

Provisoire

Réservé aux participants

1^{er} février 2022

Français

Original : anglais

Commission du droit international
Soixante-douzième session (Seconde partie)

Compte rendu analytique provisoire de la 3548^e séance

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le jeudi 22 juillet 2021, à 15 heures

Sommaire

Coopération avec d'autres organes

Déclaration de la Présidente de la Cour internationale de Justice

Les rectifications au présent compte rendu doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *deux semaines au plus tard à compter de la date du présent document*, à la Section anglaise de traduction, bureau E.6040, Palais des Nations, Genève (trad_sec_eng@un.org).



Présents :

Président(e) : M. Hmoud

Membres : M. Argüello Gómez
M. Cissé
M^{me} Escobar Hernández
M. Forteau
M^{me} Galvão Teles
M. Gómez-Robledo
M. Grossman Guiloff
M. Hassouna
M. Jalloh
M. Laraba
M^{me} Lehto
M. Murase
M. Murphy
M. Nguyen
M^{me} Oral
M. Ouazzani Chahdi
M. Park
M. Petrič
M. Rajput
M. Reinisch
M. Ruda Santolaria
M. Saboia
M. Šturma
M. Tladi
M. Valencia-Ospina
M. Vázquez-Bermúdez
Sir Michael Wood
M. Zagaynov

Secrétariat :

M. Llewellyn Secrétaire de la Commission

La séance est ouverte à 15 h 5.

Coopération avec d'autres organes (point 11 de l'ordre du jour)

Déclaration de la Présidente de la Cour internationale de Justice

La juge Donoghue (Présidente de la Cour internationale de Justice), s'exprimant par liaison vidéo, se dit honorée de prendre la parole devant la Commission du droit international à sa soixante-douzième session. Elle tient d'emblée à rendre hommage au juge James Crawford, ami de la Cour et de la Commission, décédé en mai 2021. Conformément à la tradition, le Gouvernement néerlandais, en collaboration avec la Cour, a organisé en son honneur, au Palais de la Paix à La Haye, des funérailles officielles au cours desquelles des agents en uniforme ont porté le cercueil, recouvert du drapeau des Nations Unies, jusque dans la grande salle de justice. Ce fut une cérémonie empreinte de gravité et de solennité, mais également d'une grande émotion. Le juge Crawford était fasciné par la relation, à ses yeux, « symbiotique » et néanmoins « dialectique » qu'entretiennent la Commission et la Cour depuis leur création, abstraction faite des tâches tout à fait différentes assignées à ces deux organes. La juge Donoghue dit apprécier l'occasion qui lui est offerte de contribuer au dialogue permanent entre les deux institutions, en suivant la longue tradition des échanges de vues annuels entre la présidence de la Cour et la Commission.

Depuis la dernière intervention de son prédécesseur, le juge Abdulqawi Yusuf, devant la Commission, en juillet 2019, la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) a causé des souffrances inimaginables, bouleversant le quotidien de millions de personnes dans le monde. Dans le contexte de cette crise de santé publique, la Cour internationale de Justice, comme la Commission, et pratiquement toutes les autres institutions nationales et internationales se sont heurtées à des difficultés sans précédent dans l'exécution de leur mandat. Lorsque la pandémie a commencé à toucher les Pays-Bas, au printemps 2020, la Cour a décidé de reporter toutes les audiences et les réunions, de suspendre tous les voyages officiels, d'annuler toutes les visites et de réduire au minimum la présence physique du personnel au Palais de la Paix. Dans les semaines qui ont suivi, il est devenu de plus en plus évident que la pandémie ne faiblissait pas et que la Cour devait adapter ses méthodes de travail aux nouvelles circonstances. Ainsi, la Cour a commencé à tenir des réunions internes par visioconférence, les juges y participant soit depuis leurs bureaux respectifs au Palais de la Paix, soit depuis un autre lieu, le but étant de veiller à garder le cap dans son action en matière judiciaire. Tout au long de la crise, les juges ont continué à travailler dans les deux langues officielles de la Cour.

Grâce à l'initiative et au travail acharné de l'ancien Président, du Greffier et de leurs équipes, la Cour a également pu passer à l'ère des audiences hybrides. Lors d'une audience hybride, certains juges sont physiquement présents dans la grande salle de justice, tandis que d'autres participent à l'audience à distance par liaison vidéo. Un nombre restreint de représentants des parties à la procédure et leurs conseils sont également autorisés à participer aux audiences en présentiel, les autres s'adressant à la Cour à distance au moyen d'une technologie de visioconférence prévue à cet effet. Des dispositions ont été prises pour permettre aux conseils de projeter à l'écran les éléments venant étayer leurs arguments, tout comme ils l'auraient fait normalement au cours d'une audience en présentiel. Ces éléments sont visibles par tous les juges, où qu'ils se trouvent, et la Cour veille rigoureusement à ce que tous les participants puissent effectuer des essais techniques avant chaque audience.

