomorrow: Improving Its Organization and Methods of Work », 85 *American Journal of International Law* (1991), p. 606 (« Aujourd'hui, la pratique des États et les activités juridiques sont devenues si considérables et techniques, et l'information si volumineuse et éparpillée »); Mersky et Pratter, *supra* note 30, p. 304 (« En réalité, les preuves collectées de la pratique des États sont éparpillées dans une doctrine aussi vaste que le droit international lui-même »); R.F. Gaebler, A.A. Shea (dir. publ.), *Sources of State Practice in International Law*, deuxième édition révisée (Brill Nijhoff, 2014), p. 4 (« l'exhaustivité semble être un objectif toujours plus hors de portée »).

⁵⁰ L'exception que constitue le Plan modèle de classement des documents concernant la pratique des États en matière de droit international public, adopté par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en 1968 (résolution (68) 17) et modifié en 1997 (recommandation No. R (97) 11), mérite d'être mentionnée dans ce contexte : voir L. Caflisch, « The CAHDI Model Plan for the Classification of Documents Concerning State Practice in the Field of Public International Law », dans Conseil de l'Europe (dir. publ.), *The CAHDI Contribution to the Development of Public International Law: Achievements and Future Challenges* (Brill Nijhoff, 2016), p. 12-18.

sont donc inaccessibles.⁵¹ Ceci tient parfois à un choix politique,⁵² mais découle plus souvent du seul fait que publier systématiquement la pratique de l'État « exige des ressources considérables, et relativement peu d'États ont réussi à maintenir la publication d'une documentation exhaustive sur une longue période ». ⁵³

47. Ainsi qu'on l'a écrit,

« [d]ans un système juridique aussi largement tributaire du droit international coutumier, et donc de la pratique des États comme preuve de ce droit, il est nécessaire d'améliorer les moyens propres à rendre cette pratique plus largement accessible pour promouvoir l'état de droit dans les relations internationales. La Commission du droit international a pleinement reconnu qu'il importait que la pratique des États soit largement disponible, et son rapport [de 1950] a beaucoup fait pour susciter des initiatives à cette fin. Deux faits nouveaux menacent toutefois aujourd'hui la pleine réalisation des objectifs fixés en 1950 par la Commission : premièrement, l'énorme prolifération de la documentation disponible sur de nombreux aspects du droit international et des relations internationales et, deuxièmement, le coût croissant afférant à la réunion, l'entreposage et la diffusion de cette documentation. Compte tenu de l'impact supplémentaire de l'évolution révolutionnaire intervenue ces dernières années en matière de technologies de l'information au niveau mondial, le sujet traité par la Commission dans son rapport de 1950 appelle peut-être un nouvel examen. »⁵⁴

48. Il pourrait effectivement être utile, après plus de 65 ans et compte tenu de l'évolution importante intervenue dans ce contexte depuis 1949/1950, que la Commission examine une nouvelle fois les moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier; ceci pourrait très bien aider ceux sont appelés à déterminer l'existence et le contenu de règles de

⁵¹ Voir également M. Akehurst, « Custom as a Source of International Law », *British Yearbook of International Law*, 47 (1977), p. 13 (« Une grande partie des preuves de la pratique des États est cachée dans des archives non publiées. En conséquence, on ne peut jamais prouver une règle du droit coutumier que de manière relative, et non de manière absolue – on peut seulement prouver que la majorité des preuves disponibles étaye la règle alléguée »).

⁵² Voir également Treves, *supra* note 46, par. 79 (« La réticence d'un certain nombre d'États, grands et petits, ayant le goût du secret à mettre à disposition les manifestations de leur pratique et la sélectivité dans les documents ainsi mis à disposition reflète un choix politique entre le désir d'éviter la critique et de faciliter la contradiction d'une pratique antérieure d'une part, et le désir d'exercer un leadership et d'influencer le processus coutumier, de l'autre »).

⁵³ M. Wood et O. Sender, « State Practice », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2014), par. 30. Voir également L. Ferrari Bravo, « Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États », 192 *Recueil des Cours* (1985), p. 310; S. Sur, « Sources du droit international – La coutume », 118 *Juris Classeur du Droit international* (fascicule 13) (1989), par. 57. Mais voir Treves, *supra* note 46, par. 78 (« On a observé que les recueils de la pratique des États donnaient une image déséquilibrée de cette pratique, car ils portent sur la pratique d'un nombre relativement réduit de grandes puissances. Si cela est vrai dans une certaine mesure, il faut aussi souligner que les principales puissances ont des relations avec la plupart des autres États, de telle manière que la pratique de presque tous les États est, au moins en partie, reflétée dans ces recueils. De plus, des recueils et compilations de la pratique des petits États et des États du tiers monde ont récemment vu le jour »).