En 2020, la Cour a modifié les articles 59 et 94 de son règlement afin de préciser que, pour des raisons sanitaires, des motifs de sécurité ou d'autres motifs impérieux, elle pouvait décider de tenir tout ou partie de ses audiences ou de donner lecture de ses arrêts par liaison vidéo. La Cour a également publié à l'intention des parties des directives relatives à la tenue d'audiences par liaison vidéo. Grâce à la mise en œuvre de ces mesures, au cours de l'année écoulée, la Cour a rendu six arrêts par liaison vidéo et tenu des audiences sous forme hybride dans cinq affaires.

Depuis juillet 2019, la Cour a rendu huit arrêts au total. Le 17 juillet 2019, elle a statué sur le fond de l'affaire *Jadhav (Inde c. Pakistan)*. L'instance avait été introduite par l'Inde à la suite de l'arrestation et du placement en détention d'un ressortissant indien, M. Jadhav, que le Pakistan accusait d'espionnage. En avril 2017, M. Jadhav avait été condamné à mort

par un tribunal militaire au Pakistan. L'Inde faisait valoir que ses fonctionnaires consulaires s'étaient vu refuser la possibilité d'entrer en communication avec M. Jadhav, en violation de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, de 1963. La Cour a rejeté le contre-argument du Pakistan selon lequel le droit d'accès aux services consulaires énoncé à l'article 36 de cette Convention ne s'appliquait pas dans les situations où l'individu concerné était soupçonné de s'être livré à des actes d'espionnage. Elle a également considéré que le fait que le Pakistan ait procédé à la notification consulaire quelque trois semaines après l'arrestation de M. Jadhav constituait un manquement à l'obligation d'avertir le poste consulaire de l'Inde « sans retard », comme l'exigeait l'article 36.

La Cour a décidé que la réparation appropriée consisterait pour le Pakistan à assurer, par les moyens de son choix, un réexamen et une révision effectifs du verdict de culpabilité rendu et de la peine prononcée contre M. Jadhav. Elle a précisé dans son arrêt que, pour être effectifs, le réexamen et la révision devraient satisfaire à certaines conditions essentielles, et notamment que le Pakistan devrait veiller tout d'abord à ce que soit accordé tout le poids qui seyait à l'effet de la violation des droits énoncés à l'article 36, et ensuite à ce que la violation et le préjudice éventuel en résultant soient pleinement examinés. La Cour a également déclaré que la poursuite du sursis à l'exécution de M. Jadhav constituait une condition indispensable au réexamen et à la révision effectifs du verdict de culpabilité rendu et de la peine prononcée contre l'intéressé.

Le 8 novembre 2019, la Cour a rendu un arrêt sur les exceptions préliminaires soulevées par la Fédération de Russie en l'affaire relative à l'*Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*. Cette affaire a trait à des violations des dispositions des deux conventions qu'aurait commises la Fédération de Russie dans le contexte d'événements survenus en Ukraine orientale et en Crimée. Dans son arrêt, la Cour a considéré qu'elle était compétente au regard des deux conventions pour connaître des demandes formulées par l'Ukraine, et que la requête était recevable en ce qu'elle avait trait aux demandes présentées au titre de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, de 1965. L'affaire fera l'objet d'un examen au fond.

Le 14 juillet 2020, la Cour a statué dans deux affaires étroitement liées, l'*Appel concernant la compétence du conseil de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) en vertu de l'article 84 de la Convention relative à l'aviation civile internationale (Arabie saoudite, Bahreïn, Égypte et Émirats arabes unis c. Qatar)* et l'*Appel concernant la compétence du conseil de l'OACI en vertu de l'article II, section 2, de l'accord de 1944 relatif au transit des services aériens internationaux (Bahreïn, Égypte et Émirats arabes unis c. Qatar)*. Les deux affaires concernaient les restrictions visant l'aviation adoptées en juin 2017 par plusieurs États contre le Qatar. En vertu de la Convention relative à l'aviation civile internationale (Convention de Chicago) et de l'Accord relatif au transit des services aériens internationaux, le Qatar avait saisi le Conseil de l'OACI de deux requêtes dans lesquelles il affirmait que les mesures restrictives adoptées par l'Arabie saoudite, Bahreïn, l'Égypte et les Émirats arabes unis emportaient violation des obligations incombant à ces États au titre de la Convention de Chicago, et que Bahreïn, l'Égypte et les Émirats arabes unis avaient également manqué à leurs obligations au titre de l'Accord relatif au transit des services aériens internationaux. Dans les deux affaires, les États défendeurs devant le Conseil de l'OACI avaient soulevé des exceptions préliminaires à l'égard de la compétence de cet organe, que celui-ci avait rejetées. Les États défendeurs avaient fait appel de ces décisions en introduisant devant la Cour deux instances distinctes, l'une sur le fondement de l'article 84 de la Convention de Chicago, l'autre sur celui de l'article II de l'Accord international relatif au transit des services aériens. Dans les deux affaires, la Cour avait rejeté les recours, confirmant la compétence du Conseil de l'OACI pour connaître de ces affaires et la recevabilité des requêtes déposées par le Qatar devant ledit Conseil.

Le 11 décembre 2020, la Cour a rendu un arrêt sur le fond en l'affaire relative aux *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*. Dans cette affaire, la demanderesse alléguait qu'un immeuble situé avenue Foch, à Paris, abritait les locaux de l'ambassade de Guinée équatoriale et, partant, bénéficiait de l'inviolabilité et des autres protections énoncées à l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations

diplomatiques, de 1961. Les autorités françaises avaient pris des mesures consistant à effectuer des perquisitions et des saisies de biens dans l'immeuble en question dans le cadre d'une enquête judiciaire. Selon la Guinée équatoriale, ces mesures constituaient un manquement aux obligations de l'État accréditaire au regard de la Convention de Vienne de 1961. Dans son arrêt, la Cour a conclu que la Convention ne saurait être interprétée de manière à permettre à un État accréditant d'imposer unilatéralement son choix de locaux de la mission à l'État accréditaire, lorsque ce dernier a objecté à ce choix, pour autant que cette objection soit communiquée en temps voulu et n'ait un caractère ni arbitraire ni discriminatoire. La Cour a estimé que l'immeuble de l'avenue Foch n'avait jamais acquis le statut de locaux de la mission et, partant, que la France n'avait pas manqué aux obligations qui lui incombait au titre de l'article 22 de la Convention.

Le 18 décembre 2020, la Cour a rendu un arrêt concernant la compétence en l'affaire relative à la *Sentence arbitrale du 3 octobre 1899 (Guyana c. République bolivarienne du Venezuela)*. Cette instance a été introduite par le Guyana, qui demandait à la Cour, entre autres, de confirmer la validité d'une sentence arbitrale rendue le 3 octobre 1899 et de la frontière terrestre établie en application de ladite sentence. Le Gouvernement vénézuélien, estimant que la Cour était manifestement incompétente, a annoncé qu'il ne participerait pas à la procédure. Le 30 juin 2020, la Cour a tenu une audience à laquelle seul le Guyana a assisté. Dans son arrêt, la Cour a dit avoir compétence pour connaître de la requête déposée par le Guyana en ce qu'elle se rapportait à la validité de la sentence arbitrale et à la question connexe du règlement définitif du différend concernant la frontière terrestre entre les deux États. La Cour s'est en revanche déclarée incompétente pour connaître d'autres demandes formulées par le Guyana. L'affaire fera l'objet d'un examen au fond.

Le 3 février 2021, la Cour a rendu un arrêt sur les exceptions préliminaires soulevées par les États-Unis d'Amérique en l'affaire relative à des *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*. L'instance a été introduite par la République islamique d'Iran contre les États-Unis sur le fondement de la clause compromissoire contenue dans le traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires signé entre les deux États en 1955. Les demandes de l'Iran se rapportent à la décision prise par les États-Unis, en mai 2018, de rétablir un certain nombre de mesures restrictives à l'égard de la République islamique d'Iran, ses ressortissants et sociétés. Dans son arrêt, la Cour a conclu que le traité lui donnait compétence pour connaître de la requête déposée par la République islamique d'Iran et que cette requête était recevable. L'affaire fera donc l'objet d'un examen au fond.

Enfin, le 4 février 2021, la Cour a rendu un arrêt sur les exceptions préliminaires soulevées en l'affaire relative à l'*Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Émirats arabes unis)*. L'instance avait été introduite par le Qatar sur le fondement de la clause compromissoire contenue dans cette convention. La requête portait sur une série de mesures prises par les Émirats arabes unis le 5 juin 2017 ou après cette date, notamment la rupture des relations diplomatiques avec le Qatar, la fermeture aux Qatariens de l'espace aérien et des ports maritimes des Émirats arabes unis, des mesures concernant les médias qatariens et les expressions de soutien au Qatar, des mesures que le Qatar qualifiait d'« interdictions d'entrée » visant les ressortissants qatariens et l'« expulsion » des Émirats arabes unis des Qatariens ayant la qualité de résident ou de visiteur. Le Qatar affirmait que ces mesures allaient à l'encontre des obligations mises à la charge des Émirats arabes unis par la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

Les Émirats arabes unis ont soulevé deux exceptions préliminaires d'incompétence de la Cour et d'irrecevabilité de la requête. L'une des questions centrales que s'est posées la Cour a été de savoir si l'expression « origine nationale », employée dans la définition de la discrimination raciale figurant à l'article premier (par. 1) de la Convention, englobait la nationalité actuelle. La Cour a conclu que tel n'était pas le cas et, partant, que les mesures dont le Qatar tirait grief ne relevaient pas du champ d'application de la Convention puisqu'elles étaient fondées sur la nationalité actuelle des ressortissants qatariens. La Cour a en outre conclu que la Convention concernait uniquement la discrimination raciale à l'égard d'individus ou de groupes d'individus et que, partant, la demande du Qatar relative aux sociétés de médias qatariennes n'entraînait pas dans le champ d'application de la Convention.