⁵⁴ A. Watts, *The International Law Commission 1949-1998*, vol. III (Oxford University Press, 1999) 2106. Briggs, également, a fait observer que « [c]omme l'indique le texte français de l'article 24, la Commission du droit international n'est pas limitée dans le nombre de rapports qu'elle peut présenter dans ce domaine » : Briggs, *supra* note 34, p. 206.

ce droit. Plusieurs États qui ont pris la parole à la Sixième Commission en 2015 ont déjà exprimé leur soutien à une telle entreprise.

49. Le Rapporteur spécial aimerait connaître les vues des membres de la Commission sur le point de savoir si, et dans l'affirmative comment, le sujet doit faire l'objet d'un nouvel examen. Quoi qu'il en soit, il propose dans un premier temps que le Secrétariat soit prié d'établir un rapport sur la documentation actuellement disponible en actualisant l'« Étude générale des recueils et répertoires de documents relatifs au droit international coutumier » qui faisait partie de son mémorandum de 1949, y compris, le cas échéant, ses recommandations.⁵⁵

V. Programme de travail futur

50. Il est proposé que le résultat final des travaux de la Commission sur le présent sujet comprenne trois éléments : un ensemble de conclusions accompagnées de commentaires, un nouvel examen des moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier et une bibliographie.

51. Si la Commission peut achever la première lecture des projets de conclusion et des commentaires y relatifs à sa soixante-huitième session (2016), une seconde lecture pourrait avoir lieu en 2018. À l'issue de la soixante-huitième session, les États (et autres intéressés, y compris les organisations internationales) auront suffisamment de temps pour examiner et commenter le projet adopté en première lecture. Les États et les organisations internationales devraient être invités à adresser à la Commission des observations écrites sur les projets de conclusion et commentaires le 31 janvier 2018 au plus tard. Il faut espérer que les États feront également des observations initiales durant le débat de la Sixième Commission en 2016.

52. La question des moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier pourrait continuer d'être examinée entre la fin de la soixante-huitième session et la soixante-dixième session de la Commission, en 2018, en vue d'affiner le résultat des travaux en la matière. La Commission pourrait pour cela tenir compte du mémorandum qu'il est proposé de demander au Secrétariat d'établir au paragraphe 49 ci-dessus ainsi que des suggestions des États, des organisations internationales et non gouvernementales intéressées et des établissements universitaires.

53. Le Rapporteur spécial est en train d'établir un projet de bibliographie sur le sujet qui sera dans un premier temps distribué officiellement aux membres de la Commission à la soixante-huitième session. Il propose qu'une fois amendé à la lumière des suggestions que les membres de la Commission pourront faire, ce projet de bibliographie soit annexé au rapport de la Commission sur les travaux de cette

⁵⁵ Il reste probablement vrai que, comme en 1950, « [l]e rôle de la Commission doit ... inévitablement se limiter à un rôle de direction. Les activités elles-mêmes [propres à rendre plus accessibles les preuves du droit international coutumier] doivent être menées par les États, le Secrétariat et des personnes privées, de manière autonome ou en coopération. Et, sans la coopération des États, au moins sous la forme d'une ouverture de leurs archives, on ne pourra aboutir à grand-chose » : C. Parry, « [Review:] Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available: Preparatory Work within the purview of Article 24 of the Statute of the International Law Commission (Memorandum submitted by the Secretary-General) », 3 *International Law Quarterly* (1950), p. 462-463.

session. Il sera ensuite révisé d'ici à 2018, afin que la bibliographie soit à jour, représentative et facile à utiliser. Il sera tenu compte à cette fin des suggestions des membres de la Commission, des États, des organisations internationales et des établissements universitaires et autres.

Annexe

Modifications qu'il est proposé d'apporter aux projets de conclusion

Les mots qu'il est proposé de supprimer sont barrés; les ajouts proposés sont en caractères gras.

Projet de conclusion 3

Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments

[...]

2. ~~Chaque~~ **Chacun des deux** éléments doit être établi séparément. Cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence.

Projet de 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~~ **concerne** principalement la pratique des États ~~qui contribue à la formation ou à l'expression~~ **en tant qu'elle traduit ou crée** des règles de droit international coutumier.

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

3. La conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à **traduire la formation**, ou à **créer l'expression**, des règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2.

Projet de conclusion 6

Formes de pratique

[...]

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.

[...]

Projet de 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~~ assortie du sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit.

[...]

Projet de conclusion 12

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

1. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ne ~~peut créer~~ pas, en elle-même, ~~créer~~ une règle de droit international coutumier.

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

[...]