En ce qui concerne le grief de discrimination indirecte soulevé par le Qatar, la Cour a conclu que les mesures en cause n'opéraient pas, par leur but ou par leur effet, une discrimination raciale au sens de l'article premier (par. 1) de la Convention. L'affaire a été retirée du rôle de la Cour.

Avant de conclure son récapitulatif des activités judiciaires récentes de la Cour, la juge Donoghue souhaite mentionner l'ordonnance de la Cour en date du 23 janvier 2020 relative à l'indication de mesures conservatoires en l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*. L'affaire concernait des violations de la Convention qu'aurait commises le Myanmar à l'égard des membres du groupe rohingya présents sur son territoire. La requête de la Gambie visait également à obtenir une série de mesures conservatoires. Dans cette ordonnance, la Cour a conclu notamment que, *prima facie*, elle avait compétence pour connaître de l'affaire, et que, *prima facie*, la Gambie avait qualité pour lui soumettre le différend l'opposant au Myanmar en vue de faire constater le manquement allégué de celui-ci à ses obligations *erga omnes partes* au titre de la Convention. La Cour a prescrit à l'unanimité des mesures conservatoires, ordonnant au Myanmar, conformément à l'engagement souscrit au titre de la Convention, de prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la commission, à l'égard des membres du groupe rohingya présents sur son territoire, de tout acte relevant de l'article II de la Convention.

Il convient également de signaler que, dans le courant de l'année 2020, aucune nouvelle affaire n'a été portée devant la Cour, ce qui marque une rupture avec la tendance observée ces dernières années. La juge Donoghue espère que cette rupture est un phénomène temporaire lié à la pandémie de COVID-19. En 2021, la Cour n'a été saisie que d'une seule nouvelle affaire à ce jour : le 5 mars, une instance a été introduite par la voie d'un compromis conclu entre le Gabon et la Guinée équatoriale en l'affaire relative à la *Délimitation terrestre et maritime et souveraineté sur des îles (Gabon/Guinée équatoriale)*. Il convient également de mentionner que, le 24 septembre 2019, la Lettonie a déposé une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, en vertu de l'article 36 (par. 2) du Statut de la Cour, ce qui a porté le nombre total de ces déclarations à 74.

La juge Donoghue décrit de manière plutôt positive les faits récents survenus à la Cour. Celle-ci a pu remplir sa mission malgré la pandémie, connaissant d'affaires relatives à divers domaines dans lesquelles sont intervenues des parties de différentes régions du monde. À Genève, la Commission travaille, elle aussi, d'arrache-pied sur les sujets inscrits à son programme de travail, riche et varié. On peut se demander s'il s'ensuit que tout est au mieux pour ces deux importantes institutions de droit international. Pour répondre à cette question, les membres de la Cour et de la Commission doivent prendre du recul par rapport à leur travail quotidien d'analyse et de rédaction de textes juridiques, en gardant à l'esprit que le calme qui règne à la surface peut masquer les turbulences et les courants qui agitent les profondeurs.

La Cour et la Commission font partie de l'architecture du droit international et des institutions internationales mise en place au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Ensemble, elles incarnent deux idéaux étroitement liés, qui veulent que les États doivent régler leurs différends de manière pacifique devant les tribunaux, et que le contenu du droit international doit faire l'objet d'une codification et d'un développement progressif. À l'évidence, le droit international n'est pas resté figé depuis les années 1940. Les règles de fond du droit international, tout comme les institutions internationales associées, ont évolué, en général de manière positive. Même si les peuples qui vivaient sous les régimes coloniaux des années 1940 n'ont pas contribué de façon tangible à créer le modèle mis en place au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, les États dans lesquels ils vivaient jouent désormais un rôle important au sein des institutions internationales. Les traités sur les droits de l'homme, l'environnement et d'autres sujets contribuent à créer des règles et à promouvoir des valeurs qu'il faut chérir et préserver.

Toutefois, il est notoire qu'au sein de la communauté internationale, des voix se sont élevées récemment pour remettre en cause les valeurs consacrées par le droit international et les institutions chargées de promouvoir et d'appliquer le droit international. D'aucuns mettent l'accent sur la souveraineté des États et critiquent les bureaucrates internationaux, alors que d'autres cherchent à mettre un terme à la diversité des opinions dans leur pays

comme à l'étranger. Autre phénomène connexe, qui se produit à la fois à la Cour et à la Commission : il est de plus en plus difficile de trouver un large appui aux fins de la négociation et de l'adoption de traités multilatéraux. Le projet d'articles de la Commission sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité s'est précisément heurté à ce problème.

Étant donné qu'il est désormais plus difficile d'élaborer des traités, il n'est pas surprenant que d'autres moyens visant à développer, consacrer et élaborer des règles de droit international suscitent un intérêt croissant. Si la Cour et la Commission ont évidemment la possibilité de participer au développement du droit international, d'aucuns considèrent peut-être que les deux institutions devraient se consacrer davantage à ce que l'on pourrait appeler l'activité législative. La juge Donoghue est d'avis que la dynamique politique générale laisse penser tout le contraire. Aujourd'hui plus que jamais, la Cour et la Commission ne peuvent prétendre tirer leur légitimité et leur autorité de leur statut d'organes de l'Organisation des Nations Unies ni des notices biographiques de leurs éminents membres. Chaque jour, dans l'ensemble de leurs travaux, la Cour et la Commission doivent être prêtes à devoir gagner le respect des États et des observateurs, notamment en formulant et en étayant leurs conclusions sur des points de droit de manière claire et exhaustive, et ce, en tenant compte de l'opinion divergente des personnes auxquelles s'adressent les décisions de la Cour et les rapports de la Commission.

On peut comparer l'accueil que les différents publics visés réservent aux textes juridiques publiés par la Cour et la Commission à la situation dans laquelle se trouve un étudiant qui a répondu correctement à une question dans une épreuve de mathématiques mais n'a obtenu qu'un crédit partiel pour n'avoir pas indiqué les étapes de son raisonnement. Les étudiants qui n'« expliquent pas comment ils sont arrivés à la solution » n'obtiennent pas la totalité des points, ce que les membres de la Cour et de la Commission ne doivent pas oublier. À cet égard, la juge Donoghue souhaite évoquer quelques exemples de cas particuliers pour lesquels il y aurait matière à amélioration. Le premier a trait aux conclusions relatives à l'existence et au contenu du droit international coutumier.

La Commission a examiné cette question dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, adoptées en 2018, dans lesquelles elle a rappelé le critère reposant sur deux éléments à appliquer pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle du droit international coutumier. Tout d'abord, la conclusion 2 dispose qu'il est « nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) ». Ensuite, la conclusion 3 énonce les différentes catégories de moyens permettant d'établir l'existence et le contenu d'une règle du droit international coutumier et la manière d'apprécier ces moyens. Il semble ressortir de ces conclusions que la Commission attend d'un tribunal, d'un État ou d'un auteur qu'il avance des arguments fondés sur ces deux éléments avant de se prononcer sur l'existence ou le contenu d'une règle du droit international coutumier, et parfois, c'est exactement ce que fait la Cour dans son raisonnement ou la Commission dans ses commentaires. Il arrive toutefois que, dans un arrêt de la Cour ou un rapport de la Commission, l'une ou l'autre institution affirme qu'une règle donnée relève du droit international coutumier sans expliquer suffisamment son raisonnement, parfois même sans l'expliquer du tout. Cette pratique est peu judicieuse. D'aucuns, en particulier ceux qui l'accueillent favorablement, peuvent considérer qu'une affirmation de la Commission ou de la Cour quant à l'existence et au contenu d'une règle du droit international coutumier fait en soi autorité, mais une conclusion non étayée sur l'existence ou le contenu d'une règle se prête aisément à la critique et peut nuire à la crédibilité générale de la Cour ou de la Commission.

Les deux institutions devraient également veiller à ne pas accorder trop d'importance aux citations mutuelles ; l'intervenante entend par « citation mutuelle » le fait pour la Cour de présenter les résultats des travaux de la Commission comme une référence et le fait pour la Commission de renvoyer fréquemment à la jurisprudence de la Cour en indiquant qu'elle fait autorité. Les citations mutuelles constituent un moyen pratique et efficace d'étayer telle ou telle proposition et peuvent également être considérées comme l'expression du respect qu'a chaque institution à l'égard du travail de l'autre, mais la Cour et la Commission ne devraient pas recourir outre mesure à cette méthode de raisonnement. Ces institutions ont envers les États Membres de l'Organisation des Nations Unies et les personnes qui lisent leurs travaux le devoir d'exposer des arguments de fond convaincants à l'appui de leurs

conclusions, et ne doivent pas se contenter de prendre acte de l'avis concordant de leur homologue. Si les deux institutions n'avancent que de minces arguments à l'appui de leurs conclusions sur l'existence et le contenu du droit international coutumier et recourent de manière excessive aux citations mutuelles, elles risquent de prêter le flanc à la critique pour avoir élaboré ce que le juge James Crawford a un jour qualifié de « droit international coutumier créé à la dérobée ». Le fond de leurs conclusions et l'autorité générale reconnue à leurs décisions risquent d'être remis en cause.

Ayant elle-même souvent tiré parti des travaux de la Commission sur de nombreux sujets tant dans son ancienne fonction de juriste au Ministère des affaires étrangères que dans sa fonction actuelle, la juge Donoghue ne souhaite pas donner l'impression qu'elle entend critiquer la Commission. Ses réflexions concernaient aussi bien les travaux de la Commission que ceux de la Cour, et son objectif était simplement d'exposer quelques idées dans l'espoir de stimuler une réflexion plus approfondie. Cela étant, elle est disposée à tirer des enseignements de l'opinion d'autrui.

M^{me} Galvão Teles, notant que, dans le contexte de la pandémie, la Commission connaît les mêmes difficultés que la Cour et réfléchit elle aussi à la meilleure manière de continuer de s'acquitter de son mandat dans les circonstances actuelles, aimerait savoir quels effets les mesures adoptées ont eus sur l'exercice des fonctions judiciaires de la Cour et sur la représentation des parties dans le cadre des procédures, que ces effets aient été jugés positifs ou négatifs. À l'heure du retour à la normale, elle se demande si certains des changements mis en place sont susceptibles de s'inscrire dans la durée, et s'il est envisagé d'apporter d'autres modifications aux méthodes de travail suivies de longue date par la Cour.

M. Vázquez-Bermúdez, remerciant la juge Donoghue pour son exposé très avisé, dit que, dans le cadre de sa longue expérience du droit international, notamment en qualité de juge à la Cour internationale de Justice, elle a probablement rencontré des domaines du droit international qui étaient nébuleux ou bien qui n'avaient pas été suffisamment développés. Il se demande donc si elle pourrait définir des sujets ou des domaines pour lesquels, selon elle, il serait particulièrement utile, pour les besoins de la communauté internationale, de faire œuvre de clarification ou de développement du droit international, et que la Commission pourrait donc envisager d'inscrire à son futur programme de travail.

La juge Donoghue (Présidente de la Cour internationale de Justice) dit qu'en sa qualité de juge, elle a été surprise de constater à quel point les solutions mises en place pour permettre à la Cour de poursuivre ses travaux pendant la pandémie de COVID-19 avaient bien fonctionné. Depuis le début de la pandémie, elle a participé aux audiences de la Cour à distance et depuis la grande salle de justice, respectivement avant et après son élection à la présidence, et considère que les deux modalités de participation sont comparables. Elle a remarqué, pendant les délibérations, qu'elle arrivait assez bien à « prendre la température de la salle », car elle pouvait voir à l'écran les visages de tous ses collègues en même temps. Du reste, il était d'autant plus facile de suivre les débats que la Cour ne compte que 15 membres. Bien entendu, il est plus difficile d'avoir des échanges informels, ce qui était un moyen utile, avant la pandémie, pour régler les différends.

Selon la juge Donoghue, la Cour est moins susceptible que d'autres institutions de continuer à utiliser les technologies de participation en ligne lorsque la pandémie aura pris fin. En matière d'arbitrage, l'utilisation de ces technologies a été considérée comme une réussite et, à l'avenir, il sera intéressant d'y recourir plus fréquemment par souci d'économie. Toutefois, la juge Donoghue serait surprise que la Cour maintienne, à terme, les pratiques actuelles. Elle est convaincue que, pour diverses raisons, les parties préféreront être présentes dans la grande salle de justice, en tant qu'agents et conseils. S'agissant du travail interne de la Cour, l'intention est de revenir aux audiences en présentiel sans possibilité de participation en ligne, dès que les conditions le permettront.

Pour ce qui est des points qui gagneraient à être clarifiés, lorsqu'elle lit les résultats des travaux de la Commission, l'intervenante apprécie la nette distinction qui y est établie entre les propositions perçues comme énonçant le droit positif et celles considérées comme plus ambitieuses. Elle n'ignore pas que la question de savoir où il convient de placer le curseur est une source de débat permanent. Cependant, étant donné que la Cour tient une place de plus en plus importante parmi les utilisateurs des travaux de la Commission, il serait

utile que cette dernière indique comment elle interprète ses propositions eu égard à cette distinction. Il serait également utile d'indiquer en commentaire les éventuelles divergences de vues sur la question entre membres de la Commission. La Cour cherche souvent à éviter de rendre compte des divergences de vues entre juges et à mettre plutôt l'accent sur un raisonnement commun, alors que la Commission dispose d'une plus grande marge de manœuvre, puisqu'elle ne cherche pas à répondre à une question précise posée par une partie.

La juge Donoghue est d'avis que les différents sujets examinés actuellement par la Commission sont des plus pertinents et attend avec intérêt de suivre leur évolution.

M. Murphy dit que, plus tôt dans la semaine, la Commission a mis un terme à un débat animé sur les principes généraux du droit. Bien que les principes généraux du droit soient reconnus comme une source du droit international depuis au moins 1920, année d'adoption du statut de la Cour permanente de Justice internationale, une grande incertitude subsiste quant à leur nature et leur portée exactes, quelque cent ans plus tard. Les membres de la Commission souhaiteraient que la juge Donoghue fasse part de ses réflexions sur cette source du droit international à la lumière de ses années d'expérience à la Cour.

M. Valencia-Ospina, s'exprimant par liaison vidéo, dit que, parmi les organismes des Nations Unies, la Cour a été à l'avant-garde dans l'utilisation des technologies de visioconférence. Celles-ci se sont révélées être un outil efficace pour permettre à la Cour et à la Commission de continuer à s'acquitter de leurs mandats respectifs pendant la pandémie.

La Cour et la Commission sont deux institutions apparentées représentant chacune l'une des deux facettes du droit international : la Commission a pour mandat d'élaborer des textes en vue de promouvoir le développement progressif et la codification du droit international, et la Cour pour mission d'interpréter et d'appliquer celui-ci dans le cadre de décisions judiciaires. Le caractère mutuellement enrichissant des relations qu'entretiennent les deux institutions a été largement reconnu. Ces relations jouent un rôle précieux dans le renforcement du droit international, comme l'a reconnu la juge Donoghue lorsqu'elle a fait expressément référence aux articles 8 et 9 des articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses dans l'exposé de son opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu par la Cour en date du 16 décembre 2015 en l'affaire relative à la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*.

La juge Donoghue incarne également une caractéristique majeure par laquelle la Cour se démarque avantageusement de la Commission. Parmi les 15 membres actuels de la Cour, on compte 3 femmes et, depuis sa création, 2 femmes ont été élues à la présidence. En outre, cinq femmes ont occupé la fonction de juge ad hoc dans cinq affaires différentes depuis 1985. À l'inverse, parmi les 229 membres actuels ou anciens membres de la Commission, on ne compte que sept femmes. La juge Xue, actuellement membre de la Cour, est la seule femme à avoir été élue à la présidence de la Commission. En tant qu'organe de tutelle de la Commission, l'Assemblée générale ferait bien de suivre l'exemple donné par la Cour en progressant vers la réalisation de l'objectif impératif que s'est fixé l'Organisation des Nations Unies, à savoir assurer la représentation égale des femmes. Les quatre femmes juristes actuellement membres de la Commission marquent d'une empreinte remarquable les travaux du quinquennat en cours, jouant un rôle majeur en tant que rapporteuses spéciales ou coprésidentes du Groupe d'étude sur l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international.

M. Tladi dit que les commentaires de la juge Donoghue sur l'importance de faire preuve de rigueur dans le cadre de la détermination du droit international coutumier semblent révéler une certaine tension. L'approche des « deux éléments » définie aux fins de la détermination du droit international coutumier repose sur une conclusion du projet de conclusions de la Commission sur la détermination du droit international coutumier qui est elle-même entièrement fondée sur la jurisprudence de la Cour, et non sur la pratique des États. Or, dans ses arrêts, la Cour n'expose pas toujours son raisonnement de manière claire, comme l'a relevé la juge Donoghue, si bien que l'on pourrait avancer que cette approche ne devrait pas être retenue. D'ailleurs, la méthode couramment employée dans la pratique pour déterminer le droit international coutumier est bien moins nettement définie.

La juge Donoghue (Présidente de la Cour internationale de Justice) a l'impression qu'à chaque fois qu'elles évoquent les principes généraux du droit dans les affaires portées

devant la Cour, les parties le font avec hésitation, de sorte qu'il devient immédiatement évident que ce qu'elles entendent par cette expression n'est pas clair. Les débats sur la signification de ce terme amènent généralement l'intervenante à se demander pourquoi cette question n'a pas été approfondie. Le fait que les principes généraux du droit aient suscité un débat animé au sein de la Commission montre sans doute qu'il était temps d'examiner ce sujet, pour autant que l'on tienne compte de l'incertitude qui l'entoure. Les différentes sources doctrinales que la juge Donoghue a consultées au sujet des principes généraux du droit ne l'ont, en effet, pas pleinement éclairée sur la question.

La question de la représentation des sexes à la Cour est une question complexe. Pour parler sans détours, la juge Donoghue pense que les groupes nationaux qui proposent les candidats qui seront nommés à la Cour permanente d'arbitrage, ainsi que les États qui votent à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité, devraient avoir honte. Il est inouï que les groupes nationaux désignent si peu de candidates pour être membres de la Cour. De nombreuses femmes se sont distinguées en tant que juristes ou avocates internationales à des postes de haut niveau au sein de ministères des affaires étrangères. La juge Donoghue engage les membres de la Commission qui font partie d'un groupe national à désigner des femmes. Cela étant, son expérience des campagnes de candidature lui a appris que certains États Membres étaient disposés à soutenir des candidates uniquement parce qu'elles étaient des femmes. Les États Membres devraient aller au-delà des caractéristiques facilement observables des candidats, comme le sexe, l'âge et la nationalité, pour tenir compte de leurs véritables compétences.

En ce qui concerne le critère reposant sur deux éléments, défini aux fins de la détermination du droit international coutumier, l'intervenante dit qu'à un certain stade de toute discussion sur le droit international, la tendance est de revenir aux principes fondamentaux. Elle a longuement réfléchi à la formation et à l'existence du droit international coutumier, y compris aux diverses solutions parfois proposées pour remplacer le critère reposant sur deux éléments, et s'est beaucoup documentée sur le sujet. Elle est fermement convaincue que l'application de ce critère implique davantage qu'un exercice mécanique consistant à recueillir le point de vue des États et à tenter de faire le point sur leur pratique. Chaque fois que le critère reposant sur deux éléments est appliqué selon cette approche, on conclut presque systématiquement à l'absence de règle du droit international coutumier, la preuve de la pratique des États et de l'*opinio juris* étant très difficile à établir. Il n'existe pas de solution parfaite, mais il importe d'exposer un raisonnement clair pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle du droit international coutumier.

M. Grossman Guiloff dit que la Commission doit effectivement démontrer la légitimité de ses conclusions, en particulier lorsqu'elle fait œuvre de codification et de développement progressif non pas de règles primaires abstraites, mais de règles secondaires qui établissent des obligations directes ayant trait à des sujets qui font l'objet de débats et de négociations au niveau international ; il cite, à titre d'exemple, l'élévation du niveau de la mer et la protection de l'atmosphère. Il devient d'autant plus nécessaire de démontrer cette légitimité lorsqu'aucun consensus ne se dégage au sein de la Commission quant à la question de savoir quelles règles sont l'expression du droit international coutumier et quelles règles relèvent du développement progressif. À ce propos, M. Grossman Guiloff souhaiterait savoir si, de l'avis de la juge Donoghue, la Commission devrait donner davantage de détails et faire preuve d'une plus grande transparence dans sa manière de présenter les résultats de ses travaux et notamment s'il faudrait qu'elle expose les opinions majoritaires et minoritaires de ses membres tout en indiquant clairement celles qui recueillent le plus large consensus.

M. Rajput dit que la jurisprudence de la Cour constitue une base importante pour les travaux de la Commission. À cet égard, il souhaiterait savoir comment les résultats des travaux de la Commission sont perçus par la Cour dans son ensemble ou par les juges à titre individuel. Au cours des dix ou vingt dernières années, la nature des résultats des travaux de la Commission a considérablement évolué : alors que traditionnellement la Commission élaborait des projets d'articles fondés sur ce que l'on pourrait appeler la pratique classique des États, elle s'aventure désormais sur le terrain de la clarification, en rédigeant des projets de conclusions, de directives et de principes.

La juge Donoghue (Présidente de la Cour internationale de Justice) dit qu'en ce qui concerne la manière de présenter les résultats des travaux de la Commission lorsque ses

membres ont des opinions divergentes, elle peut comprendre les difficultés auxquelles celle-ci se heurte. Lorsqu'elle participait à la négociation de traités, elle s'efforçait activement de rédiger des textes de manière à obtenir un consensus. Depuis qu'elle est juge, elle a appris que les dispositions ainsi rédigées étaient souvent acceptées précisément parce que les différents acteurs les comprenaient de diverses manières. C'est souvent sur ces dispositions que la Cour est amenée à devoir se prononcer. Il est risqué, pour une institution qui s'efforce d'apporter des éclaircissements, de rédiger des textes uniquement dans un souci de consensus, car cela incite à masquer les divergences par des formulations astucieuses. Cependant, la Cour est parfois tenue d'adopter ce style de rédaction. Elle essaie de résoudre des problèmes précis et souhaite parfois aboutir à un résultat particulier en dépit du fait que les juges n'arrivent pas à se mettre d'accord sur le raisonnement à suivre pour y parvenir. L'imprécision peut donc se révéler utile.

En tant qu'utilisatrice des projets de texte de la Commission, la juge Donoghue préfère que celle-ci se montre plus transparente à l'égard de ce genre de difficultés. En général, elle cherche davantage à comprendre les arguments avancés pour justifier certaines opinions, en vue de pouvoir tirer ses propres conclusions, qu'à savoir quelles sont les opinions soutenues par la majorité et la minorité. Cela étant, lorsqu'une opinion minoritaire se voit accorder un poids excessif dans le dispositif en raison de l'insistance avec laquelle elle a été défendue, il est utile d'indiquer au lecteur quelle est l'opinion de la majorité des membres.

Tant la Cour que les parties qui se présentent devant elle suivent de près les travaux de la Commission. Pour tenter de convaincre la Cour que leur solution est justifiée sur le plan juridique, les parties examinent un large éventail de sources, notamment les résultats des travaux de la Commission, afin d'établir le bien-fondé de leurs arguments. Les membres de la Cour qui ont siégé à la Commission portent souvent un intérêt particulier aux résultats des travaux de celle-ci, mais ne souscrivent pas toujours volontiers à toutes les propositions qui émergent de ces travaux. En général, tous les juges de la Cour avec lesquels la juge Donoghue a travaillé accordent une très grande importance aux travaux de la Commission et les considèrent comme extrêmement précieux. Il est vrai que la Cour ne cite pas la doctrine dans ses arrêts, mais elle fait référence aux textes issus des travaux de la Commission qui, en raison de la composition de celle-ci, de son rôle au sein du système des Nations Unies, de la diversité de ses membres et de sa méthode de travail délibérative et participative, sont dotés d'une autorité d'une autre nature en dépit de leur apparente ressemblance avec d'autres types d'analyses.

La séance est levée à 16 h 15.